

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Fábio Gabriel de Oliveira

**A CONSTITUIÇÃO DE EIRELI POR PESSOA JURÍDICA:
POR UMA INTERPRETAÇÃO MAIS EFICIENTE DA LEI
12.441/11**

Belo Horizonte
2014

Fábio Gabriel de Oliveira

**A CONSTITUIÇÃO DE EIRELI POR PESSOA JURÍDICA:
POR UMA INTERPRETAÇÃO MAIS EFICIENTE DA LEI
12.441/11**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de doutor em Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta.

Belo Horizonte

2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

O48c Oliveira, Fábio Gabriel de
A constituição de EIRELI por pessoa jurídica: por uma interpretação mais eficiente da Lei 12.441/11 / Fábio Gabriel de Oliveira. Belo Horizonte, 2014. 310f.

Orientador: Eduardo Goulart Pimenta
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito - Brasil. 2. Direito Empresarial – Brasil. 3. Empresas individuais. 4. Hermenêutica (Direito). I. Pimenta, Eduardo Goulart. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.72

Fábio Gabriel de Oliveira

A constituição de EIRELI por pessoa jurídica: por uma interpretação mais eficiente da lei 12.441/11.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito Privado.

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta (orientador) – PUC Minas

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães – PUC Minas

Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima – PUC Minas

Prof. Dr. Edgar Gastón Jacobs Flores Filho - UFOP

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres - UFMG

Belo Horizonte, 16 de maio de 2014.

***Dedico esse trabalho aos meus filhos, Mateus e Júlia,
pelo amor e pelo carinho.***

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que contribuíram para a conclusão deste trabalho. Confesso que a realização desta tese foi o maior desafio acadêmico da minha vida e, sem o apoio decisivo de algumas pessoas, eu não conseguiria obter êxito nessa difícil empreitada. Algumas dessas pessoas precisam ser expressamente enumeradas:

O professor Eduardo Goulart Pimenta, pela paciência e solidez da sua orientação.

Os professores do Programa de Pós-graduação da PUC-Minas, pelos ensinamentos e enriquecimento acadêmico, especialmente aos professores: Rodrigo Almeida Magalhães, Taisa Maria Macena de Lima, Maria de Fátima Freire Sá, Leonardo Poli e César Fiuza.

Os meus alunos pelo estímulo e pelos ensinamentos.

Finalmente a minha família que suportou, no convívio diário, as minhas ansiedades e inseguranças, principalmente Carolina Lavisse Teixeira e Maria José Gabriel de Oliveira

A todos, Muito Obrigado!

RESUMO

Este trabalho procurou analisar a nova Lei 12.441/11, que inseriu no nosso ordenamento a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, a EIRELI. O seu objetivo foi tentar descrever de forma detalhada o que é a EIRELI e quais são os efeitos jurídicos e econômicos da sua hermenêutica jurídica. O estudo aborda os principais contornos desta nova espécie de pessoa jurídica, baseando-se em vasta pesquisa bibliográfica. Para alcançar o objetivo de entender as consequências econômicas da interpretação ora dada ao instituto, se vale da metodologia de Análise Econômica do Direito, método de estudo que busca conciliar as normas jurídicas ao pragmatismo e a eficiência da Economia. Ao pesquisar sobre a possibilidade da EIRELI ser constituída por pessoa jurídica, percebemos que a eficiência e o desenvolvimento nacional não foram privilegiados na interpretação legal manifestada pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio. Concluimos a interpretação mais eficiente sobre as formas de constituição da EIRELI deve ser aquela que maximiza a produção e a inserção de novos agentes no mercado. Contudo, a atual interpretação legal do Departamento Nacional de Registro do Comércio impede a maximização da iniciativa privada e é um incentivo indireto para a manutenção de sociedades de fachada e unipessoais de fato, o que deveria ser evitado pela melhor interpretação do instituto.

Palavras-chave: Direito Brasileiro. Direito Empresarial. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

ABSTRACT

This study sought to analyze the new Brazilian act 12.441/11, which entered into our planning the Individual Limited Liability Company, the EIRELI. Our goal was to try to describe in detail what is EIRELI and what are the legal and economic effects of their legal hermeneutics. The study informs the main contours of this new kind of entity, based on extensive literature search. To achieve the goal of understanding the economic consequences of the interpretation here given to the institute, it is worth the methodology of law and economics, method of study that seeks to reconcile the legal standards to pragmatism and efficiency of Economics. When researching the possibility of EIRELI consist of corporate, realize that efficiency and national development were not privileged in legal interpretation expressed by the National Registration Department of Commerce. We conclude on the interpretation more efficient forms of constitution of EIRELI should be one that maximizes the production and insertion of new market actors. However, the current legal interpretation of the National Registration Department of Commerce prevents the maximization of private initiative and is an indirect incentive for the maintenance of front companies and sole traders in fact, what should be avoided by better interpretation of the institute..

Key Words: Keywords: Brazilian law. Business Law. Individual Limited Liability Company.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade.

ANOREGBR – Associação dos Notários e Registradores do Brasil.

ART – Artigo.

CC – Código Civil.

CDC – Código de Defesa do Consumidor.

CEE – Comunidade Econômica Européia.

CF – Constituição Federal.

CJF – Conselho da Justiça Federal.

CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas.

CONCLA – Comissão Nacional de Classificação.

COSIT – Coordenação-Geral de Tributação

CTN – Código Tributário Nacional.

DEM – Democratas.

DNRC – Departamento Nacional de Registro do Comércio.

ECT – Economia dos Custos de Transação.

EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

EIRL- Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (Portugal).

EIRL – Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada (França).

EIRL – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Peru/Chile).

EPP – Empresa de Pequeno Porte.

EU – Empresa Unipessoal (Colômbia).

EURL- Empresa Unipessoal de Responsabilidade Limitada (França/Equador).

FASB – Financial Accounting Standards Board.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

INR – Instituto dos Registos e do Notariado (Portugal).

IRTPDJ – Instituto de Registros de Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas.

LC – Lei Complementar.

LSA – Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6.404/76.

ME – Microempresa.

MG – Minas Gerais.

PL – Projeto de Lei.

PIB – Produto Interno Bruto.

PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro.

PP – Partido Progressista.

PPS – Partido Popular Socialista.

PR – Paraná.

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira.

PT – Partido dos Trabalhadores.

RJ – Rio de Janeiro.

S/A – Sociedade Anônima.

SAS – Sociedade Anônima Simplificada (Colômbia).

SP – São Paulo.

SpA – Sociedade por Ações (Chile).

SQU – Sociedade por Quotas Unipessoal (Portugal).

STF – Supremo Tribunal Federal.

TCE- Tratado da Comunidade Européia.

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

EU- União Européia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	23
2 A INTER-RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA	29
2.1 A nova economia institucional.....	31
2.1.1 <i>A Diferença entre a economia neoclássica e a nova economia institucional</i>	31
2.1.2 <i>Os custos de transação</i>	32
2.1.3 <i>A eficiência</i>	34
2.1.4 <i>Os Teoremas da eficiência</i>	35
2.2 A Eficiência como princípio jurídico.....	38
2.3 O aspecto desenvolvimentista do Direito	42
2.4 Balanço conclusivo da inter-relação entre Direito e Economia	46
3 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE LIMITADA NAS ATIVIDADES ECONÔMICAS	47
3.1 A responsabilidade limitada na <i>societates publicanorum</i> em Roma	47
3.2 A responsabilidade limitada na Idade Média	50
3.3 A responsabilidade limitada nas Companhias	53
3.4 A personificação da pessoa jurídica e o seu conceito	58
3.5 As sociedades limitadas e a difusão da limitação da responsabilidade	67
3.6 A limitação da responsabilidade dos empreendimentos unipessoais, sua evolução e adoção no Direito Comparado.....	73
3.6.1 <i>Primeiras notícias históricas</i>	73
3.6.2 <i>A sociedade limitada unipessoal no Direito alemão</i>	76
3.6.3 <i>A empresa unipessoal de responsabilidade limitada no Direito francês</i> ..	77
3.6.4 <i>O estabelecimento individual de responsabilidade limitada no Direito português</i>	80
3.6.5 <i>A décima segunda diretiva de 1989, do Conselho das Comunidades Europeias, em matéria de Direito das sociedades</i>	82
3.6.6 <i>A sociedade limitada unipessoal no Direito italiano</i>	86
3.6.7 <i>A sociedade unipessoal de responsabilidade limitada no Direito espanhol</i>	88
3.6.8 <i>A sociedade unipessoal por quotas no Direito português</i>	89
3.6.9 <i>A diretiva 2009/102/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia</i>	93
3.6.10 <i>O empreendedor individual de responsabilidade limitada no Direito francês</i>	94
3.6.11 <i>Os empreendimentos unipessoais de responsabilidade limitada na América do Sul</i>	96
3.6.12 <i>Quadro sinótico do Direito Comparado</i>	102
3.7 Balanço Conclusivo da Evolução da Limitação da Responsabilidade nas atividades econômicas.....	104
4 A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA DO BRASIL 105	
4.1 As sociedades unipessoais no Brasil	105
4.1.1 <i>A unipessoalidade com prazo determinado no Direito societário brasileiro</i>	

.....	106
4.1.2 A unipessoalidade sem prazo determinado no Direito societário brasileiro – a subsidiária integral.....	109
4.2 O conceito de sociedade no Brasil: um paralelo com as sociedades unipessoais.....	111
4.3 As tentativas frustradas de limitar a responsabilidade dos comerciantes no Brasil	121
4.4 O Projeto de Lei 4.605/09 até a sua conversão na Lei 12.441/11.....	124
4.5 A natureza jurídica EIRELI brasileira	134
4.6 As Características principais da EIRELI.....	145
4.6.1 A Classificação da pessoa jurídica.....	145
4.6.2 A nomenclatura adotada pelo legislador	147
4.6.3 A constituição da EIRELI	151
4.6.4 O ato constitutivo da EIRELI	154
4.6.5 A natureza das atividades	156
4.6.6 O capital da EIRELI e a externalidade negativa da subcapitalização nas empresas.....	163
4.7 Balanço Conclusivo da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada do Brasil	173
5 OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À CONSTITUIÇÃO DA EIRELI POR PESSOAS JURÍDICAS	175
5.1 Os argumentos contrários à constituição de EIRELI por pessoa jurídica .	178
5.1.1 A limitação da responsabilidade da pessoa humana.....	178
5.1.2 A existência das subsidiárias integrais.....	180
5.1.3 A utilização do termo “individual” na nomenclatura do instituto	181
5.1.4 A intenção do legislador (mens legislatoris)	182
5.1.5 O desvirtuamento da finalidade da Lei: a possibilidade de formação de grupos econômicos	184
5.2 Os argumentos favoráveis à constituição de EIRELI por pessoa jurídica.	186
5.2.1 A interpretação lógico-gramatical, o princípio da legalidade no Direito Privado (o que não é proibido é permitido)	186
5.2.2 As experiências estrangeiras e um paralelo com as subsidiárias integrais	189
5.2.3 A Diversificação de objetos, a EIRELI constituída por qualquer pessoa jurídica.....	194
5.2.4 A aplicação subsidiária das regras das sociedades limitadas	198
5.2.5 A alteração do caput do art. 980-A na tramitação do projeto de Lei, a supressão do termo natural, a intenção do legislador	201
5.2.6 A possibilidade de criação de EIRELI de natureza simples por pessoas jurídicas.....	204
5.3 Balanço conclusivo argumentos contrários e favoráveis a constituição da EIRELI por pessoas jurídicas	207
6 ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA DA EIRELI	209
6.1 O fomento à atividade produtiva (mens legis).....	210
6.2 Análise econômica positiva dos grupos econômicos.	214
6.2.1 Grupos de coordenação e grupos de subordinação.....	215
6.2.2 Grupos de fato e grupos de direito.....	218
6.2.3 O choque de interesse entre controladas e controladoras (o abuso do	

<i>poder de controle)</i>	219
6.2.4 O papel dos grupos econômicos na economia moderna	227
6.2.5 As externalidades dos grupos econômicos	231
6.3 A distribuição de risco e a mitigação da responsabilidade limitada no Brasil	233
6.4 A captação de recursos externos (a formação de EIRELI por estrangeiros)	243
6.5 O custo dos minoritários	250
6.6 A racionalidade do mercado (o oportunismo dos agentes econômicos) ..	253
6.7 A baixa adesão da EIRELI nas juntas comerciais	258
6.8 Balanço conclusivo da análise econômica positiva da EIRELI	262
7 ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA DA EIRELI	266
7.1 O enquadramento da EIRELI constituída por outra pessoa jurídica	272
7.2 A EIRELI constituída por outra EIRELI	273
7.3 A EIRELI como ferramenta para a diversificação dos objetos de exploração econômica	274
8 CONCLUSÃO	277
REFERÊNCIAS	280

1 INTRODUÇÃO

A limitação da responsabilidade nos empreendimentos individuais já era há muito tempo reclamada no Brasil. O clamor pela instituição de mecanismos para facilitar a formação das empresas unipessoais não era apenas jurídico, ele refletia uma demanda econômica.

A revista EXAME, de 22 de dezembro de 2010, indicava que um, dentre os cinco maiores desafios¹ do novo presidente da República, para modernizar e dinamizar a Economia nacional era a necessidade de “fortalecer a empresa individual” (PIMENTA; GIANINI, 2010, p. 169).

Em sentido semelhante, a publicação norte-americana, *The Economist* (2012, p. 74), informa que “no Brasil não é fácil começar um empreendimento. Segundo o ranking do Banco Mundial, o Brasil está em 120º lugar entre 183 países pesquisados, pior do que Burkina Faso ou Nigéria. Como exemplo, até recentemente era necessário ao menos dois parceiros para formar um empreendimento de responsabilidade limitada”.

Estes são apenas alguns exemplos de publicações, em periódicos de notória relevância, que demonstravam a exigência econômica de serem criados meios para fomentar a atividade produtiva individual.

Enfrentando este desafio e tentando sair deste desonroso lugar no ranking do Banco Mundial, foi editada a Lei 12.441/11², Lei da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), que visa possibilitar o exercício individual das atividades econômicas com limitação, em tese, da responsabilidade do empreendedor ao montante investido na formação da empresa.

Deste modo, agora é tarefa da doutrina jurídica e da tutela jurisdicional brasileira se debruçar no estudo do atual contexto desta inserção e nos fundamentos jurídicos e econômicos que contornam esta nova espécie de pessoa jurídica, com o fim de se buscar a interpretação que maximize a potencialidade de ganho social com o *novel* instituto.

¹ Segundo a revista EXAME, os cinco maiores desafios para modernizar e dinamizar nossa economia seriam: 1) Desonerar a folha de pagamentos; 2) Criar contratos para jovens recém-formados; 3) Aprovar a lei de terceirização; 4) Fortalecer a empresa individual e; 5) Ampliar os meios de negociação coletiva (PIMENTA; GIANINI, 2010, p. 162 - 171).

² A Lei 12.441/11 alterou os arts. 44 e 1.031 e introduziu o art. 980-A no Código Civil Brasileiro.

Não há dúvida de que, desde a aprovação da sua Lei de regência, já foram produzidos alguns trabalhos jurídico-acadêmicos no intuito de explicar a sua natureza jurídica e alguns traços teóricos do instituto adotado pelo legislador infraconstitucional. Contudo, caracterizam-se por ser de natureza descritiva, faltando uma base teórica mais sólida, em direito privado, capaz de permitir uma interpretação menos lacônica da norma, revelando a sua adequação à ciência jurídica nacional e às necessidades econômico-sociais do país.

De fato, algumas vezes os trabalhos da doutrina jurídica acreditam que o Direito é um fim em si mesmo, ou que se devem ater exclusivamente às teorias e conclusões estrangeiras no intuito de reproduzir aqui, o que d'além-mar se escreve e se utiliza.

Entretanto, o Direito é uma ciência social aplicada. O Direito influencia e é influenciado pela vida social que o cerca. Tanto o direito, quanto todas as outras ciências sociais se inserem em um contexto muito mais amplo, o da própria existência humana na sociedade em que está disciplinando.

Neste sentido, o Direito não pode prescindir de uma análise multidisciplinar para buscar os reais fundamentos jurídicos, econômicos e sociais para a formulação e aprovação da Lei da EIRELI, bem como e, principalmente, para a sua futura interpretação e aplicação na tutela jurisdicional.

Isto porque o Direito e a Justiça, bem como as outras ciências sociais devem, em última análise, servir à coletividade e promover o desenvolvimento e a dignidade humana.

Para tanto, propõe-se usar, como método auxiliar da ciência jurídica, a *Análise Econômica do Direito* ou apenas *Direito & Economia*, com base na *Nova Economia Institucional*, também chamada apenas de *Economia dos Custos de Transação*.

Além disso, far-se-á também um mergulho no contexto jurídico privado da doutrina nacional para formular conceitos e destrinchar a matéria sob a ótica dos próprios fundamentos científicos nacionais, evitando-se, na medida do possível, reproduções aleatórias das doutrinas estrangeiras, por vezes inconsistentes e até incompatíveis com a realidade brasileira.

A escolha pelo método da *Análise Econômica do Direito* se justifica, pois o Direito Empresarial é o epicentro do choque entre as políticas públicas

desenvolvimentistas e a atividade econômica privada. Portanto, a sua dogmática deve, em certa medida, se sujeitar também aos argumentos econômicos.

Apesar de certo grau de ignorância por alguns operadores do Direito, a Economia é, sem sombra de dúvida, a ciência que mais se aprofundou nos estudos de produção, distribuição de riquezas e de fomento à alocação socialmente eficiente dos recursos no atual contexto macroeconômico de globalização dos mercados. Assim, aliado ao estudo jurídico, é *mister* envolver a economia e, com isso, buscar a promoção dos valores consagrados na Constituição e a concretude dos objetivos constitucionais.

Em um corte de objeto, necessário para que se possa realizar de maneira bem sucedida qualquer pesquisa séria, restringiu-se o foco deste estudo a identificar se é ou não socialmente mais eficiente possibilitar que a EIRELI seja constituída por pessoas jurídicas e, com isso, ser inserida no contexto dos grupos econômicos.

A restrição a esse problema, nesta pesquisa, está justificada a partir do que determina uma instrução normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), bem como do enunciado na V Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF): “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada só poderá ser constituída por pessoa natural” e, conforme o § 2º do art. 980-A, do Código Civil, a pessoa natural só poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

Contudo, a determinação do DNRC e a orientação da CJF não estão expressamente previstas na legislação, não sendo, assim, o seu teor autoexecutável em face, por exemplo, dos cartórios de registro civil das pessoas jurídicas. Na verdade, ao contrário do que foi pregado por aquelas instituições, os cartórios de registro civil estão promovendo o registro de EIRELIs por pessoa jurídica, como será visto.

Tal fato cria uma enorme insegurança jurídica, pois está sendo proibido constituir EIRELIs por pessoas jurídicas nas juntas comerciais (submetidas às orientações do DNRC). Contudo, a mesma regra não está sendo utilizada na constituição das EIRELIs, de natureza simples, nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Trata-se de um flagrante tratamento desigual a aqueles que deveriam ter, em tese, um tratamento semelhante, algo totalmente injustificado e desarrazoado.

É evidente que o objetivo imediato, do ponto de vista jurídico, deve ser uniformizar os procedimentos das juntas e dos cartórios, ou para permitir, ou para proibir a constituição de EIRELIs por pessoas jurídicas.

Possivelmente, a interpretação do DNRC e da V Jornada de Direito Civil seja a única interpretação plausível da norma. Além disso, nenhum benefício social seria também alcançado caso sua exegese fosse diferente. Outrossim, talvez, em uma interpretação das bases do Direito Privado Nacional, a EIRELI só pode mesmo ser constituída por pessoas naturais.

Entretanto, através de uma análise focada nas consequências sociais e econômicas, seja possível - sem ensejar na criação de nenhuma aberração jurídica - possibilitar a constituição de grupos econômicos com a EIRELI e, com isso, obter mais incremento ao desenvolvimento socioeconômico da população. Dessa forma, para servir à formação de grupos, é condição *sine qua non* permitir que as pessoas jurídicas possam constituir EIRELIs.

São hipóteses aparentemente antagônicas que, para serem ou não confirmadas, dependem de um estudo aprofundado, tanto na base teórica do Direito Privado nacional, quanto na base teórica da escola da Análise Econômica do Direito.

Portanto, não se trata aqui, nem de um trabalho apenas descritivo da Lei 12.441/11, tampouco de um trabalho prospectivo em vista a alterações legislativas. Trata-se de um estudo pragmático com base no Direito Positivo e em suas possíveis interpretações.

Os trabalhos mais consistentes sobre o tema já desenvolvidos no país não tiveram como base as normas atualmente em vigência na legislação. São obras indispensáveis para o estudo do arcabouço teórico no qual foi constituída a Lei 12.441/11, mas refletem as preferências e idiosincrasias dos seus próprios autores em uma tentativa de provocar o legislador. Enfim, são trabalhos *de lege ferenda* e, portanto, como são anteriores à Lei, não levaram em consideração o Direito hoje posto.

Já os livros recentemente lançados e, igualmente, os manuais de Direito Comercial/Empresarial mais atualizados são puramente descritivos e não visam a construir, através de uma base teórica sólida, como já dito, os caminhos de interpretação dos dispositivos da EIRELI.

Destarte, um estudo como ora se propõe mostra-se oportuno, pois ainda não há um entendimento sedimentado sobre os contornos desta nova Pessoa Jurídica

de Direito Privado e, assim, essa pesquisa tem como principal objetivo dar subsídios para a sua futura interpretação na tutela jurisdicional, especificamente na questão da possibilidade ou não desta entidade ser constituída por outras pessoas jurídicas.

A tese aqui defendida visa a possibilitar a constituição de EIRELI por pessoa jurídica. Após os estudos sobre o tema, evidencia-se que não há nenhum empecilho legal para essa permissão e, além disso, essa é, pelas conclusões deste estudo, a forma mais adequada para maximizar a eficiência socioeconômica do *novel* instituto.

Porém, até se obter essa conclusão, um tormentoso caminho precisa ser trilhado e construído. Para tanto, de início será mostrado o que é a *Nova Economia Institucional*. Apresenta-se o conceito de eficiência como um princípio jurídico de aplicação cogente, que deve ser levado em consideração na hermenêutica jurisdicional. Além disso, discorre-se sobre a importância de um discurso desenvolvimentista no âmbito do Direito Privado.

Em seguida, far-se-á um estudo sobre a responsabilidade limitada nas atividades econômicas e comprovar-se-á que o real fundamento da limitação da responsabilidade não é jurídico, mas econômico, qual seja a captação de investimento de entes privados na atividade produtiva. Provar-se-á, inclusive, que a limitação de responsabilidade não é pressuposto nem de constituição de pessoa jurídica, nem de separações patrimoniais, pois, na verdade, a concepção atual de pessoa jurídica e de patrimônio de afetação só foi sedimentada na ciência jurídica depois da limitação de responsabilidade dos investidores privados em atividades mercantis de risco. Para tanto, será apresentado um esboço histórico da evolução da limitação da responsabilidade, do conceito de pessoa jurídica, e a evolução da limitação da responsabilidade dos empreendimentos unipessoais no Direito Comparado.

Na sequência deste trabalho, serão explicitadas as possibilidades de sociedades unipessoais no Brasil e a natureza das sociedades, para, assim, descreveras tentativas de inserção do instituto no Brasil, a tramitação do projeto que deu origem à Lei, a natureza e principais características da EIRELI brasileira e, ao fim desse tópico, destacar-se-á a importância do capital social para a ideia de responsabilidade limitada.

Depois, serão informadas quais as interpretações dadas ao *caput* do art. 980-A do Código Civil, traçando um paralelo entre os argumentos que defendem a vedação de constituição da EIRELI por pessoas jurídicas, e aqueles que se

posicionam de maneira contrária. Outrossim, em uma análise econômica positiva do Direito, traçaremos o cenário atual jurídico e econômico em que a EIRELI está inserida e as consequências econômicas das duas formas de aplicação da Lei, levando em consideração os conceitos de racionalidade limitada e de maximização da conduta dos indivíduos.

Por fim, conclui-se que é socialmente desejável e juridicamente plausível possibilitar que as EIRELIs sejam utilizadas como meio para a formação de grupos econômicos, através da permissão da sua constituição por pessoas jurídicas.

2 A INTER-RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Não há dúvida de que existe uma relação muito íntima entre o Direito e a Economia. Essa relação remonta aos primórdios do estudo da Economia como ciência. A título de exemplo, o primeiro texto brasileiro sobre a então chamada *Economia Política* foi escrito em 1804, pelo jurista José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu³.

O Visconde de Cairu, seis anos antes, havia publicado o seu primeiro livro de direito comercial, o famoso “Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha”, o “primeiro tratado sistemático de Direito Comercial escrito na língua portuguesa” (GREMAUND, 2001, p. 48). Veja, portanto, que a identidade entre Economia e Direito Comercial, ao menos no Brasil, já se encontra enraizada desde a sua gênese. Segundo GREMAUND (2001, p. 48) “a Economia Política que penetrou em Portugal e no Brasil com José da Silva Lisboa tinha a sua origem ligada a considerações de ordem jurídica.”

Inicialmente, a chamada Economia Política não era uma ciência autônoma. O seu estudo acadêmico aqui no Brasil se iniciou como uma cadeira do curso de Direito da faculdade de Pernambuco, em 1808, aonde o próprio Cairu, quatro anos após a publicação do seu livro, em 1804, foi seu primeiro catedrático.

Segundo o Visconde de Cairu, a Economia poderia se chamar a *Arte da Civilização*, com o fim de introduzir “nos países cultos um sistema exacto de justiça e leal correspondência” (LISBOA, 1956, p. 78). Evidentemente como todos da época, o Visconde de Cairu reverberava os ensinamentos de Adam Smith.

Tratava-se do liberalismo clássico aonde a harmonia social se idealizava na perseguição do próprio interesse, pois na busca dessa satisfação estaria a opulência do próprio progresso. (GREMAUND, 2001, p. 49).

Em seu seminal trabalho LISBOA (1956, p. 116-135) destacava 7 (sete) princípios fundamentais da ciência econômica, a saber:

1) É papel do soberano oferecer segurança às pessoas e propriedades legitimamente adquiridas com a menor restrição possível da liberdade de cada indivíduo.

³ Trata-se do Princípios de Economia Política publicado apenas 28 (vinte e oito) anos após o clássico *Investigações sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações* (1776), de Adam Smith.

- 2)O soberano deve prover o trabalho da forma mais livre, extensa e lucrativa para as pessoas de modo que jamais falte ocupação honesta a quem oferecer serviço.
- 3)Não turbar a ordem natural do trabalho e garantir a segura recompensa do serviço prestado.
- 4)Aplicação do produto do trabalho da Nação ao seu destino de proporcionar concretude ao segundo princípio.
- 5)Acumular fundos, poupados do anual consumo e não embaraçar os meios do natural crescimento econômico.
- 6)Proteção aos estabelecimentos religiosos e literários para manter e propagar a moralidade e a instrução pública.
- 7)Ter leis escritas com a maior clareza possível para que todos conheçam seus direitos e deveres e Polícia Civil e Militar para manter a ordem segundo os princípios antecedentes.

Veja-se que o discurso econômico de Cairu era um discurso jurisdicizado, no qual a relação íntima entre o Direito e a Economia era flagrante. Havia, portanto, naquela época (início do século XIX), uma relação muito próxima da Economia com o Direito.

Na verdade, no século XIX, os estudos de Economia Política eram, na maioria das vezes, trazidos a lume pela pena de renomados juristas. Dentre os textos nacionais, destacam-se as obras de Lorenço Trigo de Loureiro "*Elementos de Economia Política*", de 1854; também os "*Apontamentos de Economia Política*", de Aprígio Guimarães, publicada em 1879, e os "*Estudos de Direito e Economia Política*", de Clovis Bevilacqua, cuja primeira edição é de 1886. Nessas obras já há, nitidamente, uma enorme preocupação dos autores em conjugar os ensinamentos do Direito com os novos conceitos da Economia, inclusive nas relações jurídicas privadas alheias aos mercados explícitos.

Porém, posteriormente, com a evolução da Economia como uma ciência e carreira autônoma e a adoção de elementos matemáticos de razoável complexidade para os juristas, houve um conseqüente afastamento das duas ciências, tanto na doutrina Econômica, quanto na doutrina Jurídica, ao ponto de quase extinguir a sua comunicação direta. Mas tal afastamento está sendo atualmente mitigado pelo movimento da Análise Econômica do Direito, como um reflexo das obras norte-americanas de Ronald Coase⁴ e Richard Posner, como será visto.

⁴ Prêmio Nobel de ciências econômicas em 1991. "Por sua descoberta e clarificação da importância dos custos de transação e dos direitos de propriedade para a estrutura institucional e o funcionamento da economia" (NOBEL FOUNDATION, 1991). Suas obras mais importantes para a análise econômica do direito são: "*The Nature of the Firm*", de 1937 e "*The Problem of the social cost*", de 1960.

2.1 A nova economia institucional

A nova economia institucional, ou neoinstitucionalista, é o movimento que gerou a moderna Análise Econômica do Direito, ou simplesmente, Direito & Economia. Como já dito, com a evolução da Economia como ciência e carreira autônoma, a sua metodologia matemática de estudo se afastou, e muito, da metodologia jurídica de análise da sociedade. Veja-se a lição de SALAMA (2008, p. 49):

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.

Mas esse distanciamento hoje tem sido mitigado. Segundo Guido Alpa, na década de sessenta, “nasce na Itália, com os estudos de Pietro Trimarchi, e nos Estados Unidos, com os estudos de Ronald Coase e Guido Calabresi, a nova fase da análise econômica”. (ALPA, 1997, p. 15).

2.1.1 A Diferença entre a economia neoclássica e a nova economia institucional

Realmente, apesar de ter escrito “*The nature of the firm*” ainda na década de 30 do século passado, foi com o “*The problem of the social cost*”, de 1960, que Ronald Coase sedimentou o entendimento de que era preciso “investigar o papel das instituições legais de Direito e de propriedade privada nos estudos econômicos” (COASE, 1992, p. 115)⁵. Tal formulação foi importantíssima, pois retirou o foco principal do estudo econômico da variável preço.

Como o próprio Coase afirma:

No ‘*The nature of the firm*’ eu introduzi os custos de transação para explicar o aparecimento da empresa⁶, e foi só. De maneira semelhante, no ‘*The*

⁵ O artigo, escrito em 1960, foi reproduzido em sua íntegra no livro do mesmo autor: *The firm, the market and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

⁶ Neste ponto, Ronald Coase se refere a “*firm*”; contudo, prefere-se traduzir para “empresa”, pois a ideia de “*firm*” se adéqua perfeitamente à visão dinâmica da empresa como uma verdadeira atividade,

problem of the social cost eu usei o conceito de custo de transação para demonstrar como o sistema legal pode afetar o funcionamento do sistema econômico, e eu não busquei nada além disso. Porém, diferente do *'The nature of the firm'* o *'The problem of the social cost'* teve um imediato sucesso (...) A popularidade do *'The problem of the social cost'* atuou de maneira importante para reacender o interesse no *'The nature of the firm'*. (COASE, 1993, p.62)

Portanto, a pedra de toque da evolução do estudo da Economia para a teoria neoinstitucional foi o "*The Problem of the social cost*" de Ronald Coase. Isso posto, e, conforme ensina ZYLBERSZTAJN (1995, p.14), "a análise neo-clássica ocorre em um ambiente estéril, onde assume-se a inexistência de custos associados ao funcionamento da economia," há uma supervalorização do fator preço e uma total desatenção às questões institucionais.

Ora, no momento em que Coase define que a empresa é um feixe coordenado de contratos, o preço, em si mesmo considerado, perde grande parte da sua relevância, isso porque as questões institucionais se manifestam de maneira mais flagrante. Acerca disso, ZYLBERSZTAJN e SZTAJN (2005, p.7) ensinam que:

os problemas de quebras contratuais, de salvaguardas, de mecanismos criados para manter os contratos e, especialmente, mecanismos que permitam resolver problemas de inadimplemento, total ou parcial, dos contratos, sejam tribunais ou mecanismos privados, passam a ter lugar de destaque na Economia.

Assim, "Ronald Coase lançou a discussão a respeito de um tema que hoje se prova central em se tratando de análise econômica do Direito. Tal variável é conhecida como custos de transação." (PIMENTA, 2006, p. 61).

2.1.2 Os custos de transação

No mundo real, existem os '*custos de transação*', fricções causadas por assimetrias de informação que dificultam ou impedem que os direitos de propriedade sejam negociados a custo zero. (COASE, 1993b, p.232)

No seu artigo seminal "*The problem of the social cost*", Coase concluiu que, na ausência dos custos de transação, os agentes sempre negociarão

pois a atividade econômica, *de per se*, é feixe coordenado de contratos e relações jurídicas. Para mais informações, veja-se: PIMENTA (2006, p. 59 e 60).

voluntariamente, de modo que as trocas tenderão a ser sempre mais eficientes. (SZTAJN; ZYLBERSZTAJN; MUELLER, 2005, p.97)

Hoje existem diferentes abordagens sobre o custo de transação. Contudo, para o presente estudo, pode-se dizer que o custo de transação consiste “naquilo que se precisa pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual.” (PIMENTA, 2006b, p. 61)

Vale observar que o custo de transação compreende tanto a fase das tratativas, quanto a fase de execução, quanto ainda a fase posterior à conclusão do negócio.

A ideia de custos de transação é tão importante, que WILLIAMSON (2005, p.21 - 23) chega ao ponto de separar o seu objeto de estudo na chamada *Economia dos Custos de Transação* – ou simplesmente ECT, na qual a ideia de racionalidade limitada e ambiente institucional sejam levados em conta para um programa de adaptação cooperativa das teorias das organizações, a fim de garantir a eficiência pós-contratual nos negócios jurídicos. Aclarando esse foco, ZYLBERSZTAJN (1995, p. 15) informa:

O objetivo fundamental da nova economia institucional, também denominada de Economia dos Custos de Transação (ECT) é o de estudar o custo das transações como o indutor dos modos alternativos de organização da produção (governança), dentro de um arcabouço analítico institucional. Assim, a unidade de análise fundamental passa a ser a transação, operação onde são negociados direitos de propriedade, e o objetivo descrito acima pode ser revisto como: “analisar sistematicamente as relações entre a estrutura dos direitos de propriedade e instituições”.

Portanto, nas lições de ZYLBERSZTAJN (1995, p. 15), a nova economia institucional pode ser chamada de economia dos custos de transação, evidenciando a importância de tais custos no arcabouço de qualquer estudo sistemático sobre estrutura de Direitos de Propriedade e Instituições.

Assim, esses custos devem ser inseridos em um contexto maior para que sejam mais facilmente estudados e possam, de maneira pragmática, influenciar as tomadas de decisões econômicas e também, por que não, as de decisões jurídicas. Portanto, nesta direção, é preciso inserir, no contexto do debate dos custos de transação, a ideia de eficiência.

2.1.3 A eficiência⁷

Como sabido, a Economia é a ciência que estuda a escassez (ROSSETTI, 2006, p. 87). A escassez deve ser compreendida de maneira ampla, pois é ilimitada a demanda por recursos. Recursos - que não são apenas pecuniários - nas lições de POSNER (2008, p.01), podem ser resumidos como riquezas que, além das questões monetárias, são compreendidos como a própria vida, o lazer, a família, a ausência de dor ou sofrimento, dentre outros.

A demanda é ilimitada, pois o homem é ambicioso e insaciável por natureza. Querer mais faz parte da natureza humana; nela, os desejos se confundem com as necessidades e, por conta disso, é um pressuposto fundamental da Economia que as necessidades são ilimitadas. Sobre o tema, aduz Clóvis Bevilacqua:

Quaes são essas necessidades e até onde irão ellas? Poder-se-ia estabelecer um mínimo correspondente ao essencial á vida. E, uma vez estabelecido esse mínimo, teríamos com isso calado para sempre o descontentamento? [...]

Não nos iludamos; as necessidades variam com as raças e os temperamentos; o essencial á vida nunca satisfará o menos ambicioso dos homens. O homem é um animal cujos desejos são um abysmo sem fundo; quasi sempre o que hoje o seduz e arrasta aos maiores sacrifícios, amanhã já lhe parece o extremo da privação. (BEVILAQUA, 1902, p. 17)

Dessa forma, a resposta para maximizar as riquezas e enfrentar a escassez causada pelas demandas ilimitadas é a eficiência.

Segundo SZTAJN (2005, p. 81), eficiência é a “aptidão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira mais produtiva”.

No mesmo sentido, Suzana Tavares da SILVA (2010, p. 519) entende que a eficiência “designa a característica dos elementos (pessoas, coisas, organizações) que alcançam o melhor resultado (não é apenas uma relação de grandeza, neste caso procurar-se-ia o maior rendimento, mas sim de quantidade/qualidade) com o menor dispêndio de recursos (tempo, trabalho, energia, matérias primas).”

Por conseguinte, a eficiência é, resumidamente, o alcance do maior benefício possível ao menor custo.

⁷ Para maiores detalhes e informações sobre eficiência e os seus teoremas, veja-se “A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de Direito & Economia” (PIMENTA, Eduardo Goulart; GABRIEL, Fábio, 2010, p. 435 – 460).

Todos devem, em certa medida, ser eficientes. As pessoas, as organizações sociais e as instituições públicas devem sempre buscar evitar desperdício de recursos. Assim, a eficiência é a ação de se alocar os recursos de maneira a se buscar o melhor resultado possível.

A eficiência possui estreita relação com a ideia de custos de transação. Afinal, quanto menor o custo de transação, maior a possibilidade de os agentes, voluntariamente, buscarem a eficiência. Esse é o teorema de Coase, premissa difundida pelos estudiosos da Análise Econômica do Direito, ou seja, o custo de transação é inversamente proporcional à eficiência (MERCURO; MEDEMA, 2006, p.256).

A eficiência é tão importante para o desenvolvimento socioeconômico, que passou também a fazer parte do rol dos princípios que norteiam a administração pública no caput do Art. 37⁸, após a Emenda Constitucional nº 19.

Realmente, a administração pública deve ser eficiente e buscar a melhor alocação possível dos recursos estatais. Afinal, conforme difundido na doutrina moderna, é necessário buscar o reconhecimento de iguais liberdades fundamentais, a todos os concidadãos, na maior medida possível, exigência jurídico-normativa da modernidade (CHAMON JÚNIOR, 2008, p. 77). Assim, a eficiência é um caminho para buscar a melhor alocação dos recursos estatais para promover essas liberdades.

Segundo DI PIETRO (2007, p. 75), o princípio da eficiência, esculpido no art. 37, da Carta Magna, possui relação com o modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública. Serve para esperar o melhor desempenho possível e os melhores resultados na prestação do serviço público.

2.1.4 Os Teoremas da eficiência

Vista a eficiência em termos genéricos, é preciso agora entender os teoremas da eficiência pela noção de trocas eficientes na versão de superioridade e otimização de Vilfredo Pareto, e a correção dessa fórmula através da teoria conhecida como “*Kaldor-Hicks*”.

⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

Dessa forma, em termos paretianos, a situação é superior quando há um implemento da condição de um agente, mas não há, como contrapartida, diminuição da condição de outrem. O estado das coisas é ótimo quando nenhum outro estado pode ser superior. (ROEMER, 2001, p. 27)

Em outras palavras, há uma troca eficiente, em termos paretianos, quando um bem é transferido “(...) de quem o valoriza menos para quem lhes dá mais valor” (SZTAJN, 2005, p. 76). Por isso, uma situação só pode ser considerada superior quando ao menos uma pessoa melhora seu bem-estar, sem que nenhum outro diminua o seu próprio bem-estar. Diz-se bem-estar, pois, como visto, os recursos não estão compreendidos somente naqueles dotados de expressão monetária.

Não há dúvida de que a teoria de Pareto foi fundamental para se sedimentar a ideia de crescimento econômico nos estudos da Economia. Afinal, as trocas eficientes e o aumento da riqueza em circulação são os pressupostos básicos do cálculo do crescimento econômico.

Contudo, a teoria paretiana foi criticada pela sua pouca aplicabilidade prática. Afinal, várias situações vividas no mundo real produzem efeitos alheios à troca *per se*. Diante desse contexto, a teoria “Kaldor-Hicks” repousa na ideia da compensação potencial. Um estado de coisas modifica-se eficientemente, em termos de “Kaldor-Hicks”, quando o beneficiário da alteração é capaz de compensar as perdas dos outros agentes que sofrem os efeitos do negócio. Portanto, é eficiente uma troca que produz ganho para algum agente, mesmo levando-se em consideração a devida compensação dos perdedores. (ROEMER, 2001, p. 27)

Segundo POSNER (2003, p. 13):

a condição de superioridade de Pareto quase nunca satisfaz o mundo real, (...) a definição operacional de eficiência na economia não deve ser a superioridade de Pareto. Quando um economista diz que o livre comércio, a competição, o controle da poluição ou alguma outra política ou estado do mundo é eficiente, nove em cada dez vezes ele se refere à eficiência de Kaldor-Hicks.

Porém, a teoria de “Kaldor-Hicks” não é isenta de críticas. Segundo SALOMÃO FILHO (1995, p. 152), o problema reside no fato de que “a indenização é potencial e não necessariamente real, ou seja, basta que teoricamente haja ou possa haver indenização. Evidentemente, um teorema assim formulado é

absolutamente idêntico, nos resultados práticos, ao teorema liberal da maximização de riqueza (ou eficiência)⁹.

De fato, assiste razão, em parte, a crítica de SALOMÃO FILHO (1995, p. 152), pois é evidente que, se não houver mecanismos para concretizar as indenizações ou evitar os danos, a compensação potencial se iguala à teoria paretiana. Mas é exatamente neste ponto que as duas teorias divergem, pois a própria premissa de compensação potencial serve como arcabouço para viabilizar e justificar as medidas de controle e correção dos beneficiários das trocas e de indenização e compensação daqueles que sofrem eventuais efeitos negativos.

Nesse sentido, a atual economia se afastou do modelo liberalista de Adam Smith. Hoje é consenso na economia que o Estado deve intervir no mercado para corrigir os desequilíbrios gerados pela atuação oportunista dos agentes econômicos, como também em meios de internalizar as externalidades negativas daqueles que agem causando prejuízo a terceiros estranhos ao ato econômico.

É indubitável que o modelo econômico atual é convergente, não se confunde nem com o modelo capitalista do liberalismo do sec. XIX, nem com os modelos sociais que buscam a igualdade material com a supressão das liberdades fundamentais em um modelo econômico ordenado verticalmente por um comando central de economia planificada (ROSSETTI, 2006, p. 327). O Estado Democrático de Direito, apesar de possibilitar a livre iniciativa e a propriedade privada dos meios de produção, atua e intervém na economia.

Segundo a doutrina, essa intervenção pode-se dar por absorção ou participação na prestação do serviço ou produção de bens de interesse coletivo; também por direção, quando dirige as condutas dos agentes econômicos, determinando medidas compulsórias de gestão; ou também, por indução, com mecanismos de incentivo ou desestímulo às condutas dos agentes, ou seja, utilizando mecanismos relacionados ao direito premial. (GRAU, 2000, p. 124).

Assim, em que pese à crítica de Salomão Filho, não há como negar a importância da análise da eficiência em termos de “Kaldor-Hicks” para o discurso jurídico, pois a assertiva é por demais ácida e, se levada a cabo, inviabilizará, inclusive, a própria convergência do estudo do Direito aliado à Economia.

⁹ Neste ponto, o autor, ao se referir a “teorema liberal”, se refere ao teorema de eficiência de Vilfredo Pareto.

A Economia baseia as suas formulações teóricas em cima dessas premissas. Afinal, em uma analogia com o mundo jurídico, o fato de alguém deixar de cumprir com determinada obrigação ou o sujeito ativo não fazer valer o seu direito, não é suficiente para desqualificar a existência de um Direito Obrigacional e do dever de cumprir com a obrigação *de per si*.

Ora, a indenização em “Kaldor-Hicks” é potencial assim como o próprio Direito obrigacional o é. Para ser efetivamente cumprido, o Direito necessita da provocação do Judiciário e, mesmo assim - reconhecido pela tutela jurisdicional - nem sempre esse mesmo direito é efetivamente satisfeito pelo executado no cumprimento da sentença transitada em julgado.

É evidente e notoriamente conhecido que existem execuções frustradas. Mas essa situação de fato, não é capaz de desqualificar o Direito em si mesmo considerado. A indenização ou compensação, na eficiência de “Kaldor-Hicks”, é potencial e cabe, para ser efetivamente eficiente, serem encontrados meios econômicos e jurídicos para dar concretude a essa potencialidade.

2.2 A Eficiência como princípio jurídico

Como visto, a análise econômica do Direito se baseia, e muito, no conceito de eficiência. Trata-se, de fato, no conceito mais importante da própria Economia.

É inquestionável, também, que a ideia de eficiência no trato das questões jurídicas gera um desconforto em parte da doutrina de Direito.

José Afonso da SILVA (2003, p. 651), por exemplo, entende que a eficiência “não é um conceito jurídico, mas conceito econômico”. Em sentido ainda mais crítico, Celso Antônio Bandeira de MELLO (1999, p. 75) não qualifica a eficiência como princípio de Direito.

Porém, é preciso perceber que o conceito de eficiência pode, de maneira muito oportuna, contribuir para o discurso jurídico. Não é por outro motivo que muitos doutrinadores entendam a Análise Econômica do Direito como a maior evolução da ciência jurídica das últimas décadas (ROEMER, 2001, p. 10).

Para explicar a inserção da eficiência no discurso jurídico e sua aplicabilidade como um princípio informador do Direito, é preciso analisar a própria evolução da doutrina do maior ícone do movimento da análise econômica do Direito, o norte-americano Richard Posner.

Segundo SALAMA (2010), a trajetória intelectual de Richard Posner pode ser dividida em três fases:

Na primeira fase, Richard Posner construiu a sua obra mais difundida, a *Economic Analysis of Law*. Essa fase se inicia no início da década de 70 e vai se desenvolver até o início da década de 80.

O doutrinador norte-americano percebeu que, diante da ideia de eficiência e de escolha racional¹⁰, poder-se-iam explicar diversas condutas humanas e formular hipóteses de regulação jurídica e de tomadas de decisões jurisprudenciais.

Assim, Posner conclui que o *Common Law* americano evoluiu no sentido de busca pela eficiência. Portanto, a eficiência se apresenta, nessa primeira fase, como um método analítico (SALAMA, 2010, p. 6).

A segunda fase se apresenta através do livro *The Economics of Justice*, de 1981. A partir dos teoremas de eficiência vistos acima, Posner a identifica como o verdadeiro critério ético do Direito, sendo que a maximização da riqueza deveria ser o critério maior da própria justiça. Esse enunciado repousava sobre duas ideias centrais: a primeira, que a justiça poderia ser medida em termos monetários; e a segunda, que a maximização da riqueza repousa sobre uma ideia de consentimento dos indivíduos com indicação do valor subjetivo dado aos bens pelos indivíduos (SALAMA, 2010, p. 22).

Tais considerações levaram Posner a ser extremamente criticado. Com base nessas críticas, começou, a partir de meados da década de 80, a reconsiderar algumas das suas posições. Tem início, então, a terceira fase da sua obra, que pode ser identificada no livro *The Problems of Jurisprudence*¹¹, de 1990. Nessa obra, Posner abandona a ideia de que a maximização de riqueza deve ser o critério maior de justiça e o coloca ao lado de diversos outros valores já consagrados pelas instituições jurídicas e pela doutrina do Direito (SALAMA, 2010, p. 24).

¹⁰ A ideia de escolha racional significa que todo ser humano tende a maximizar seu próprio interesse na busca por ser eficiente e investir seus recursos tentando obter os melhores resultados. Na célebre frase de Adam Smith (1996, p. 74), "Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse." No livro de Posner (2003, p.03), a ideia de escolha racional pode ser percebida nos seguintes termos: "a tarefa da economia, assim definida, é explorar as implicações de assumir que o homem é um maximizador racional de seus objetivos na vida, suas satisfações - o que devemos chamar de "auto-interesse". Maximização racional não deve ser confundida com o cálculo consciente. Economia não é uma teoria sobre a consciência. O comportamento é racional quando se está em conformidade com o modelo da escolha racional, seja qual for o estado de espírito daquele que escolhe."

¹¹ O livro *The Problems of Jurisprudence* foi traduzido e publicado em português com o título de Problemas de Filosofia do Direito (POSNER, 2007).

Tal reconsideração de posicionamento foi, em muito, um reflexo das críticas apresentadas, principalmente por Ronald Dworkin.¹² Críticas que levaram Posner, em 2007, a escrever um tributo ao seu maior crítico¹³ (SALAMA, 2010, p. 24)

Diante dessa releitura, conforme inclusive já evidenciado na doutrina (SANTOS JÚNIOR, 2009), a teoria de Posner pode ser conciliada com as teorias de interpretação do Direito de Ronald Dworkin.

Isto porque, o próprio Ronald Dworkin (1999, p. 320) afirma que não existem princípios contraditórios e que, em um *hard case*, é papel do julgador mergulhar no caso concreto e buscar coerência de um sistema não arbitrário, mas que reflita um nível profundo de moral política.

Pela ideia de integridade do Direito, para Ronald Dworkin (1999), Hércules¹⁴ não pode se descuidar de nenhum princípio na busca da decisão correta para o caso concreto em análise.

Assim, a eficiência, como um reflexo da maximização de riquezas, deve ser também um princípio sopesado na hermenêutica jurídica, pois como salienta o próprio Posner (2007, p. 520):

Pragmaticamente interpretada, a maximização de riqueza é mais instrumental do que basilar, não constitui objeção ao seu uso como guia do Direito e de políticas públicas. Pode ser o princípio certo para os fins da questão, ainda que só seja certo em virtude de fins que não são exclusivamente econômicos. Pelo menos pode ser princípio geral, deixando ao proponente dos desvios da maximização da riqueza o ônus da demonstração da sua conveniência.

Desse modo, “reside a possibilidade de uma (re)leitura das doutrinas de Ronald Dworkin e Richard Posner, para concluir que a eficiência, como princípio jurídico que é, deve ser considerada, e com força normativa, na interpretação e aplicação do direito”. (SANTOS JÚNIOR, 2009, p. 874)

É certo que existem ainda muitas diferenças na abordagem da Teoria do Direito de Posner e de Dworkin; afinal, como sabido, Posner é um pragmático. Mas

¹² DWORKIN em 1980 publicou o artigo “*Is Wealth a Value?*” (A riqueza é um valor?) no qual criticou severamente a posição de Posner ao alçar a maximização de riqueza como valor. Essas críticas ao efficientismo de Posner estão condensadas no cap. VII do seu livro “O Império do Direito”. (DWORKIN, 1999)

¹³ Tribute to Ronald Dworkin, 63 N.Y.U. Ann. Surv. Am. L.9

¹⁴ Na teoria da integridade do Direito de Ronald Dworkin, Hércules é apresentado como o julgador, o juiz ideal que irá mergulhar nos argumentos das partes e através de uma análise sistemática dos princípios e na evolução do direito como um *romance em cadeia*, irá obter a solução mais correta para o caso *sob judice*.

essa filosofia de meios e fins não pode ser reduzida ao desvencilhamento total do Direito dos outros valores consagrados na Teoria Jurídica. É preciso, como já admitido por Posner, harmonizar os princípios jurídicos para o deslinde das suas questões.

Outro ponto de destaque é que, como salienta SILVA (2012, p. 528), “o *princípio da eficiência* não poder ser entendido no momento actual apenas como um *princípio geral do procedimento administrativo*”. Tal princípio deve nortear e ter abrangência nos outros campos do Direito e das políticas públicas, e não, apenas, ficar limitado à Administração Pública por conta do comando expresso no art. 37 da Constituição. Possivelmente seja o caso, inclusive, de elevá-lo a categoria de Princípio Fundamental, como exigido pela mesma autora.

No mesmo sentido, CALVÃO (2010, p. 329 – 330) explica assim o princípio da eficiência.

A avaliação das consequências decorrentes das decisões político-normativas, judiciais e administrativas possibilita a reorientação do Direito num sentido que assegure o melhor aproveitamento económico dos recursos e uma maior racionalidade da decisão jurídica.
De resto, a questão da eficiência comporta ainda uma outra, mas conexa, faceta: a de saber se os resultados e os efeitos das actuações referidas realizam (ou realizam no mais elevado grau possível) os objectivos propostos ou pré-definidos, no plano constitucional ou legal, com os mínimos (ou menores) custos económicos e financeiros.

Portanto, nesse sentido é que, neste trabalho, será abordada a questão fundamental da Economia - a eficiência. Neste estudo, e com base nas linhas acima apresentadas, a eficiência será alçada ao patamar de princípio jurídico em uma abordagem pragmática do Direito. Isso se deve, principalmente, ao que se refere o Direito Empresarial, pois, compreendido como um Direito Patrimonial Privado, não há como desvincular o debate acadêmico-jurídico das questões econômicas.

Como brilhantemente ensina Oscar BARRETO FILHO (1973, p. 12):

Sem nos deter no exame dos pressupostos metodológicos, qualquer que seja a posição adotada, verifica-se que o conteúdo ou substrato do Direito Mercantil é essencialmente econômico.

Assim, como princípio de Direito Mercantil, deve ser norma com aplicação cogente, pois “as normas são o gênero que compreende as regras e os princípios.” (BONAVIDES, 2003, p. 271-272).

De acordo com este mesmo autor:

De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade do século XX, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional.

Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se auferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada. (BONAVIDES, 2003, p. 283)

Outrossim, como princípio jurídico, a eficiência possui diversas funções, pois, de maneira geral, os princípios possuem *função integradora, interpretativa, delimitadora e fundante*. (LORENZETTI, 1998, p.318 e 319) A *função integradora* é aquela que permite ao princípio preencher as lacunas no ordenamento. A *função interpretativa* é um modo de subsumir o caso concreto em um enunciado amplo. A *função delimitadora* põe limite à atuação legislativa, judicial e negocial. Já a *função fundante* alicerça internamente o ordenamento e dá lugar às criações judiciais.

Diante disso, nesse aspecto, conclui-se que a eficiência será aqui compreendida, não só como um conceito e ferramenta da ciência econômica, ou do Direito Administrativo, mas como um Princípio Jurídico de aplicação cogente. Suas funções, acima identificadas, servirão, no momento oportuno, de alicerce para a interpretação das normas que regulamentam a EIRELI com o fim de, nos termos de CALVÃO (2010, p. 329), confirmar se as decisões político-normativas, judiciais e administrativas podem reorientar o Direito na perspectiva de obtenção do melhor aproveitamento econômico e maior nível de racionalidade às decisões judiciais, de modo a alcançar, no mais alto grau possível, os objetivos preconcebidos no plano constitucional.

Faz-se necessário essa abordagem, pois o Direito necessita assumir o seu papel desenvolvimentista, como regulador das instituições públicas que se comunicam com a atividade produtiva. Em uma visão da Economia de Custos de Transação.

2.3 O aspecto desenvolvimentista do Direito

O distanciamento entre o Direito e a Economia trás como consequência um distanciamento entre o próprio Direito e a sociedade. O Direito tem um papel

fundamental na concreção do objetivo fundamental da República de garantir o desenvolvimento nacional, estampado no art. 3, II da Constituição Federal (PIMENTA; OLIVEIRA, 2008). Entretanto, muitas vezes, esse objetivo não é sopesado no discurso jurídico.

Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil*, assim critica a cultura intelectual e jurídica alheia à realidade social:

Ainda quando se punham a legiferar ou a cuidar de organização e coisas práticas, nossos homens de idéias eram, em geral, puros homens de palavras e livros; não saíam de si mesmos, de seus sonhos e imaginações. Tudo assim conspirava para a fabricação de uma realidade artificiosa e livresca, onde nossa vida verdadeira morria asfixiada. Comparsas desatentos do mundo que habitávamos, quisemos recriar outro mundo mais dócil aos nossos desejos ou devaneios. (HOLANDA, 1995, p. 163)

Assiste razão a crítica do sociólogo. Pois o Direito nacional precisa se aproximar mais da realidade econômico-social do País para não tender ao risco da falácia, ou ao mero artifício da cultura livresca. A livre iniciativa, a dignidade humana e a cidadania são alguns dos fundamentos da Nação. Para concretizá-los, por sua vez, a República Federal tem, por objetivos essenciais, à erradicação da pobreza e da marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos. Contudo, para alcançá-los, a meta inicial nesta economia globalizada precisa ser a garantia do desenvolvimento nacional prevista no art. 3, II da CF.

O sociólogo está correto ao se observar rios de tinta serem gastos diuturnamente por juristas que professam os direitos sociais da população e exigem a promoção da - muitas vezes falaciosa - dignidade humana. Contudo, poucos são os trabalhos que, de maneira coerente e pragmática, buscam os meios concretos para efetivar a dignidade de maneira coletiva e economicamente sustentável.¹⁵

Na verdade, para promover a dignidade é preciso promover o crescimento econômico do país. Ora, como é sabido, todo Direito tem um custo que não pode ser negligenciado. Falar em promoção da dignidade e dos direitos fundamentais, sem um debate amplo sobre captação e alocação eficiente dos recursos, se mostra muitas vezes um artifício falacioso e distante da realidade.

¹⁵Conforme amplamente difundido nos debates da Análise Econômica do Direito, muitas vezes os julgadores, em busca da promoção da "dignidade humana", produzem decisões paternalistas prejudiciais à coletividade. Nesse sentido, veja-se (TIMM; DRUCK, 2007) e também (ZYLBERSZTAJN; REZENDE, 2007).

Não foi por outro motivo que Flávio Galdino importou para o Brasil a teoria de Stephen Holmes e Cass Sunstein¹⁶, de que todo direito tem um custo.

O Direito não é só uma prerrogativa, que alguém possui, de exigir de outrem a prática ou abstenção de certos atos. Todo direito tem um custo para a sociedade. Não existe direito totalmente negativo (aquele que só depende de abstenção e que não necessita de nenhuma alocação positiva do Estado). Todo direito subjetivo público é positivo e, para sua salvaguarda, é necessário ou o estabelecimento de ações positivas do Estado, ou de mecanismos de indenização. (GALDINO, 2005, p. 225 a 235). No mínimo, existe o custo da máquina administrativa que elabora, promove e fiscaliza a tutela jurisdicional dos direitos¹⁷.

Diante dessa assertiva, quando o Estado passa a ser o provedor direto das necessidades básicas de seus cidadãos, existe um problema lógico de aplicação. Afinal, os recursos disponíveis pelo Estado são escassos frente às necessidades ilimitadas de seu povo.

Portanto, nesse diapasão, o Estado deve promover o crescimento da sua captação de renda. Deve promover e aquecer a economia, fomentando as empresas e o mercado¹⁸, pois são as empresas as responsáveis pela atividade econômica de base e pela maioria dos impostos percebidos pelo Estado. Enfim, são os verdadeiros provedores da Nação.

Não há como se afastar, o desenvolvimento social do desenvolvimento econômico. Na verdade, como ensina TOKARS (2007, p. 30) “a relação de causalidade entre o desenvolvimento social e o econômico justificou a consagração da expressão desenvolvimento econômico-social”.

¹⁶HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999.

¹⁷ Ainda é divergente na doutrina a idéia de que os direitos individuais de primeira geração sempre são positivos. Contudo, entende-se que tal divergência acontece somente do ponto de vista teórico, para fins didáticos. Na realidade concreta, ninguém pode discordar de que, no mínimo, há custo na elaboração e na tutela de todos os direitos deferidos aos cidadãos.

¹⁸ Em termos econômicos, o mercado é “uma abstração definida pela existência e entrecchoque de forças aparentemente antagônicas, as da oferta e as da procura”. (ROSSETTI, 2006, p. 439). Luciano Benetti TIMM, baseado na teoria tridimensional de Miguel Reale (fato, valor, norma), defende que o mercado é um fato social, existe. Afinal “ninguém é mais auto-suficiente; todos precisam trocar bens e serviços”. (2008, p. 84) O mercado é a conseqüência lógica da especialização do trabalho. Pode-se definir, então, que o mercado, seja abstrato ou físico, é o pólo para onde convergem as forças da oferta e da procura. Sempre que houver a procura e a oferta de qualquer produto ou serviço, há mercado.

Por certo, trata-se de uma relação de causa e efeito. “Constata-se, em suma, que o desenvolvimento social de uma nação é consequência de seu desenvolvimento econômico”. (TOKARS, 2007, p.30).

Assim, baseado no princípio da eficiência, o Direito deve assumir também o seu papel econômico-desenvolvimentista, pois o cenário institucional, nas lições profetizadas por Coase, é importantíssimo para o fomento ou para o desestímulo da atividade econômica. Em resumo, as instituições públicas, e mais especificamente o próprio Direito, devem também abraçar a causa do desenvolvimento.

Nas lições de CHAMON JÚNIOR (2008, p. 77), o Estado deve promover, “na maior medida possível, o exercício de iguais liberdades fundamentais”. Essa exigência jurídico-normativa da modernidade se adéqua perfeitamente às ideias do laureado Amartya Sen, Prêmio Nobel de Economia de 1998. Segundo esse economista indiano, na sua obra clássica “*O desenvolvimento como liberdade*”, o desenvolvimento econômico consiste na eliminação das privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas. (SEN, 2000, p. 10)

Para ROSSETTI (2006, p. 350), o processo de desradicalização centrípeta, ou seja, o abandono, tanto das ideias do liberalismo clássico, quanto do socialismo – ou, em termos jurídicos, a adoção pelo Estado Democrático de Direito – implica intervenção estatal para promover uma economia social de mercado, onde se substitui a ideia do igualitarismo comunista pela equitatividade baseada na meritocracia, sendo livre o acesso ao mercado e à propriedade privada dos fatores de produção, devendo o Estado promover a concorrência e o fomento à atividade econômica privada e garantir o acesso aos mercados essenciais.

Nesse sentido, é possível vislumbrar a ideia econômica atual de desenvolvimento que deverá ser levada em consideração pelo Direito.

Diante dessas considerações, baseadas no princípio da eficiência e também no aspecto desenvolvimentista do Direito, deve-se, no trabalho de interpretação da norma, levar em consideração a exegese mais apta a desenvolver a economia brasileira e as liberdades individuais dos seus cidadãos.

Tais métodos de interpretação jurídica serão importantíssimos para definir, em abstrato, qual a melhor forma de entender a lei da EIRELI, levando em consideração não somente os aspectos estritamente jurídicos, mas também a possibilidade de fomento ao desenvolvimento econômico-social do Brasil.

2.4 Balanço conclusivo da inter-relação entre Direito e Economia

Portanto, concluindo-se o presente capítulo, antes de desenvolver a evolução da Limitação da Responsabilidade, far-se-á um breve resumo das conclusões apresentadas até esse ponto do estudo com o fim de sedimentá-las.

Segue-se, então, a enumeração das conclusões alcançadas até aqui:

a) A economia política do século XIX possuía um nítido caráter jurídico em seu discurso.

b) Com o passar do tempo, a economia foi se distanciando do Direito na medida em que se tornou uma ciência autônoma, utilizando de métodos matemáticos de razoável complexidade para os juristas em geral.

c) A nova economia institucional reaproximou a economia do direito na medida em que ficou evidenciada a importância do papel institucional no cálculo dos custos da atividade produtiva.

d) O custo de transação se tornou uma variável indispensável para a análise da eficiência da produção e distribuição de riquezas.

e) A análise da eficiência em termos de “Kaldor-Hicks” possibilita e justifica o dirigismo estatal para corrigir as falhas de mercado e as externalidades negativas das atividades econômicas.

f) A eficiência deve ser concebida como um princípio jurídico válido para hermenêutica, principalmente quando o tema em debate se refere às atividades econômicas privadas.

g) A garantia do desenvolvimento nacional é um objetivo da Nação e deve ser promovido não só pelos economistas nacionais, mas também pelos operadores do Direito.

h) O desenvolvimento social se liga umbilicalmente ao desenvolvimento econômico, portanto a eficiência é um pressuposto do desenvolvimento e deve servir de alicerce para a hermenêutica dos institutos jurídicos.

Assim, diante destas conclusões iniciais, é possível avançar no estudo da responsabilidade limitada e da empresa individual brasileira.

3 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE LIMITADA NAS ATIVIDADES ECONÔMICAS

O objetivo deste capítulo é trazer uma evolução histórica da responsabilidade limitada para melhor compreensão do seu real fundamento, identificando, no próximo capítulo, a natureza jurídica e as principais características da EIRELI brasileira. É evidente que a evolução da responsabilidade limitada é de suma importância para este trabalho, pois a EIRELI constitui a última novidade sobre essa matéria. Além disso, o conhecimento sobre as consequências da limitação e seus fundamentos torna-se necessário para identificar se a constituição dessas pessoas pode ser feita também por outras pessoas jurídicas, ou se tal fato desvirtua este modelo de limitação de responsabilidade.

A limitação da responsabilidade nas atividades econômicas é um instituto secular. Conforme ensina STIGLER (1992, p. 458), a eficiência dos institutos muitas vezes se comprova pela simples constatação da sua durabilidade. Esse é o caso da responsabilidade limitada.

Ordinariamente, quando a matéria em debate é a responsabilidade limitada, sempre há remissão ao surgimento das Companhias por Ações e à edição, em 1892, da Lei das Sociedades Limitadas alemã. Contudo, como será visto, a responsabilidade limitada é anterior a isso, muito anterior...

Assim, demonstra-se a evidência de que a limitação de responsabilidade nos empreendimentos econômicos se liga umbilicalmente à ideia de fomento ao aporte de capital em atividade de risco, ou seja, em captação de recursos e em investimento privado.

3.1 A responsabilidade limitada na *societates publicanorum* em Roma

Um dos princípios basilares do Direito é aquele que impõe ao agente a obrigação de pagar pelas obrigações assumidas perante outras pessoas. Essa é uma norma supralegal verificada em todos os ordenamentos jurídicos conhecidos. Deriva do próprio senso comum de justiça. Nas *societas* romanas, aqueles que praticavam os atos de gestão da sociedade, exercendo a condição de donos do negócio e o direito real sobre o patrimônio, respondiam pessoalmente pelas obrigações contraídas no seu proveito. (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 47)

Assim, aqueles que pessoalmente assumiam a obrigação em proveito da sociedade assumiam também o ônus pessoal do seu cumprimento. Não havia, naquela época, entes abstratos dotados de capacidade jurídica própria e autônoma, pois “os romanos não conheceram, ou sequer intuíram, um conceito de pessoa jurídica” (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 40). De fato, “**persona** era, para os romanos apenas o **homem**” (OLIVEIRA, 1962, p. 9)

Segundo a doutrina, mesmo sem que existisse, definitivamente, a condição de sujeito de Direito para as sociedades em Roma, durante a fase da República, foram criadas as *societates publicanorum*, sociedades de alta complexidade estrutural constituídas para exploração empresária de coisas públicas. Eram depositárias de dinheiro estatal, faziam obras, tendo inclusive autonomia para cobrar impostos em nome de Roma. Tornavam-se, muitas vezes, verdadeiras administradoras de determinadas províncias romanas, extremamente lucrativas, acumulando “fortunas fantásticas” (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 37).

Segundo o escol de José Lamartine Corrêa de Oliveira:

Tais *societates*¹⁹ formavam-se com o fito de reunir capitais suficientemente vultosos para atender determinados objetivos importantes para Roma que, entretanto, dada a precariedade da sua estrutura administrativa, via-se obrigada a recorrer aos particulares. Assim, tais *societates* emprestavam dinheiro ao poder público romano, encarregavam-se de determinadas obras públicas e determinados fornecimentos de material, funcionavam como arrendatários da cobrança de determinados impostos devidos aos cofres romanos, etc. De sua finalidade lucrativa derivam certas características iniludíveis de **societates**: os sócios são pessoalmente responsáveis pelas obrigações sociais e, dissolvida, seu patrimônio não reverte em benefício dos cofres públicos, mas é dividido entre seus membros. (OLIVEIRA, 1962, p. 14 – 15)

Nesta sociedade, nem todos os sócios respondiam pessoalmente pelas obrigações sociais. As *societates publicanorum* eram divididas internamente da seguinte forma, respondendo de maneira solidária e ilimitada pelas obrigações da sociedade: *i)* os *Socii*, que se caracterizam como os sócios ordinários da sociedade; *ii)* os *Manceps*, que eram os verdadeiros titulares da concessão outorgada por Roma e figuravam analogicamente como os presidentes e/ou diretores da sociedade; e, finalmente, *iii)* os *Praeds*, que eram os garantidores das quantias anualmente devidas ao Estado pela sociedade. (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 42).

¹⁹ Neste momento, o autor se refere à *societates publicanorum*.

Contudo, em regime jurídico diferente, respondendo exclusivamente no limite do capital investido na formação da sociedade, existiam os *Adfines Societatis*, “simples investidores em busca de participação nos lucros, tinham sua responsabilidade limitada aos aportes” (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 42 - 43).

A *societates publicanorum* era dotada de um patrimônio comum com natureza de compropriedade, dado ao fato de não existir formalmente um ente abstrato diverso dos seus titulares, que eram, em uma espécie de condomínio, proprietários comuns do acervo social.

Por conta disso, os sócios “experimentavam direto e imediato enriquecimento pelos resultados da empresa” (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 44). Em contrapartida, sofriam com a responsabilidade pessoal e ilimitada, à exceção do *Adfines Societatis*. Este, apesar de integrar a com propriedade e deter direito sobre os eventuais dividendos, o valor da sua entrada era considerado de natureza creditícia; assim tinha a sua responsabilidade limitada ao valor dado de entrada.

Veja-se que, apesar da natureza creditícia do seu investimento, o *Adfines Societatis* não era um credor comum, pois seu crédito não era líquido nem certo, o valor de retribuição da sua entrada não possuía quantia definida nem data certa para o pagamento. Além disso, ele poderia ver o seu investimento ser completamente perdido, no caso de um inesperado fracasso do empreendimento social. Na verdade, o seu repasse estava umbilicalmente vinculado à distribuição eventual de dividendos. Sendo assim, não era um mero credor, era um sócio!

Aduz-se, portanto, que a limitação de sua responsabilidade ao valor integralizado na sociedade se justificava como um atrativo ao seu investimento. Isso porque era enorme a complexidade estrutural e o volume de capital para a constituição e execução da empresa da *societates publicanorum*, fato que impunha a Roma a necessidade de “recorrer aos particulares” (OLIVEIRA, 1962, p. 15). Em resumo, a limitação do risco e a vislumbrada percepção de altos lucros possibilitavam que o investidor privado aplicasse seus recursos na sociedade, desonerando o Estado desse ônus. Observe-se, portanto, que essa é a premissa fundamental do começo da difusão da responsabilidade limitada nas atividades econômicas: o estímulo ao investimento privado.

3.2 A responsabilidade limitada na Idade Média

Após a invasão bárbara, não houve, durante séculos, mais nenhuma notícia histórica sobre a limitação de responsabilidade de sócios em sociedades comerciais. Evidentemente que continuavam a existir sociedades, pois o homem “tem necessidade quase constante da ajuda dos semelhantes” (SMITH, 1996, p. 74). Assim, desde sempre houve, em toda a história da civilização humana, sociedades fraternas baseadas em vínculos sanguíneos e também sociedades constituídas com pessoas ligadas por identidade territorial e outros vínculos afetivos.

Conforme leciona DORIA (1997, p. 159)

As primeiras manifestações de sociedade encontram-se na reunião de duas ou mais pessoas que, combinando esforços e bens, buscam partilhar entre si os resultados da atividade comum. Na impossibilidade de atingir determinados fins, atuando isoladamente, o homem uniu-se a outros, construindo assim as sociedades.

O conceito de sociedade advém do Código de Manu, na Índia, aproximadamente 1400 A.C. Assim estava disposto em seu art. 204: “*Quando vários homens se reúnem para cooperar, cada um com seu trabalho, em uma mesma empresa, tal é a maneira por que deve ser feita a distribuição*”. (apud GUSMÃO, 2012, p. 11).

Esse conceito se aperfeiçoou nos primeiros livros de Direito Comercial, que já adotavam o seu carácter contratual²⁰. Veja-se o conceito de José da Silva Lisboa, o Visconde de Cayru, extraído de uma reimpressão mais recente do seu seminal Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha, originalmente de 1815:

He hum contracto, pelo qual duas, ou mais pessoas se ajustão por palavra, ou escrito, a entrar em comunicação de todos os seus bens, ou de huma parte delles, ou em algum particular negocio, e trafico; a fim de participarem do ganho, ou da perda, que possa resultar do manejo social, em proporção da quota de capital, ou industria, com que cada hum haja contribuido para a Companhia, parceria, ou monte mor, e commum, segundo as honestas convenções em que se acordarem (LISBOA, 1963, p. 587).

O conceito atual de sociedade não mudou muito após isso, pois até hoje o carácter contratualista das sociedades está expresso no Código Civil, no seu art.

²⁰ O debate sobre o carácter contratualista ou institucionalista da sociedade será abordado quando for discutido o seu conceito, no cap. 3.

981.²¹ Contudo, o fenômeno da limitação da responsabilidade de determinada pessoa ao capital investido na atividade é uma construção muito mais complexa do que apenas a formação de uma sociedade.

Após a *societates publicanorum* romana, o instituto da limitação da responsabilidade ficou adormecido na história humana até o surgimento das sociedades em comandita, na Idade Média, como reflexo das grandes navegações²².

O ímpeto aventureiro dos navegadores europeus os motivava a intentar travessias oceânicas extremamente arriscadas. Era alto, igualmente, o investimento para esse intento, pois embarcações eram naufragadas, às vezes perdidas ou saqueadas por piratas. Não havia a menor dúvida de que, para atravessar oceanos e mares nunca antes navegados, era necessário alto aporte de recursos e, assim, fatalmente os capitães das embarcações e gestores dessas aventuras marítimas precisavam do apoio financeiro de investidores externos. Tal apoio, para existir, dependia do ensejo de dois fatores essenciais: *i*) da expectativa de lucro com o negócio e, *ii*) da limitação dos riscos econômicos envolvidos na atividade.

Naquela época, o acúmulo de riquezas era extremamente hostilizado pela doutrina cristã e pela moral aristocrática, que exteriorizavam o seu repúdio à usura e à eventual remuneração pelos juros²³. Além disso, “as pessoas abastadas, principalmente os nobres, não queriam exercer o comércio individualmente, pois as atividades mercantis, desde os tempos romanos, eram consideradas infamantes” (MARTINS, 1998, p. 254). Porém, a despeito dessa orientação, os nobres, de maneira indireta, e os comerciantes e banqueiros buscavam meios para mitigar os riscos desses empreendimentos e burlar as rigorosas leis contrárias à usura. Dentre

²¹ Há uma enorme semelhança entre o conceito extraído da primeira obra na língua portuguesa de Direito comercial com o expresso no art. 981 do Código Civil, *in verbis*: “*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*”.

²² Realmente, a era das grandes navegações marítimas, devido ao seu alto grau de risco e elevada complexidade na sua consecução, foi o embrião de diversos institutos de Direito Comercial hoje já sedimentados nas legislações pelo mundo como as próprias Sociedades Mercantis, os mais diversos contratos de seguro, os contratos de depósito, de câmbio marítimo, de corretagem, de comissão, de fiança, de arbitragem e etc.

²³ A questão da usura e da imoralidade do empréstimo a juros foi objeto de análise de José da Silva Lisboa, o Visconde de Cayru. No seu *Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha*, afirma que: “As questões sobre a immoralidade, e injustiça de taes contractos achão-se hoje encantoadas nas escolas, para o exercício de Dialectica, e ostentação de engenho; e nenhuma pessoa que tem prática do mundo, e que olha para a scena real da vida, póde lisonjear-se, ou pretender, que os negócios da Sociedade, e menos as grandes operações de Commercio, se fação por empréstimos gratuitos”. (LISBOA, 1963, p. 571).

esses meios, se destacou inicialmente o contrato de *comenta* e, posteriormente, a sociedade em comandita, novo modelo societário que se diferenciava das sociedades em nome coletivo da época, exatamente por conter sócios com responsabilidade limitada ao capital investido.

No início, como dito, tratava-se apenas de um contrato, o contrato de *comenda*, no qual o comanditário figurava como um simples credor que recebia o valor do seu investimento, mais uma determinada quantia em contraprestação do mútuo. Posteriormente, o comanditário passou a ser efetivamente um verdadeiro sócio do empreendimento, mas a natureza creditícia da sua participação continuou sendo respeitada e, por conta disso, sua responsabilidade era limitada ao aporte de recursos inicialmente efetuado. Conforme ensina WARDE JÚNIOR (2007, p. 81), “as causas medievais da responsabilidade limitada dos sócios são, indiretamente, o interesse de mitigar os riscos empresariais e, diretamente, a natureza creditória do direito do sócio fornecedor de capitais”.

Na verdade, a sociedade em comandita não possuía existência exterior perante terceiros, somente existia o vínculo entre o tomador de capital (tractator ou sócio comanditado) e o sócio capitalista (commendator ou sócio comanditário) (TOMAZETTE, 2012, p. 328).

Externamente, em face dos terceiros, apenas o sócio comanditado era responsável, ilimitada e solidariamente, pelas obrigações da sociedade. Também nessa época, a sociedade em comandita não possuía existência autônoma, muito menos personalidade jurídica própria, pois a fixação do conceito de pessoa jurídica autônoma ainda não havia sido sedimentado pelo Direito Privado, como será visto.

Inobstante a inexistência de personalidade jurídica, todas as sociedades (em nome coletivo e em comandita) com o decorrer do tempo, passaram a ter a obrigação de serem registradas.

Segundo MARTINS (1998, p. 255), “a lei Florentina, de 30 de novembro de 1408, foi a primeira a exigir essas formalidades”, mas tal registro tinha como fito evitar fraudes, com o mau uso da limitação de responsabilidade nas sociedades em comandita, em que o fornecedor de capital, desejoso de administrar a empresa, formalizava-se como comanditário, mas atuava externamente como comanditado (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 78 – 79).

De fato, somente ao sócio comanditado era possível a prática dos atos de gestão, pois, como sujeito de direito e personificador dos interesses sociais, aquele

sócio que praticasse o ato e exteriorizasse pessoalmente o seu consentimento se vinculava diretamente à obrigação. Assim, o registro serviu para dar publicidade à condição de cada componente da sociedade, não servia para atribuir personalidade jurídica à sociedade.

A sociedade em comandita era, “primitivamente, praticada em expedições marítimas, mas depois, com a evolução do comércio terrestre, passou a ser exercitada em terra também”. (MARTINS, 1998, p. 245)

De tal forma, tais sociedades difundiram-se por toda a Europa e passaram a representar um meio de avanço dessas economias e a base fundamental da expansão e colonização europeia pelo mundo.

Diante disso, observa-se que a limitação da responsabilidade do sócio comanditário, na Idade Média, tinha como fundamento, exatamente como em Roma, nas *societates publicanorum*, uma atividade de risco e a necessidade de aporte de capital privado. Sua premissa fundamental baseava-se também no argumento econômico de servir como um mecanismo de estímulo ao investimento privado em atividade de risco.

3.3 A responsabilidade limitada nas Companhias

A história das Sociedades Anônimas começa na Holanda. Nos Países Baixos, a navegação marítima era um meio necessário de subsistência e, com o passar do tempo, a sua população era reconhecidamente formada por construtores navais, pescadores e navegadores audazes. Contudo, novamente com o fito de incrementar as expedições marítimas e a colonização, era preciso a formação de sociedades mercantis com grande aporte de investimento privado.

Segundo WARDE JÚNIOR (2007, p. 87 - 88) essas sociedades, nos Países Baixos, eram inicialmente:

de existência efêmera, chamadas *vóór-compagniëen*, cujo objeto satisfazia-se ao fim de cada jornada. Essas sociedades detinham, em conjunto, elevado poder político e econômico, comprovado por uma frota de aproximadamente dez mil navios, sessenta mil navegantes e lucros estimados em vinte milhões de florins.

No fim do sec. XVI surgem conflitos com a finalidade de extinguir o monopólio espanhol sobre as especiarias das Índias e sobre o ouro das Américas e, nesse

sentido, a pluralidade de sociedades mostrou-se um inconveniente fator de dispersão do capital (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 88). Diante disso, as sociedades fundiram-se para formar a Companhia das Índias Orientais, em 1602, primeira sociedade anônima nas características modernas²⁴.

Após a formação da primeira sociedade em 1602, seguiram-se muitas outras nos países europeus vizinhos. “A constituição dessas sociedades era, na verdade promovida pelo Estado, como descentralização política, social e econômica de suas funções” (REQUIÃO, 2008, p. 4) Assemelhavam-se, portanto, às modernas sociedades de economia mista, posto que “nem mesmo os Estados soberanos tinham como atender os gastos com as expedições e conquistas. Daí a ideia de buscar, junto ao público em geral, sobras de suas economias que, somadas às disponibilidades de Estado, permitissem a reunião e a circulação de grandes riquezas” (GONÇALVES NETO, 2010, p. 18).

Dessa maneira, eram formadas enormes sociedades com a reunião de capital público e a captação de recursos privados, com o fito de viabilizar a execução do seu empreendimento.

A função estatal daquelas sociedades se destacava, pois “tal companhia existia para exercer um papel que tocava ao Estado, a colonização do novo mundo”. (TOMAZETTE, 2012, p. 387). Nesse sentido, detinham “o poder de efetuar pactos e alianças com príncipes e naturais dos países (...), construir fortalezas, armar exércitos, nomear governadores e funcionários da justiça e outros, para todos os serviços necessários à conservação das praças, à manutenção da ordem e da polícia.” (REQUIÃO, 2008, p. 4).

As grandes diferenças entre as sociedades anônimas da época e as sociedades em comandita eram as seguintes: *i)* o fato de aquelas serem exclusivamente *intuitu pecuniae*; *ii)* serem formadas por iniciativa estatal e; *iii)* por deter enorme facilidade de negociação dos seus títulos de domínio. Já nas sociedades em comandita: *i)* as características pessoais dos sócios eram relevantes para a formação da sociedade; *ii)* os sócios se conheciam e formavam a sociedade

²⁴ Em sentido contrário se posicionou Fran Martins (1998, p. 304). Segundo ele, a primeira sociedade anônima foi a Casa de São Jorge, posteriormente transformada em Banco de São Jorge na primeira metade do Sec. XV. Porém, tal posicionamento hoje não é mais visto pelos recentes manuais do assunto. Segundo Rubens Requião (2008, p. 3), a Casa di San Giorgio era extremamente poderosa, mormente quando se tornou um Banco, mas estava longe de constituir um tipo rudimentar de sociedade por ações, pois mais se assemelhava a uma associação de portadores de obrigações ou debenturistas. Nesse mesmo sentido se posiciona a imensa maioria dos manuais mais recentes sobre o tema.

sob um vínculo de confiança anterior a sua constituição. Assim, não havia necessidade de autorização estatal para a sua formação e se constituíram por um ato de autonomia privada dos sócios e; *iii*) as participações não eram transferíveis informalmente.

No que diz respeito à função econômica das Sociedades Anônimas, Rubens Requião (2008, p. 7) aduz:

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

Realmente, as companhias foram de vital importância para a própria expansão do Capitalismo. Além disso, relevante para este estudo é o tratamento que começou a ser conferido aos administradores das companhias.

A partir da Companhia das Índias Ocidentais Inglesa, em 1621, os administradores da companhia passaram a ser nomeados pelos acionistas, detinham mandatos de 6 (seis) anos e deveres de publicidade e prestação de contas. Publicavam balanços e eram obrigados a distribuir dividendos. Eram também proibidos de contratar, direta ou indiretamente, com a sociedade, “sob pena de perda das remunerações e destituição”. (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 94).

Diante dessa nova situação dos administradores da sociedade, os acionistas, como ocorria com os comanditários nas sociedades em comanditas, eram meros investidores de recursos e, assim, sob a mesma premissa, continuavam irresponsáveis perante terceiros pela natureza creditória da sua entrada. Mas nasce daí um fato novo, relevantíssimo para o estudo da limitação da responsabilidade: a limitação da responsabilidade dos administradores das sociedades. Tal fato merece mais algumas considerações, quais sejam, a seguir:

Segundo WARDE JÚNIOR (2007, p. 88) “os administradores, todavia, deixaram de ser ilimitadamente responsáveis quando perderam a condição de ‘patrões’ e passaram a ser mandatários dos acionistas, devido ao tratamento que lhes foi conferido a partir da Companhia das Índias Ocidentais”.

Por certo, enquanto os acionistas detinham a limitação da responsabilidade sob a premissa econômica de estímulo ao investimento e a natureza creditícia desse aporte de recursos para a sociedade, os administradores das Companhias, mesmo agindo pessoalmente, personificando o interesse das sociedades e assumindo obrigações em nome dela, passaram a não mais se responsabilizar pessoalmente por estas obrigações, pois detinham a qualidade de simples mandatários dos interesses sociais.

Dessa forma, deixaram de exercer um direito real de propriedade e passaram a exercer um contrato de mandato, agindo para o interesse social nos limites das suas atribuições com deveres de diligência, publicidade e prestação de contas.

Consoante isso, Sylvio Marcondes ensina: “Na anônima, a responsabilidade de *todos* os acionistas se restringe ao valor das respectivas ações, mas nenhum deles exerce, *nessa qualidade*, a administração” (MACHADO, 1956, p. 23). Ou seja, eles exercem a administração exclusivamente como mandatários dos interesses sociais. Enfim, o regime jurídico do administrador era diferente do regime jurídico dos acionistas e, assim, os atos de gestão dos administradores eram levados em consideração de forma independente dos atos relativos à sua eventual condição de acionista.

Note-se que esse novo tratamento dado aos administradores se liga umbilicalmente na separação entre a propriedade e a gestão da Companhia das Índias Ocidentais. Por outro lado, na “Companhia das Índias Orientais, conservavam ainda a condição de ‘patrões’, herdada da posição que ocuparam nas *vóór-compagniëen*. Justifica-se, assim, o fato de responderem ilimitadamente perante terceiros” (WARDE JÚNIOR, 2007, p. 94).

No Brasil, o Código Comercial Imperial, de 1850, adotou a premissa estabelecida na companhia inglesa ao referir-se expressamente que as Sociedades Anônimas seriam administradas por mandatários com poderes revogáveis e tempo determinado²⁵. Evidencia-se, assim, que os acionistas deixaram de figurar

²⁵ Tal conclusão pode ser tomada pela leitura dos Arts 295 e 299, do Código Comercial de 1850:

Art. 295 - As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social, e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado, e com autorização do Governo, dependente da aprovação do Corpo Legislativo quando hajam de gozar de algum privilégio: e devem provar-se por escritura pública, ou pelos seus estatutos, e pelo ato do Poder que as houver autorizado.

Art. 299 - Os administradores ou diretores de uma companhia respondem pessoal e solidariamente a terceiros, que tratarem com a mesma companhia, até o momento em que tiver lugar a inscrição do

externamente como titulares do direito real de gestão da propriedade das suas entradas, criando-se, por conseguinte, uma figura independente, uma realidade coletiva autônoma dos seus participantes, representada pelo seu administrador dotado de poderes típicos de uma relação de mandato.

Exatamente por conta dessa situação hoje, e desde aquela época, existe todo um conjunto normativo de regulamentações e limitações ao exercício abusivo da administração e do poder de controle nas sociedades anônimas, pois o administrador poderá responder pessoalmente perante terceiros e perante a sociedade quando agir com interesse próprio em detrimento do interesse social.

Entretanto, o fato do administrador não mais responder pessoalmente pelas obrigações da sociedade foi decisivo para a evolução da responsabilidade limitada. Pela primeira vez, aquele que assumia pessoalmente a obrigação, personificando o interesse da sociedade, isentava-se da responsabilidade pessoal do seu cumprimento.

Porém e enfim, a sociedade anônima outorgou responsabilidade limitada aos seus acionistas, também sob a premissa desenvolvimentista de estimular o investimento privado em atividades econômicas de risco e foi além: a situação de irresponsabilidade, tanto dos acionistas quanto dos administradores destas sociedades, criou um problema enorme, pois não havia uma *persona*, na concepção jurídica da palavra, para exercer a posição de domínio do patrimônio social. Tratava-se de um ente acéfalo, que necessitava de uma teoria jurídica capaz de explicar-lhe seus traços característicos e proporcionar-lhe os contornos normativos.

Dessa forma, a ideia de condomínio e compropriedade não era mais adequadas para explicar o fenômeno do interesse coletivo emanado por essas grandes corporações econômicas, mormente tendo em vista a evolução subjetivista e jusracionalista do Direito.

Surge, então, o momento ideal para sedimentar e evoluir o conceito e a teoria de Pessoa Jurídica no Direito Privado.

3.4 A personificação da pessoa jurídica e o seu conceito

Pelo visto até aqui, a limitação de responsabilidade não tinha como pressuposto fático e jurídico a personificação das sociedades. Configura-se como ingenuidade acreditar que o instituto da limitação de responsabilidade está vinculado diretamente à constituição de entes autônomos para servirem de referenciais de imputação normativa. A limitação da responsabilidade era um mecanismo criado para satisfazer a uma demanda econômica, a necessidade de estimular o investimento em atividades de alto grau de risco financeiro.

Segundo OLIVEIRA (1962, p. 21) “é por meio de influência canônica que se passa a aplicar o conceito de **persona** às coletividades e institutos”. De acordo com o mesmo autor, “com efeito, é no Direito da Igreja Católica que surge o conceito de ‘*corpus mysticum*’, aplicado à Igreja, termo que tem suas origens em São Paulo” (OLIVEIRA, 1962, p. 21). Nesse mesmo diapasão é a lição de FIUZA (2007, p. 146). Segundo ele, “coube mesmo ao Direito Canônico traçar os contornos espirituais, abstratos do instituto”. Efetivamente, é a partir do Direito Canônico que se começa a separar o tratamento entre as pessoas e as sociedades, *societas distat a singulis*.

Não cabe aqui uma análise amíúde de todas as teorias a respeito do conceito da Pessoa Jurídica, mormente tendo em vista que *i*) outros autores já o fizeram com enorme êxito nas suas pesquisas²⁶ e, *ii*) o colossal trabalho de reunir todas as diversas teorias desviaria o foco desta pesquisa para uma área espinhosa e por vezes obscura, que não influenciará, de maneira significativa, as conclusões deste estudo.

De fato, é possível partir, com razoável consistência, do que já foi desenvolvido sobre o tema por outros autores nacionais.

Nesse ínterim, algumas considerações pontuais precisam ser apresentadas com o fito de identificar, no momento oportuno, se a EIRELI é ou não uma pessoa na acepção jurídica do termo e qual a sua natureza jurídica, levando-se em consideração - além do Direito Positivo, as teorias da Pessoa Jurídica - e,

²⁶ O trabalho mais significativo sobre o tema, no Direito brasileiro, talvez seja o de José Corrêa Lamartine de Oliveira, *Conceito de pessoa jurídica*. Tese (Livre-docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1962. Além deste, há também ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Das pessoas jurídicas: ensaio de uma teoria*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1905 e CARTAXO, Ernani Guarita. *As pessoas jurídicas em suas origens romanas*. Curitiba: Empresa Gráfica Paranaense, 1943.

posteriormente, como classificá-la perante as teorias tradicionais de classificação das pessoas jurídicas que são desenvolvidas nos manuais de Direito Privado.

Destarte, é preciso conhecer um pouco sobre o próprio conceito *de per se* de Pessoa Jurídica. Segundo OLIVEIRA (1962, p. 28), as teorias sobre o conceito de pessoa jurídica se dividem em três grupos: *i)* doutrinas individualistas como a tese da ficção e do patrimônio como um fim; *ii)* doutrinas que afirmam a existência de realidades coletivas e; *iii)* doutrinas normativistas.

As doutrinas chamadas de individualistas por José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA (1962 p. 29 – 55) se identificam por entender que é o ser humano que detém a verdadeira personalidade e capacidade jurídica. Dentre essas doutrinas, se destaca a tese da ficção legal de Savigny, segundo a qual só o ser humano é capaz de direitos; entretanto, o Direito Positivo pode modificar o conteúdo da expressão “pessoa”, tanto para limitar essa atribuição, quanto para estendê-la a outros entes. No caso de limitação, o Direito Positivo nega ao ser humano a capacidade de Direito, como ocorria com os escravos, por exemplo, tratados pelo Direito como coisas, bens. No caso de extensão, o Direito Positivo estende a capacidade a outros entes não humanos, podendo assim formar-se artificialmente uma nova pessoa. (OLIVEIRA, 1962, p. 30).

Nota-se que o individualismo está flagrante nessas teorias, haja vista que essa doutrina nega a existência de realidades sociais coletivas dotadas de vontade autônoma. Nesse mesmo ponto, também incorre no mesmo erro a teoria de *Brinz*, que baseava o seu conceito de pessoa jurídica a um patrimônio destinado a determinado fim, pois também não reconhecia a autonomia volitiva dos entes coletivos.

Por outro lado, as doutrinas que afirmam a existência de realidades coletivas se identificam por admitir que, nos agrupamentos coletivos, há uma independência e uma vontade individual diversa dos membros que a compõem e, por conta disso, merecem deter capacidade de agir diversa dos seus membros.

Por exemplo, imagine-se uma associação ou sociedade em que existam dezenas de membros com participações equitativas; imagine-se também que, em determinada assembléia, esses mesmos membros irão deliberar sobre uma dúzia de matérias. Ora, nesse caso é possível que a associação ou sociedade escolha um modo de agir diferente de qualquer um dos seus membros individualmente considerados, exatamente pelo fato de conter em seu corpo uma coletividade

que, quando age conjuntamente, age de maneira diversa do que cada um desses membros agiria de maneira individualizada. A vontade seria, portanto, uma vontade coletiva diferente das vontades de cada um dos membros dessa coletividade. Logo, aí se identifica claramente uma vontade autônoma do ente coletivo.

No que tange à concepção das teorias que afirmam a existência de realidades coletivas, José Lamartine Corrêa de Oliveira (1962 p. 64) afirma que representam “um progresso relativamente à doutrina da concessão estatal da personalidade.” Contudo, OLIVEIRA (1962, p. 65) critica essa teoria nos seguintes termos:

A volição coletiva não é explicável através do organicismo. Depende das volições individuais e é em última análise um fenômeno de psicologia coletiva que propicia sua autonomia. (...) Não cabe, portanto, falar também em consciência coletiva como algo ontologicamente independente das consciências individuais.

Já as teorias normativistas têm no italiano Francesco Ferrara e no austríaco Hans Kelsen os seus maiores expoentes. Resumidamente, segundo essa doutrina, a condição de pessoa jurídica era solucionada mediante o recurso do Direito Positivo.

Contudo, endógena a sua teoria, os normativistas outorgam um enorme poder ao Direito Positivo. Nesse sentido, são assim criticadas por OLIVEIRA (1962, p. 95):

Criar o Direito numa torre de marfim, separado das realidades econômicas e sociais, pretender para a ciência jurídica total autonomia, e seu desligamento de tudo que é “ideológico” é intento, quando não inalcançável, absurdo e, paradoxalmente antijurídico.

Segundo César Fiuza (2007, p 148 - 149), a teoria imaginada por Francesco Ferrara pode ser chamada de teoria da realidade das instituições, da realidade jurídica ou da realidade técnica. Assim ele a resume:

Teoria da realidade das instituições jurídicas ou da realidade jurídica – Esta teoria, também chamada de teoria da realidade jurídica ou técnica, é a mais aceita hoje em dia. Imaginada por Ferrara, não nega que só o ser humano é realidade objetiva. As pessoas jurídicas são, realmente, criadas pelo Direito, que lhes confere personalidade, assim como confere a nós. De fato, a personalidade é fenômeno jurídico. Só somos pessoas porque o Direito assim o quer, pois, se não o quisesse, não seríamos pessoas. Veja-se a situação dos escravos que, apesar de serem humanos, não eram pessoas, por negar-lhe o Direito tal condição. Consideravam-se coisas. Destarte, do mesmo modo por que o Direito nos atribui personalidade, atribui-a também a outros entes, chamados pessoas jurídicas, A personalidade não vem, portanto, da natureza, mas do Direito.

Já para outros autores²⁷, a teoria das instituições partiu de Maurice HAURIOU (1967). Este, segundo TOMAZETTE (2012, p. 218), atribuía à condição de uma instituição apta a ser uma pessoa jurídica quando se preenchia os seguintes requisitos: *i)* ideia de obra a realizar no grupo social; *ii)* organização de poder posta a serviço da realização desta obra e; *iii)* manifestação de vontade no grupo social a respeito da ideia e da sua realização.

Segundo o mesmo autor, há, nessa teoria, uma valorização excessiva ao elemento sociológico em detrimento da realidade dos associados. Também se esquece da necessidade de reconhecimento legal e do preenchimento de certos requisitos para ser alçada à condição de Pessoa Jurídica.

Assim, é sedimentado o entendimento de que uma pessoa jurídica, para existir, necessariamente precisa ser reconhecida pela legislação, mas deve ser também uma realidade pré-existente, com interesse relativamente autônomo entre essa pessoa moral e as pessoas que a compõem.

O fato é que as teorias da realidade técnica ou da realidade das instituições são as mais aceitas hoje em dia pela doutrina brasileira. Isso porque elas admitem a existência de uma realidade coletiva e autônoma anterior à legislação, mas impõem à norma o poder de alçar ou não essa realidade à condição de Pessoa. Somente a título de exemplo, além de César FIUZA (2007, p. 148), filiados a essa corrente, inscrevem-se: Sílvio de Salvo VENOSA (2003, p. 259), Marlon TOMAZETTE (2012, p. 220 – 221), Carlos Roberto GONÇALVES (2003, p.186) e Roberto Senise LISBOA (2003, p.333), Maria Helena DINIZ (2009, p. 14), Cristiano Chaves de FARIAS e Nelson ROSENVALD (2007, p. 267), dentre outros.

Para OLIVEIRA (1979, p.11), o seu entendimento a respeito do conceito de Pessoa Jurídica é próximo à “tese dos autores institucionalistas”, mas isso não significa que ele não possua uma posição própria sobre o tema. Inicialmente, é preciso deixar claro que J. Lamartine Corrêa de Oliveira abominava o positivismo jurídico e, por consequência, qualquer forma de normativismo puro. De fato, só admitia o atributo de pessoa jurídica aliado à concretude empírica do ente, ou seja, do suporte fático, do instituto, ao ser alçado a essa condição. Confronte-se a sua posição sobre o positivismo em um discurso de paraninfo proferido em 1968:

²⁷ Segundo outros autores, a teoria da realidade das instituições tinha em HAURIOU o seu principal referencial doutrinário, como consta em (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 267), (DINIZ, 2009, p. 140) e (VENOSA, 2003, p. 258), por exemplo.

Na tarefa de preparação de um novo Brasil, há imenso lugar para os juristas. Se é necessário construir nova estrutura social e econômica, a ela deverá corresponder nova estrutura jurídica (...) Se a Economia grandemente condiciona o Direito, este em troca pode alterá-la e preparar seu evoluir.

A tarefa que vos indiquei é trabalho de juristas – não de leguleios. Leguleios julgam lei tudo o que está escrito e promulgado pelo Poder Público e, formados pelas nocivas tendências do positivismo jurídico, suas convicções meramente formais não são suficientemente fortes para impedi-los de reconhecer validade e vigência até a tentativa de cortar a liberdade de exercício profissional por parte de cidadãos postos em desgraça política.

O jurista, porém, vê mais alto, pois sabe que acima do Direito Positivo estão as normas que a consciência humana descobre na natureza das coisas. Percebe que o gradativo refinamento da consciência humana – Direito Natural de conteúdo progressivo – é cada vez mais exigente quanto à adequação do direito Positivo aos ideais humanos de liberdade, justiça, igualdade e fraternidade (OLIVEIRA apud LEONARDO, 2009, p. 146).

Finalmente, OLIVEIRA (1962, p. 167 - 168) conclui que a pessoa jurídica é um “**ser de razão**, da categoria dos **seres reais**, que dependem da razão, como efeito da causa material.” Essa causa material seria um ser de razão própria com fundamento “in re”. Nos casos de sociedades e associações, a causa “in re” seria o grupo e, nas fundações, o fundamento “in re” seria constituído pelos trabalhadores da fundação - que se beneficiam desta - e o conjunto de bens postos a serviço dos seus fins. Assim sendo, a lei traria a segurança baseada na garantia legal em um papel declarativo e não constitutivo de pessoa jurídica e, por fim, para que seja alçada a essa condição, o ente necessitaria também de uma realidade dinâmica fundamentada na ideia de obra a realizar, refutando-se, portanto, os condomínios, e identificando, por exemplo, os grupos familiares como entidades aptas a serem alçadas à condição de Pessoas Jurídicas.

Já segundo WARDE JÚNIOR (2007, p. 98), o surgimento de alguns conceitos de pessoa jurídica nasceu em virtude também da justificação da limitação da responsabilidade. Ele as divide da seguinte forma: aquelas que nasceram *i)* em resposta à carência de justificativas para a vacuidade subjetiva decorrente do aparecimento das sociedades por ações; *ii)* como resultado da proteção jurídica de interesses humanos; *iii)* centrados exclusivamente no conceito de norma jurídica; e, finalmente, *iv)* fundados na natureza institucional das formas de associação.

É relevante entender que, em oposição à evolução do conceito de pessoa jurídica formulado por J. Lamartine Corrêa de OLIVEIRA - que tinha como base uma teoria filosófica do Direito Privado de *per se* - a evolução do conceito de Pessoa

Jurídica, na obra de Walfrido Jorge WARDE JÚNIOR, centra-se nos reflexos da limitação da responsabilidade na evolução do próprio conceito de pessoa jurídica. Diante disso, é preciso discorrer também sobre as conclusões desse segundo autor.

Segundo WARDE JÚNIOR (2007, p. 100 - 101), a transferência dos aportes dos acionistas para a sociedade, com o fim da visão objetivista do Direito, criava um problema deflagrado pela ausência de um dos pólos no negócio jurídico obrigacional, gerando, assim, o incentivo necessário ao aparecimento do conceito de pessoa jurídica, “cuja função não seria dar causa à limitação de responsabilidade dos sócios, mas prover solução para um problema técnico”. Afirma o autor não ter sido coincidência que, “apenas no século XVII, época em que surgem as primeiras sociedades por ações, a palavra ‘pessoa’ passasse a ser empregada para designar e atribuir capacidade jurídica a entes não humanos.”

A evolução do conceito de pessoa jurídica, para WARDE JÚNIOR (2007, p. 105 - 128), desde a teoria da ficção, passando pelos normativistas, até as teorias da realidade, foi influenciada diretamente pela conveniência social da atribuição de limitação de responsabilidade aos sócios das sociedades e aos argumentos econômicos e sociais que defendiam a necessidade de limitar os riscos e diminuir os custos das atividades econômicas, por meio, evidentemente, da limitação da responsabilidade dos sócios das sociedades.

Diante disso, percebe-se que a personificação da pessoa jurídica, fenômeno posterior à limitação de responsabilidade dos sócios de sociedades mercantis, é uma criação da ciência jurídica, muito mais para reconhecer entidades autônomas pré-existentes e colmatar a necessidade de um referencial de imputação normativa, sob a ideia de direito subjetivo, do que para outorgar limitação de responsabilidade aos membros de entidades coletivas, pois isso faticamente já existia há séculos.

Ora, como sabido, a partir do sec. XVIII, durante todo o sec. XIX e início do sec. XX, a ciência jurídica exigia a cobertura do Direito Positivo para os institutos sociais e econômicos sob a sua tutela.

Também é sabido que, desde a adoção da Teoria Geral das Relações Jurídicas e a parte geral dos Códigos Civis, era necessário adequar os institutos jurídicos de direito material em três grandes ramos da hermenêutica, a saber: ou *i*) a condição de pessoas (sujeitos de direito), ou *ii*) a condição de bens (objetos de direito) ou *iii*) a condição de fatos jurídicos (fato jurídico no sentido amplo).

Assim, as teorias da personificação dos entes coletivos surgiram para regulamentar uma realidade já identificada nas sociedades humanas e dar-lhe os contornos normativos necessários para uma ciência jurídica baseada no Direito Positivo e no Direito Subjetivo da Teoria Geral das Relações Jurídicas. Por isso, é necessário reconhecer o acerto das teorias da realidade!

Porém, como ainda não se havia sedimentado o conceito de pessoa jurídica no Direito Brasileiro, o Código Comercial de 1850 não reconhecia expressamente a existência das Pessoas Jurídicas no âmbito do Direito Comercial. (MARTINS, 1998, p. 206).

Tal fato gerou enorme incerteza e vários debates até a edição do Código Civil de 1916. Veja-se isso nas palavras de PIMENTA (2010, p. 07).

Em nosso ordenamento a inserção da noção de pessoa jurídica e sua aplicação às sociedades não se verificou, ao menos de forma expressa, com a entrada em vigor do Código Comercial de 1850. Seguiu-se forte discussão doutrinária acerca da matéria, com alguns defendendo a personalidade autônoma de tais entes enquanto outros a negavam. Essa situação de relativa incerteza veio a encerrar-se quando da edição do Código de 1916, que dispôs expressamente, em seu art. 16, I e II, sobre a personificação das sociedades civis e comerciais.

De fato, apesar de o Código Comercial do Império prever expressamente a existência de sociedades em que havia sócios com responsabilidade limitada, somente com o Código Civil de 1916 foi realmente - e sem margem para outras discussões - reconhecida a existência autônoma das pessoas jurídicas no ordenamento normativo brasileiro, por força evidentemente do Direito Positivo, mais especificadamente dos Arts. 16 e 20, do Código Beviláqua²⁸.

Em face do exposto, traçando um paralelo entre as informações colhidas até aqui, pode-se concluir que a evolução jusracionalista do Direito e a ideia de Direito Subjetivo, adotada da Teoria Geral das Relações Jurídicas, impuseram a necessidade de o Direito Positivo reconhecer as Pessoas Jurídicas como entidades autônomas de Direito e, por conseguinte, como sujeitos de direito, dotados de patrimônio e capacidade jurídica independente dos seus membros. Serviu também

²⁸Art. 16. São pessoas jurídicas de direito privado:

I. As sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações.

II. As sociedades mercantis.

III - os partidos políticos.

(...)

Art. 20. As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.

para confirmar e sedimentar a possibilidade de limitação de responsabilidade dos sócios das sociedades anônimas.

Assim, correta é a afirmação de PIMENTA (2011, p. 559) de que “a pessoa jurídica no direito empresarial é, hoje, antes de mais nada, um elemento de limitação do risco econômico inerente à empresa”. Neste mesmo sentido é a lição de SOUZA (2009, p. 495), veja-se:

A personificação tem por finalidade a criação de um centro de imputação ao qual se transferem recursos materiais e imateriais, para a consecução de um escopo comum. A vida da pessoa jurídica transcende a de seus membros, pois a personificação tende a permitir a estabilidade e a perenização da entidade criada, a despeito das contingências a que estaria sujeito cada um de seus membros. Sua principal função é a separação patrimonial.

Isso porque, atualmente no Direito brasileiro, como regra geral, é preciso se constituir uma pessoa jurídica para se obter a autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade, exceto se isso for feito mediante a adoção de patrimônio autônomo separado.

Contudo, precisa-se deixar claro que os conceitos de personalidade e responsabilidade não podem se confundir, pois existem pessoas jurídicas em que seus componentes possuem responsabilidade (subsidiária) pelas obrigações²⁹ (OLIVEIRA, 1979 p.520). Por outro lado, existem responsabilidades outorgadas a entes que sequer possuem personalidade, como nos casos de entes despersonalizados como o espólio, o condomínio e a massa falida.

Conforme muito bem ensina Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 27), “sujeito de direito é conceito mais amplo que pessoa: nem todos os sujeitos são personalizados. Em outros termos, os titulares de direitos e obrigações podem ou não ser dotados de personalidade jurídica”.

Certamente não é nenhuma novidade a existência dos chamados entes despersonalizados, pois são vistos, na prática das ações civis, sendo autores ou réus em processos e tendo direitos ou deveres reconhecidos pela tutela jurisdicional.

²⁹ Veja-se, por exemplo, as sociedades em nome coletivo, as sociedades simples, as sociedades de advogados e etc.,

Além disso, existem também, excepcionalmente, formas de limitação da responsabilidade sem a existência de personalidade, como nos casos dos patrimônios de afetação³⁰.

Na verdade, o correto é entender que a atribuição da personalidade é um *plus* outorgado pelo Direito à determinada *universitas bonorum* (unidade de patrimônio) ou *universitas personarum* (unidade de pessoas). Esse *plus* possibilita o exercício e atribuição de determinados direitos exclusivos das pessoas dotadas de personalidade, como, por exemplo, ter um nome, domicílio, existência distinta e capacidade plena. Além disso, em determinados modelos societários, por força de Lei, é capaz de limitar a responsabilidade dos titulares da pessoa personificada.

Porém, é certo que, somente através de uma constituição regular, uma instituição qualquer pode ser alçada à condição de pessoa jurídica; ou seja, para formar pessoas jurídicas, é necessário cumprir determinadas formalidades exigidas em Lei. Portanto é correta a afirmação que sujeito de direito é um conceito mais amplo do que pessoa de direito.

Também é evidente que a instituição a ser alçada a essa condição (pessoa) deve, sim, nos termos explicitados por OLIVEIRA (1962, p. 167 – 168), ter um sentido de obra a realizar e um fundamento “in re”, no sentido definido pelas teorias institucionais, como interesse independente do que se constituir (pessoas ou bens) - dado ao interesse social e autônomo que gira em torno de uma pessoa jurídica - ou seja, os *stakeholders* em geral, a nação, os empregados, a clientela, até mesmo a preservação do meio-ambiente, flora e fauna, ou qualquer outro beneficiário direto ou indireto da existência dessa pessoa moral.

O Brasil, na verdade, tem um sistema definido pela doutrina como minimalista (OLIVEIRA, 1979, p. 96 - 97). Para que uma entidade seja alçada à condição de pessoa jurídica, mínimos são os requisitos de analogia entre ela e as pessoas naturais. Ao mesmo tempo, a doutrina e jurisprudência brasileira são normativistas e só admitem a formação da pessoa quando há respaldo legal para isso e quando ela atende os requisitos legais impostos na sua regular instituição.

Assim, conclui-se com apenas uma divergência ao pensamento de OLIVEIRA (1962, 167 -168) - pois o Direito tem efetivamente um papel constitutivo na atribuição da personalidade jurídica e não apenas um papel declaratório. O Direito reconhece

³⁰ Como no caso do incapaz, previsão expressa no art. 974, §2 do Código Civil.

as realidades preexistentes e dá contornos institucionais às pessoas morais constituídas, reconhecendo a sua autonomia, mas seu papel é constitutivo, pois os atributos da personalidade dependem, necessariamente, da regular constituição da pessoa moral.

Portanto, correta é a corrente da *realidade institucional*, no sentido de que deve, sim, haver um substrato institucional e uma ideia de obra a realizar no ente, mas é necessário o reconhecimento legal e o preenchimento dos requisitos impostos pela legislação para constituir-se efetivamente uma pessoa jurídica, obtendo-se, assim, os benefícios inerentes à atribuição de personalidade.

Evidentemente, com a atribuição legal de personalidade às sociedades e a sua sedimentação na doutrina jurídica, o instituto logo serviu, sobretudo, para a difusão da autonomia patrimonial e, por conseqüência, para a limitação da responsabilidade. Possivelmente, como sugere WARDE JÚNIOR (2007, p. 98), essa seja a sua verdadeira causa, não apenas a sua consequência.

Nesse sentido, a sedimentação da ideia de personalidade autônoma, como fruto da necessidade normativista de imputação do direito subjetivo, se alinha umbilicalmente à formação das sociedades com limitação da responsabilidade. Foi por conta desse reconhecimento que o legislador capacitou-se para criar uma nova forma de sociedade com a responsabilidade limitada.

Esta sociedade, diferentemente das sociedades em comanditas e das sociedades anônimas, não existia no mundo da *praxis* mercantil. É uma sociedade criada pelo Direito para atender a necessidades expansionistas econômicas: a sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

3.5 As sociedades limitadas e a difusão da limitação da responsabilidade

A sociedade por quotas de responsabilidade limitada foi o último degrau percorrido pela evolução da limitação de responsabilidade nas atividades econômicas, antes da criação dos empreendimentos individuais com essa mesma característica.

Conforme assevera MARTINS (1998, p. 268), ao contrário das outras espécies societárias que se formaram na prática do tráfico mercantil e, posteriormente, foram reguladas por Lei, as sociedades por quotas de

responsabilidade limitada foram introduzidas no Direito Comercial por decisão do legislador.

Elas surgiram no fim do sec. XIX, em resposta às necessidades de pequenos e médios empreendedores que desejavam a criação de um tipo societário que conjugasse as vantagens das sociedades de capital com as vantagens das sociedades de pessoas, ou seja, que assegurasse “aos sócios responsabilidade limitada pelas obrigações sociais sem a complexidade da sociedade anônima” (TOMAZETTE, 2012, p. 332).

Isto porque as sociedades anônimas, apesar de outorgar a limitação da responsabilidade, “não só requeriam um número maior de fundadores como, igualmente, tinham constituição demorada e trabalhosa, destinando-se, por isso, em regra geral, às grandes empresas comerciais” (MARTINS, 1998, p. 268).

Conforme ensina José Waldecy LUCENA (1996, p. 07), “a *private company* inglesa é, historicamente, anterior à primeira lei sobre sociedade de responsabilidade limitada”. Assim, consubstanciam-se nas primeiras referências históricas das sociedades deste modelo.

Contudo, a primeira legislação a regulamentar o instituto foi a Lei alemã, de 20 de abril de 1892, porquanto “é evidente a preocupação relativa ao desenvolvimento econômico desde a gênese deste modelo societário”. (MARSHALL, 2002, p. 08)

De fato, as sociedades limitadas foram concebidas com o fito de estimular o desenvolvimento, sendo certo também que conseguiram atingir o seu objetivo. Vejam-se as palavras de Jacy MENDONÇA sobre a edição da Lei alemã:

Surgiu a sociedade empresarial de responsabilidade limitada, em cuja constituição os sócios limitam seu risco, enquanto pessoas físicas, ao capital comprometido e integralizado na constituição da empresa. Motivação para tanto foi o fato de que muitos detentores de capital preferiam não investi-lo, mas guardá-lo, ou estavam dispostos a investi-lo apenas parcialmente, não desejando que o risco da empresa penetrasse seu patrimônio pessoal. Esta modalidade de empresa deu margem ao maior *boom* desenvolvimentista conhecido naquele país. (MENDONÇA, 2003, p. 2).

Percebe-se, assim, que o “*boom*” desenvolvimentista alemão do fim do século XIX e início do século XX teve como alicerce a criação da sociedade limitada, e, assim, serviu de fundamento para a difusão dessa modalidade societária pelo mundo.

O Brasil “foi o quinto país a adotar esse tipo societário, que se consolidou em 10 de janeiro de 1919, através do Decreto 3.708” (MARSHALL, 2002, p. 13). Depois disso, após I Guerra Mundial, o modelo se difundiu no mundo todo, obtendo enorme aceitação nas economias dos respectivos países onde foi inserido (MARTINS, 1998, p. 269). Evidentemente, as economias necessitavam, àquela época de pós-guerra, ser aquecidas e o modelo alemão mostrou-se apto a servir a essa necessidade.

A iniciativa da Lei brasileira foi do deputado gaúcho Joaquim Luis Osório que, a exemplo do que ocorreu com o Código Civil de 1916, esperava um longo debate sobre seus itens principais e diversas emendas ao seu texto³¹. Contudo, surpreendentemente, o texto foi aprovado nas duas Casas de maneira imediata e sem nenhuma emenda ou maiores discussões. (MARSHALL, 2002, p. 15 – 16)

A lei brasileira inicialmente foi muito criticada por ser por demais lacônica. Tinha em seu corpo normativo apenas 19 (dezenove) artigos de Lei, em uma época afeita a codificações exaustivas.

Porém, o tempo mostrou que as lacunas da Lei de 1919 foram de certo modo positivas, pois isso “abriu ensanchas à fértil imaginação dos interessados, que assim puderam livremente moldar, segundo suas necessidades e conveniências, as sociedades que idealizavam.” (LUCENA, 1996, p. 27)

Segundo Sylvio Marcondes, diferente das sociedades em comandita e das anônimas, na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, houve o rompimento definitivo entre a figura da administração por sócio e a responsabilidade ilimitada. Isso porque, na comandita, o sócio gestor respondia subsidiariamente pelas obrigações sociais e, na anônima, nenhum sócio, nessa qualidade, exercia a administração, como visto no estudo da evolução da limitação da responsabilidade nas sociedades anônimas. Contudo, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, de 1919, a qualidade de gerente “se liga necessariamente à de sócio”

³¹ Conforme salienta Giordano Bruno Soares ROBERTO (2008, p. 56 – 59), a tramitação, no Congresso Nacional, do Código Civil de 1916, durou cerca de 15 (quinze) anos. Devido, principalmente às acaloradas discussões de praticamente todos os capítulos e artigos do seu texto, debates foram capitaneados, principalmente, por Rui Barbosa. Segundo Rui, o escolhido para a elaboração do projeto, não possuía: “um requisito primário, essencial, soberano para tais obras: a ciência da sua língua, a vernaculidade, a casta correção do escrever.” (BARBOSA apud ROBERTO, 2008, p. 56).

(MACHADO, 1956, p. 23 – 24), pois, segundo determinado na sua Lei de regência, o contrato social deveria indicar o “sócio gerente”³².

Assim, observe-se que evolução da responsabilidade limitada foi gradual. Em termos societários, a responsabilidade limitada do cotista gerente foi a última fase dessa evolução, assim resumida por OTHON SIDOU (1964, p. 21-22):

Em princípio, a sociedade coletiva, em que todo o patrimônio dos sócios é responsável, ilimitada e solidariamente, com gestão pessoal dos mesmos; é o princípio escorreito da *societas* romana. Depois, as sociedades comanditárias, sem gestão pessoal dos componentes, que, por êsse motivo, têm limitada sua responsabilidade. Logo a seguir, a ampliação dessa não-responsabilidade, independente do fator gestivo, através das sociedades anônimas, em que o acionário administra não nessa qualidade, mas como mandatário. E, finalmente, as sociedades por cotas de responsabilidade limitada, nas quais o cotista gerencia, já não como mandatário mas como sócio mesmo, e sôbre o qual os credores – salvantes os vícios de administração – não têm ação indefinida para recôbro de crédito.

Na mesma linha de raciocínio é a lição de MARTINS (1998, p. 286 – 287):

Não é permitido, porém, que tenham elas como gerentes, pessoas estranhas às sociedades, pois sendo formadas de acordo com os arts 300 a 302 do Código Comercial, este último estipula (nº 3) que só os sócios que forem designados no contrato social poderão gerir a sociedade, considerando-se que todos serão tidos como gerentes se o contrato nada dispuser a respeito.

Portanto, a gerência e a administração da sociedade eram feitos, regra geral, por um ou mais sócios; *nesta qualidade* e, ao contrário do que ocorria com as anônimas, a sociedade poderia ser constituída por apenas dois sócios, sendo que um deles poderia deter quase que a integralidade das quotas e a administração da sociedade por prazo indeterminado. Assim, caso determinado sócio administrasse a sociedade ao seu bel prazer, a limitação de responsabilidade continuava a ser respeitada.

Diz-se administração ao seu bel prazer, pois dada a forma lacônica do Decreto de 1919, em qualquer alteração contratual ou deliberação social, levava-se em conta apenas o critério da maioria do capital social, independentemente da matéria objeto de deliberação³³, nos termos do arts. 331 e 486, do Código Comercial

³² Havia referência expressa sobre os sócios gerentes nos Art. 3, § 2, Art. 10, Art. 12 e Art. 13 do Decreto 3.708/1919.

³³ Veja-se o que está expresso no art. 331 e 486 (BRASIL, 1850):

do Império, exceto nos casos de outra disposição expressa no contrato social, ressalvada também a atuação estranha ao objeto social determinada com quórum de unanimidade no art. 331, do mesmo diploma comercial, fonte subsidiária da norma de 1919.

Esse paradigma da maioria do capital foi inteiramente alterado, nas limitadas, pela nova legislação civil que regulamentou expressamente o tema e inseriu quóruns mais privilegiados para determinadas decisões³⁴.

Elucidativa é a lição de Fran Martins (1988, p. 254):

Ainda que o Decreto n. 3.708 nada tivesse disposto a respeito, os negócios sociais, nas sociedades por quotas, seriam resolvidos pela maioria dos sócios, computados os votos de acordo com o art. 486, ou seja, de acordo com a maioria do capital, como, para a parceria marítima, estatui aquele dispositivo³⁵.

Tal fato, evidentemente, se deu pelo reconhecimento da autonomia da personalidade das sociedades que, a essa época, já estava sedimentado na doutrina e na tutela jurisdicional, diferente do que ocorria no momento da concepção das sociedades anônimas, nas quais o direito real de propriedade das entradas e a sua separação da gestão social ainda era um fenômeno que necessitava de uma teoria para se justificar.

Desse modo, a sociedade limitada podia ser constituída por apenas duas pessoas, sendo também permitido que uma delas detivesse quase a integralidade do capital e decidisse, segundo suas próprias vontades, o destino da sociedade.

Art. 331 - A maioria dos sócios não tem faculdade de entrar em operações diversas das convencionadas no contrato sem o consentimento unânime de todos os sócios. Nos mais casos todos os negócios sociais serão decididos pelo voto da maioria, computado pela forma prescrita no artigo nº. 486.

Art. 486 - Nas parcerias ou sociedades de navios, o parecer da maioria no valor dos interesses prevalece contra o da minoria nos mesmos interesses, ainda que esta seja representada pelo maior número de sócios e aquela por um só. Os votos computam-se na proporção dos quinhões; o menor quinhão será contado por um voto; no caso de empate decidirá a sorte, se os sócios não preferirem cometer a decisão a um terceiro.

Essa premissa de maioria do capital já era reconhecida pela doutrina e jurisprudência, mas foi objeto de discussões, principalmente, na matéria da transformação após a edição da Lei 6.404/76 das Sociedades Anônimas. Isto porque o Decreto das Limitadas impunha observação subsidiária à Lei das Anônimas. Assim, parte da Doutrina entendia que, com alteração legislativa, a Sociedade Limitada deveria passar a exigir o quórum de unanimidade, porém, a tese dos defensores da maioria simples do capital prevaleceu e foi expressamente regulamentada pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), através da Instrução Normativa nº 07, de 16 de setembro de 1986.

Para maiores detalhes, veja-se: (MARTINS, 1988, p. 249 – 261)

³⁴ É o que se observa no atual Código Civil, art. 1.061, art. 1.063, art. 1.076 e art. 1.114

³⁵ Assim também é a opinião de José Waldecy LUCENA (1996, p. 415)

Também poderia assumir a administração por tempo indeterminado e, mesmo assim, mantinha-se sob o pálio da responsabilidade limitada.

A lei brasileira de 1919 permaneceu em vigência por 84 (oitenta e quatro) anos, só sendo substituída pelo Código Civil de 2002, que regulamenta a matéria das sociedades limitadas de maneira muito mais exaustiva, reservando ao tema 36 (trinta e seis) artigos e impondo ainda a observação subsidiária, ou do regulamento das Sociedades Simples, na omissão do contrato social, ou das Sociedades Anônimas, por determinação contratual expressa.

Atualmente, se configura como o tipo societário mais difundido no país, pois tais institutos “representam 98,93% das sociedades constituídas no período de 1985 a 2005. No ano de 2005, elas representaram 98,53% de todas as sociedades constituídas.” (TOMAZETTE, 2012, p. 333).

Face a isso, percebe-se que, exatamente como nos tipos sociais anteriores, o argumento econômico desenvolvimentista, sob a premissa de estimular o investimento privado em atividades econômicas, dessa vez, em um período marcado por guerras e pela necessidade de reaquecimento das economias, foi o alicerce da iniciativa de difundir essa nova forma de limitar os riscos dos empreendedores.

Foi consagrada pelo “boom” desenvolvimentista alemão da época seguinte a sua entrada em vigor e, por conta desse sucesso, foi paulatinamente difundida por todas as economias liberais.

Além disso, outras duas questões são importantes na evolução da responsabilidade limitada nas sociedades por quotas para o fim deste estudo: *i)* elas partiram da iniciativa legislativa e não eram, como as outras formas de limitação da responsabilidade, reconhecidas posteriormente pela Lei a partir de uma realidade pré-existente na prática mercantil; e *ii)* a limitação atingia o sócio que exercia, *nessa qualidade*, a gestão da sociedade, mesmo quando detinha quase que a integralidade das participações sociais e geria a sociedade de acordo com as suas próprias conveniências.

Agora, faz-se necessário discorrer sobre o último ponto da evolução da responsabilidade limitada, a sua consagração nos empreendimentos unipessoais.

3.6 A limitação da responsabilidade dos empreendimentos unipessoais, sua evolução e adoção no Direito Comparado

O último passo dado na evolução da responsabilidade limitada foi a outorga de limitação da responsabilidade nos empreendimentos unipessoais. Assim, o objetivo deste tópico é informar onde e como se deu a evolução dessa nova forma de limitação, para, com base nisso, discorrer, no próximo tópico, sobre o modelo escolhido pelo legislador brasileiro.

3.6.1 Primeiras notícias históricas

Segundo a doutrina, a primeira voz que se fez ouvir, sugerindo a limitação de responsabilidade dos comerciantes individuais, foi a de Jessel, em 1877, na Inglaterra. (AZTIRIA, 1951, p. 644)(MACHADO, 1956, p. 48)

Contudo, o primeiro trabalho mais sólido, no *Civil Law*, sobre o tema, foi elaborado pelo jurista austríaco Oscar Pisko, em 1910. Tratava-se da justificativa e do respectivo projeto de Lei que visava a outorgar responsabilidade limitada ao comerciante individual na Áustria. Esse estudo tinha como base as *one man companies* inglesas, que já existiam nessa época como reflexo do trabalho de Jessel.

Segundo MACHADO (1956, p. 55 - 56), na apreciação da fundamentação do projeto de Pisko, já há uma distinção clara entre duas maneiras diferentes de constituir o empreendimento individual de responsabilidade limitada: a primeira consiste em personalizar o patrimônio destinado ao fim da empresa, fundando uma pessoa jurídica, na qual o empresário exerceria a gerência da pessoa jurídica como um órgão. A segunda maneira seria, sem recorrer à criação de um novo ente personalizado, designar um patrimônio separado do patrimônio pessoal do comerciante para o exercício da empresa, tendo como fundamento o fato de que “a criação de uma pessoa jurídica não é corolário necessário da responsabilidade limitada.” (MACHADO, 1956, p. 56)

De acordo com COSTA (1983, p. 34 - 35), no projeto de Pisko, há uma preferência clara pela criação de um patrimônio separado, veja-se abaixo:

Ele recusa expressa e energicamente servir-se do conceito de “personalidade jurídica” em sua proposição, buscando uma individualização do patrimônio societário. Constrói seu molde de empresa individual de responsabilidade limitada sobre a égide da noção de “patrimônio separado”, ou “patrimônio autônomo”, “patrimoines d’affectation” francês, ou originalmente em alemão “Zweckvermögen”, que literal e conceitualmente nos conduz à definição de “patrimônio em virtude de um fim”, ou patrimônio autônomo destinado a um objetivo: a atividade comercial com responsabilidade limitada.

O embrionário projeto de Pisko, apesar de não ter sido utilizado na Áustria, foi adotado no Principado de Liechtenstein, “em 1926 (art. 637 a 646 do PGR)” (BRUSCATO, 2005, p. 248). Consubstanciou-se, portanto, na primeira adoção em norma positiva do instituto, conforme noticia a doutrina.

Tinha as seguintes características principais: não atribuía personalidade jurídica, mas sim, considerava-se o patrimônio comercial como um patrimônio separado, na forma idealizada por Pisko. Porém, diferentemente do que fora idealizado pelo jurista, a lei permitia a sua constituição, tanto por pessoa física, quanto por pessoa jurídica, enquanto, no projeto de Pisko, apenas as pessoas físicas teriam possibilidade de criá-las. (MACHADO, 1956, p.59)

Os argumentos que alicerçavam a necessidade do reconhecimento da limitação de responsabilidade, naquela época, ainda são muito atuais, como expresso no resumo de Sylvio Marcondes, veja-se:

1) o comerciante individual pode, atualmente, atribuir-se o benefício de responsabilidade limitada, pelo recurso à anônima fictícia; 2) Será sempre possível ao comerciante falido ocultar, de seus antigos credores, o produto do seu trabalho, organizando, por meio de “homens de palha”, sociedade em que não apareça; 3) a empresa privada com responsabilidade limitada terá ao menos a vantagem da sinceridade e da conformidade jurídica entre a aparência exterior e a realidade externa; 4) o princípio da separação entre a fortuna particular e a fortuna destinada à empresa é absolutamente lógico e deve encontrar sua realização legal, sem os desvios das anônimas fictícias; 5) para lutar contra tais sociedades e a nefasta instituição dos “homens de palha”, só há uma solução: oferecer ao comerciante individual o meio de realizar, diretamente, o que procura nessas combinações. (MACHADO, 1956, p. 65 – 66)

Realmente, a evolução da limitação dos empreendimentos individuais se deve, e muito, por conta da formação de sociedades fictícias pelos comerciantes que desejavam limitar a sua responsabilidade. Essa desabonadora conduta, observada na práxis mercantil, sempre serviu de argumento pragmático para os ideais de criar

institutos aptos a fornecer uma alternativa legal para os comerciantes que desejavam ter sua responsabilidade limitada.

Já no Brasil, segundo a doutrina de Sylvio Marcondes MACHADO (1956, p. 88), o primeiro trabalho sobre o tema é da pena de Adolf Thiler, publicado no Paraná Judiciário, vol. 32, de 1940, sob o título de *Empresa individual de responsabilidade limitada*, seguido depois de um artigo de Trajano de Miranda Valverde, intitulado *Estabelecimento autônomo*, na Revista Forense de dezembro de 1943. Para este último, algumas vezes, determinados sócios, “na realidade não entram com nenhuma contribuição para o capital social. Prestam um favor ou serviço ao único dono da sociedade: são sócios aparentes”. (VALVERDE, 1943, p. 19)

As lições de VALVERDE não param por aí. Segundo o seu escol:

A necessidade de estimular as iniciativas individuais, no sentido de aumentar, pela criação de organizações ou emprêsas de fins econômicos, a produção de utilidades e as fontes de aproveitamento do trabalho humano, está a aconselhar a adoção de nova modalidade de limitação de responsabilidade ou riscos. Os que teem pouco não podem arriscar muito, e os que teem muito não querem arriscar tudo. Preceito louvável de prudência, que assegura, se observado, a estabilidade da economia doméstica.

Convém, pois, que o direito positivo autorize, com as devidas cautelas, a pessoa, natural ou jurídica, a criar estabelecimentos autônomos, separando, para êste fim, de seu patrimônio bens ou valores, com a faculdade de limitar a sua responsabilidade até determinada soma. (VALVERDE, 1943, p. 19)

Em que pese a solidez dos argumentos utilizados na época, a legislação brasileira não foi modificada, talvez por consequência da veemente posição contrária ao instituto de um dos maiores comercialistas da época, Waldemar Martins Ferreira, que entendia a limitação de responsabilidade como uma exceção à regra geral do Direito, segundo a qual quem se obriga, obriga o que é seu. E, assim, entendia que “ou se generaliza o princípio, ora pôsto em tela, permitindo a tôda gente, comerciante ou não limitar sua responsabilidade patrimonial; ou bem que se adota o princípio oposto, que é o vigente. Tudo aconselha o prevalecimento deste.” (FERREIRA, 1952, p. 35)

No entanto, a evolução do instituto, principalmente no Direito Europeu, negou a posição do tratadista brasileiro. Na verdade, a limitação da responsabilidade do empresário parecia uma evolução natural da própria responsabilidade civil, como muito bem explica o luso Ricardo Alberto Santos Costa:

A ambição do empresário individual de separar os bens utilizados na sua actividade económico-mercantil dos demais bens pessoais (integrados na sua vida individual e familiar) corresponde, nessa medida, não mais do que à *última fase da evolução jurídica da noção de responsabilidade*. Na verdade, o devedor originariamente respondia pelas suas dívidas com a vida, depois com a privação da sua liberdade, depois com todos os seus bens, nos tempos modernos apenas as garantia com a parte correspondente a um lote de acções, nas sociedades anónimas, ou a uma participação social, nas sociedades por quotas, depois de essa limitação de responsabilidade ter sido admitida com as sociedades em comandita. O empresário individual acabava de forma lógica e normal essa evolução, ao pedir ao ordenamento que pudesse instalar uma empresa sem ser forçado a responder com mais do que com a parcela patrimonial que para esse efeito seleccionasse. (COSTA, 2002, p. 126 – 127)

Decerto, a evolução da responsabilidade civil foi gradual e acompanhou a evolução do próprio sentido de humanidade. Importa agora ver como esta última fase da sua evolução se deu nos principais sistemas jurídicos.

3.6.2 A sociedade limitada unipessoal no Direito alemão

Em que pese a edição de outras leis pelo mundo³⁶, certamente o segundo grande passo da evolução da limitação dos empreendimentos unipessoais, foi dado na Alemanha. Segundo Fran MARTINS (1988b, p. 264), a jurisprudência e doutrina alemã, desde a edição da Lei das Sociedades de Responsabilidade Limitada, já admitiam a existência desta sociedade tendo apenas um associado. Contudo, adverte que a unipessoalidade só era possível “depois da sua criação”, ou seja, uma unipessoalidade superveniente.

Na verdade, por conta dessa possibilidade, reconhecida pela doutrina e jurisprudência, era muito comum, na prática, alguns comerciantes constituírem sociedades já com o compromisso do(s) outro(s) sócio(s) de cessão posterior das suas respectivas quotas, como fim de mantê-la em funcionamento com apenas um único quotista no futuro (MARTINS, 1988b, p. 265). Assim, era possível burlar a exigência de pluralidade de participantes no ato de constituição das sociedades.

³⁶ A título de exemplo, conforme ensina MOEREMANS (1990, p. 289 -290) “Em 1966 o Panamá acolhe a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Em 1976, o Peru legisla sobre a Sociedade de Responsabilidade Limitada Unipessoal, limitada, contudo, a Pequena Empresa.” No mesmo sentido é a lição de NONES (2001, p. 16 – 17). Segundo ele, além daquelas citadas acima por MOEREMANS, as empresas ou sociedades unipessoais já estavam previstas nas legislações da Costa Rica, em 1961; em El Salvador, em 1970 e na Dinamarca, em 1973. Veja-se, assim, que se trata de instituto já acolhido, nos sistemas de *Civil Law*, há mais de 40 (quarenta anos).

Contudo, na Lei de 4 de julho de 1980, houve uma alteração na originária Lei de 1892 das sociedades limitadas e, com isso, o legislador alemão permitiu a constituição originária de uma sociedade limitada unipessoal nos seguintes termos legais traduzidos por Fran Martins:

“As sociedades de responsabilidade limitada podem ser estabelecidas na conformidade das provisões desta lei, para qualquer finalidade legítima, *por uma* ou mais pessoas.” (MARTINS, 1988b, p. 266).

De acordo com CAMPINHO (2003, p. 127), a Lei alemã permite a instituição da sociedade limitada, “por só uma pessoa, física ou jurídica, contanto que seu capital mínimo fosse de cinqüenta mil marcos, totalmente integralizado, ou de vinte e cinco mil marcos, integralizado no ato da subscrição, com garantia real em relação ao restante”. Atualmente o capital mínimo, de acordo com COSTA (2002, p. 311), é de 25 mil euros.

Como foi uma alteração na legislação societária já existente, o instituto alemão utilizava-se das regras já existentes sobre as sociedades limitadas. Entretanto, uma alteração introduzida pelo Direito Tedesco foi flagrantemente sentida pela doutrina: o reconhecimento de que o interesse do sócio não é necessariamente igual ao interesse da sociedade. Segundo SALOMÃO FILHO (1991, p. 48), a legislação alemã concebe a sociedade unipessoal como uma realidade, na qual não só o interesse do sócio é relevante, mas também o interesse da coletividade como um todo, a própria Nação e terceiros. Assim, impõe medidas que transformam o interesse da sociedade unipessoal distinto do interesse exclusivo de seu sócio, mesmo sendo sozinho o titular da integralidade do patrimônio.

Evidentemente, após uma economia reconhecidamente sólida como a da Alemanha, berço da evolução de diversos institutos da ciência jurídica, ao optar por esse novo método de constituição originária das limitadas, o instituto ora pesquisado passou a nutrir enorme interesse dos juristas e economistas ao redor do mundo. Em vista disso, outras legislações posteriormente seguiram o seu exemplo.

3.6.3 A empresa unipessoal de responsabilidade limitada no Direito francês

Após a edição da Lei alemã, sucessivas leis foram editadas em outros países. Dentre elas, se destaca a Lei 85-697, francesa, de 11 de julho de 1985. Essa Lei permitiu, sob a denominação de Empresa Unipessoal de Responsabilidade Limitada

(E.U.R.L.), que qualquer pessoa pudesse instituir, por ato unilateral de vontade, uma sociedade de responsabilidade limitada.

Segundo Patrick SERLOOTEN (1994, p. 24), “o sócio único pode tanto bem ser uma pessoa física quanto uma pessoa moral³⁷”, ou seja, uma pessoa jurídica nos termos adotados no Brasil.

Além disso, são dotadas de personalidade jurídica própria e autonomia patrimonial. (SERLOOTEN, 1994, p. 04)

De acordo com Carla C. MARSHALL (2002, p. 71), apoiada em informações de Hugot e Richard, as sociedades fictícias já eram uma preocupação da França antes da edição da Lei. Para ilustrar isso, apresenta um extrato do Jornal Oficial do Senado Francês, que assim informa em seu texto:

Um relatório de Ministério do Comércio Francês, datado de 23 de maio de 1985, nº 2598, demonstra que existiriam, naquele momento, 270.000 sociedades de responsabilidade limitada e 140.000 sociedades anônimas e que a maior parte delas seria fictícia, onde o empresário principal, ou o verdadeiro sócio único, reunia-se a uma ou mais pessoas que emprestariam seus nomes; são os *prête-noms*³⁸, que aderiam à sociedade, não havendo, na verdade, a *affectio societatis*³⁹.

A referida lei, editada no mesmo ano, alterou o art. 1.832, do Código Civil francês, que passou a ter a seguinte redação, na tradução de Fran Martins:

Art. 1.832 – A sociedade é *instituída* por duas ou várias pessoas que convencionam por um contrato *afetar a uma empresa comum* bens ou sua indústria, tendo em vista dividir os lucros ou aproveitar a economia que daí poderá resultar.

Ela pode ser instituída, nos casos previstos pela lei, *pelo ato de vontade de uma só pessoa*.

Os sócios se obrigam a contribuir para as perdas. (MARTINS, 1988b, p. 269)

Veja o teor do dispositivo afastou a necessidade de reunir duas ou mais pessoas para a formação de uma sociedade. Requisito antes considerado como

³⁷ Diferentemente do que é comum no Brasil, na França, a “pessoa jurídica” é conhecida como “pessoa moral”, no seu idioma, “*personne morale*”.

³⁸ Presta Nome, testa de ferro ou homem de palha.

³⁹ Segundo a doutrina, “a chamada *affectio societatis*, entendida não como o consentimento, inerente a qualquer negócio jurídico, porém como um estado de ânimo continuativo de conviver em sociedade com outrem” (GONÇALVES NETO, 2012, p. 144), ou também, “a vontade de cooperação ativa dos sócios, a vontade de atingir um fim comum. Não se trata do simples consenso comum dos contratos em geral, mas na manifestação expressa de vontade no sentido do ingresso na sociedade e na consecução de um fim em comum. Exige-se um *plus* em relação à simples vontade de conclusão do contrato” (TOMAZETTE, 2012, p. 202)

essencial pela doutrina tradicional francesa. (BONNECARRÉRE; LACOSTE, 1946, p. 129).

Essa Lei alterou também o Código de Sociedades de 1966, ao estipular que as sociedades limitadas são constituídas por uma ou mais pessoas. Além disso, determinou que uma pessoa física só poderá ser sócio único de apenas uma sociedade de responsabilidade limitada e que as sociedades de sócio único não podem ser o sócio único de outras sociedades. Porém, as sociedades em geral, desde a vigência da Lei, poderiam ser titulares de indefinidas sociedades desta espécie.

Entretanto, a Lei nº 94-126, de 11 de fevereiro de 1994, alterou novamente a Lei de 1966 e permitiu que as pessoas naturais, a exemplo das jurídicas, pudessem “instituir tantas sociedades unipessoais quantas lhe pareça desejáveis” (COSTA, 2002, p. 316).

O sócio único, pessoa jurídica, deverá designar um ou mais gerente(s)/administrador(es), pessoas físicas, para administrar a sociedade (MARTINS, 1988b, p. 270). Pois o Código de Sociedades francês, no seu Art. 49, só admite pessoas físicas como gerentes/administradores das sociedades.

Evidentemente, quando o sócio único é uma pessoa física, este pode acumular a função de gerência, tendo o seu mandato como irrevogável, pois a legitimidade judicial ou extrajudicial para revogar o mandato dos administradores, na França, é exclusiva dos sócios da sociedade. (MARTINS, 1988b, p. 271)

O interessante da Lei francesa é que, como possui as sociedades naquele país um nítido caráter contratualista, ela determinou que a constituição da sociedade por uma única pessoa seja feita por um “ato de vontade” e, com isso, separou explicitamente duas formas distintas de constituição das sociedades, a saber:

i) forma contratualista clássica, como um contrato plurilateral, quando ocorre a sua constituição por duas ou mais pessoas, nos seguintes termos: a sociedade é instituída por duas ou várias pessoas que convencionam por um contrato afetar a uma empresa comum bens ou sua indústria, tendo em vista dividir os lucros ou aproveitar a economia que daí poderá resultar.

ii) forma de ato jurídico ou negócio jurídico unilateral⁴⁰ quando ocorre a constituição por uma única pessoa, nos seguintes termos: *ela pode ser instituída, nos casos previstos pela lei, pelo ato de vontade de uma só pessoa.*

Essa alteração legislativa alterou a definição das sociedades francesas, atualmente para a sua doutrina as sociedades hoje se formam ou através de contratos plurilaterais ou por meio de um ato unilateral de vontade. (SERLOOTEN, 1994, p. 03)

A distinção entre essas duas formas são claras. O contrato plurilateral se caracteriza, dentre outros motivos, principalmente, por conter o consentimento de duas ou mais pessoas, com finalidade comum cooperativa⁴¹. (TOMAZETTE, 2012, p. 207 – 208)

Já o ato jurídico, em sentido amplo, se caracteriza por ser um ato da vontade humana consciente e individual, exteriorizado com o fim de se obter determinado resultado permitido pela ordem jurídica. (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 422 – 423)

Assim, a França deu mais um passo decisivo na difusão de limitação da responsabilidade dos empreendimentos unipessoais, que foi seguido por outros países.

3.6.4 O estabelecimento individual de responsabilidade limitada no Direito português

No ano seguinte, em 1986, Portugal editou o Decreto-Lei nº 248/86, de 25 de agosto (PORTUGAL, 1986), que instituiu o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada (E.I.R.L.). Já no seu preâmbulo, a Lei portuguesa afirma que não daria um passo rumo ao desconhecido e, nesse sentido, cita de forma expressa a legislação alemã e francesa como paradigmas já existentes em outros Estados.

Além disso, justificava a criação do instituto como meio de acabar com nefasta utilização de sociedades fictícias constituídas com o fim de limitar a responsabilidade dos comerciantes. Assim, criou o E.I.R.L. para que os comerciantes individuais pudessem exercer sua atividade sem a necessidade de recorrer a esse condenável expediente.

⁴⁰ A diferenciação entre ato jurídico e negócio jurídico unilateral será feita no item 4.2), *infra*.

⁴¹ Voltar-se-á ao conceito de contrato plurilateral a seguir, no estudo do conceito de sociedade.

A proliferação das Sociedades Fictícias no solo português há muito tempo já era hostilizada pela doutrina jurídica lusitana. O registro de como elas se constituem está em uma passagem da lavra de António de Arruda Ferrer Correia:

se revela na criação de uma sociedade mercantil para o desfruto de uma única pessoa, graças ao concurso de testas de ferro. Além temos uma sociedade com sócios *reais* que em certo momento da sua vida jurídica se viu reduzida a um único: - é ao que chamaremos propriamente sociedade unipessoal. Aqui depara-se-nos uma sociedade, constituída segundo as formas necessárias, que todavia em nenhum tempo chegou a ter, subjacente a si, - ao menos na aparência - uma efectiva colectividade de sócios, um corpo associativo real:- será na designação comum, uma sociedade <<fictícia>> ou <<de favor>>. (CORREIA, 1958, p. 3 – 4)

Na formulação do instituto português, os legisladores lusos aderiram à tese do patrimônio de afetação. Dessa forma, não outorgaram personalidade jurídica ao instituto. Além disso, “é admissível, apenas, a constituição de um único E.I.R.L, em Portugal, por pessoa física”. (BRUSCATO, 2005, p. 251)

Com efeito, o 1º parágrafo do 1º Artigo do Decreto-Lei português limitava a opção pelo E.I.R.L. apenas às pessoas singulares⁴². Já o parágrafo terceiro do mesmo artigo informa que “uma pessoa só pode ser titular de um único estabelecimento individual de responsabilidade limitada.” (SANTOS, 2009, p. 15)

Na exposição de motivos do preâmbulo do diploma que introduziu o estabelecimento individual de responsabilidade limitada, os legisladores lusos defenderam a opção pela técnica do patrimônio separado com base no fato de a doutrina jurídica portuguesa ser fiel à ideia de sociedade como um contrato entre duas ou mais pessoas. (COSTA, 2002, p. 257)

O instituto é assim definido pela doutrina lusitana: “*um patrimônio autónomo de uma pessoa singular através do qual esta pode desenvolver uma actividade comercial beneficiando de uma limitação da sua responsabilidade pelas dívidas emergentes do respectivo exercício*” (ANTUNES, 2006, p. 401).

Assim, Portugal, inicialmente, não admitiu a forma societária de constituição de empreendimentos unipessoais de responsabilidade limitada e restringiu a sua utilização aos comerciantes individuais, pessoas naturais.

⁴² Diferentemente do que ocorre no Brasil, em que se separam as “pessoas físicas ou naturais” das “pessoas jurídicas”, em Portugal, a diferenciação se dá pela nomenclatura “pessoa singular”, para as físicas ou naturais, e “pessoa colectiva”, para as pessoas jurídicas.

A Lei portuguesa se caracteriza por ser uma das mais exaustivas leis produzidas sobre o tema. Regulamenta o instituto em longos e detalhados 36 (trinta e seis) artigos de Lei que expressam, além do visto acima, a forma de sua constituição por escritura e a firma constituída pelo nome, acrescida do termo “estabelecimento individual de responsabilidade limitada ou a sigla EIRL (Art. 2); a necessidade de capital mínimo de 5.000 (cinco mil) euros, com pelo menos 2/3 (dois terços) em dinheiro, depositados em uma instituição bancária há pelo menos 3 (três) meses (Art. 3); o registro público da escritura e sua eficácia perante terceiros (Art. 4 e 5); a responsabilidade do titular pelas informações na constituição (Art. 7); a forma da administração, que deve ser exercida exclusivamente pelo titular (Art. 8); a responsabilidade limitada ao patrimônio afetado e a eventual desconsideração da separação patrimonial pela confusão dos patrimônios (Art. 10 e 11); a elaboração de contas anuais (Art. 12); a remuneração do titular (art. 13); a intangibilidade do capital (Art. 14); a reserva legal no importe de 20% (vinte por cento) do lucro líquido por ano até a metade do capital (Art. 15); as formas de alteração do ato constitutivo (Art. 16); as formas de aumento de capital (Art. 17 e 18); a forma de redução do capital (Art. 19); a negociação, oneração e penhora do estabelecimento individual (Art. 21 e 22); as causas, formas e procedimento de liquidação do instituto (Art. 23 a 33) e, finalmente, as disposições finais (Art. 34 a 36)(PORTUGAL, 1986).

Enfim, trata-se de uma Lei fiel à concepção do instituto formulado por Pisko, pois aderiu à forma de patrimônio de afetação, limitando a sua utilização por pessoa natural. Contudo, como será visto posteriormente, não atendeu as expectativas de Portugal e, por conta disso, o país teve que se adequar à XII Diretiva da Comunidade Europeia, de 1989, e inserir, no contexto do seu ordenamento jurídico, a sociedade unipessoal por quotas, em 1996.

O estudo dessa Diretiva da Comunidade Europeia é fundamental para o presente trabalho porque, em certa medida, uniformizou o tratamento dos comerciantes individuais naquele continente, atribuindo a eles a possibilidade do exercício da empresa com limitação de responsabilidade.

3.6.5 A décima segunda diretiva de 1989, do Conselho das Comunidades Europeias, em matéria de Direito das sociedades

Após a edição das leis da Alemanha, França e Portugal, o passo seguinte dado sobre a matéria foi perpetrado pelo próprio Conselho das Comunidades Europeias. Ora, é evidente que a Comunidade Econômica Europeia (CEE) deve pautar a sua atuação na isonomia entre os Estados-membros. Torna-se lógico que, no âmbito do Direito Privado, principalmente na seara do Direito Comercial, há que se outorgar tratamento semelhante entre os empreendedores europeus com o fim de viabilizar a interação econômica entre os países e entre as pessoas que neles vivem. Ademais, diante da unificação da moeda, é preciso também conciliar as normas relativas ao comércio dos Estados-membros.

Neste sentido é a lição de FÉRES (2003, p. 186 – 187):

À medida que se intensificam as relações entre os sujeitos comunitários, suas diversidades normativas obstaculizam, no mais das vezes, a pacífica e fácil interação e, ainda, criam desigualdades, violando o princípio maior da isonomia que deve orientar a vida da CEE. (...)

Sem dúvida alguma, é na seara do Direito Privado que se firmam as relações entre os indivíduos da CEE. Com o livre mercado e a unificação da moeda, as relações que mais se intensificam são as comerciais. Ao longo do processo de formação do bloco econômico, tem-se como necessária, em nível jurídico, a harmonização das categorias próprias de interação comercial.

Portando, com base nessas premissas de isonomia de tratamento no comércio, foi editada a décima segunda diretiva do conselho das comunidades europeias, de 21 de dezembro de 1989, em matéria de direito das sociedades, que direcionou os Estados Membros para a criação institutos de responsabilidade limitada com um único membro.

A essa altura, considera-se relevante entender o que significa uma *diretiva* da União Europeia. Para a doutrina de Direito Internacional Público, “a diretiva vincula o Estado-Membro destinatário, quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.” (LOBO, 1997, p. 04). Na verdade, diferente do regulamento que é autoexecutável, a diretiva outorga aos estados-membros a faculdade de criar os meios para alcançar determinado objetivo por ela imposto.

Em outras palavras, as diretivas vinculam os Estados e os obrigam, como uma imposição da comunidade a agir de acordo com o que nelas está expresso. Porém, de acordo com sua própria autonomia e soberania, os Estados podem

definir, conforme as suas conveniências, como cumprirão as obrigações estipuladas nesse ato coletivo emanado pelo conselho.

Assim é a duodécima diretiva, de 1989. Ela impôs a constituição de institutos que limitem a responsabilidade do comerciante individual; porém o fez deixando alguma margem para que os Estados pudessem legislar de acordo com as suas próprias conveniências. Trata-se, portanto, de uma diretiva flexível e apta a se adequar às características particulares dos seus integrantes.

Tal Diretiva foi publicada constando em seu corpo as seguintes considerações preliminares:

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;

Considerando que uma sociedade de responsabilidade limitada pode ter um único sócio no momento da sua constituição, ou então por força da reunião de todas as partes sociais numa só pessoa; que, enquanto se aguarda a coordenação das disposições nacionais em matéria de direito dos grupos, os Estados-membros podem prever certas disposições especiais, ou sanções, aplicáveis no caso de uma pessoa singular ser o único sócio de diversas sociedades ou quando uma sociedade unipessoal ou qualquer outra pessoa colectiva for o único sócio de uma sociedade; que o único objectivo desta faculdade é atender às particularidades actualmente existentes em determinadas legislações nacionais; que os Estados-membros podem, para esse efeito, e em relação a casos específicos, prever restrições ao acesso à sociedade unipessoal ou a responsabilidade ilimitada do sócio único; que os Estados-membros são livres de estabelecer regras para enfrentar os riscos que a sociedade unipessoal pode apresentar devido à existência de um único sócio, designadamente para garantir a liberação do capital subscrito;

Considerando que a reunião de todas as partes sociais numa única pessoa, bem como a identidade do único sócio, devem ser objecto de publicidade de num registo acessível ao público;

Considerando que as decisões adoptadas pelo sócio único, na qualidade de assembleia geral de sócios, devem assumir a forma escrita;

Considerando que a forma escrita deve ser igualmente exigida para os contratos celebrados entre o sócio único e a sociedade por ele representada, desde que esses contratos não digam respeito a operações correntes celebradas em condições normais, ADOPTOU A PRESENTE DIRECTIVA (CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1989)

Diante dos considerandos acima apresentados, verificam-se os seguintes pontos mais importantes:

i) Informou que a adoção de sociedades de responsabilidade com um único sócio, em algumas legislações, geraram disparidades entre as legislações dos Estados-Membros.

ii) Confirmou que é conveniente prever a criação de um instrumento jurídico que permita a limitação da responsabilidade do empresário individual, em toda a Comunidade.

iii) Determinou que a sociedade limitada pode ter um único sócio desde a sua criação, ou por força da reunião posterior das quotas em um único sócio, orientação repetida no art. 2 da diretiva.

iv) Deu liberdade aos Estados de legislar sobre a possibilidade ou não de permitir que uma pessoa física seja titular única de mais de uma sociedade desta modalidade e se será permitida a sua constituição por outra sociedade desta modalidade e também por outras pessoas jurídicas, orientações repetidas no art. 2 da diretiva.

v) Considerou que os Estados são livres para determinar como será garantido o capital subscrito em vista dos riscos inerentes à sociedade com um único sócio.

vi) Orientou a publicidade da condição unipessoal da sociedade em um registro acessível ao público, orientação repetida no art. 3 da diretiva.

vii) Definiu a necessidade de adoção da forma escrita nas decisões e nos contratos entre o sócio único e a sociedade, ressalvados aqueles ordinários de gestão, orientações repetidas nos art. 4 e 5 da diretiva.

Além dos considerandos já informados, o art. 7, da Diretiva da União Europeia, informa que “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 de responsabilidade limitada com um património afecto a uma determinada actividade” (CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1989), como era o caso de Portugal, por exemplo, desde que cumprisse com as demais determinações expressas em seu corpo normativo.

Por fim, o art. 8 determina que “os Estados-membros porão em vigor, antes de 1 de Janeiro de 1992, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva”. (CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1989)

Verifica-se, então, que o Direito Comunitário exigiu a todos os Estados-Membros a elaboração legislativa de um meio para que o comerciante individual atuasse com sua responsabilidade limitada; fez isso explicitando de maneira ostensiva a possibilidade de constituição de sociedade unipessoal, ao arremeter daqueles que defendiam o caráter contratualista das sociedades.

Contudo, foi flexível ao permitir que os países definissem livremente a forma como isso seria feito e, assim, confirmou a evolução da responsabilidade limitada, difundindo essa limitação nos empreendimentos unipessoais. Destarte, os países europeus que ainda não haviam aderido a essa evolução foram obrigados a se valer dessa técnica.

Posteriormente, em 2009, essa diretiva foi revogada e substituída, como será visto, entretanto, a sua concepção e adoção foi marcante no continente europeu, pois dela derivou-se várias legislações nos Estados-Membros. Não há dúvidas que foi a pedra de toque na adoção dos empreendimentos unipessoais nos principais países do eixo continental europeu.

3.6.6 A sociedade limitada unipessoal no Direito italiano

Após a diretiva da CEE, a Itália foi compelida a elaborar o seu texto legislativo com o fim de cumprir as exigências lá estabelecidas. Como salienta MARSHALL (2002, p. 73), “a Itália não aceitava a unipessoalidade, talvez pelo fato de que seu sistema negava a condição de pessoa jurídica às sociedades personalistas⁴³.”

Assim sendo, na Itália só se admitia a personalidade jurídica nas sociedades comerciais (ASCARELLI, 1947, p. 61). Além disso, a doutrina clássica italiana e sua legislação exigiam o consentimento de duas ou mais pessoas para a constituição regular das sociedades (ASCARELLI, 1947, p. 36). Destarte, caso houvesse a concentração superveniente das quotas ou ações sob a titularidade de um único sócio, a sua responsabilidade passava a ser ilimitada e subsidiária. Entretanto, o curioso era que isso não era caso de dissolução *ipso iure* da sociedade. Mas apenas a mitigação da limitação de responsabilidade. (FIGUEIREDO, 1984, p. 54).

⁴³ Sociedade personalista ou sociedade de pessoas, na classificação clássica das sociedades, “são aquelas em que a pessoa do sócio tem papel preponderante, não apenas na constituição como durante a vida da pessoa jurídica”. MARTINS (1998, p. 219)

No mesmo sentido, as sociedades fictícias formadas com sócio que detinha irrisória participação no capital recebiam o mesmo tratamento; assim, a limitação era desconsiderada e, por conta disso, sofriam com a conseqüente responsabilidade ilimitada pelas obrigações da empresa. (MARSHALL, 2002, p. 75).

Porém, a sociedade unipessoal foi admitida através do Decreto Legislativo 88, de 03 de março de 1993, que alterou várias disposições expressas no Código Civil italiano. Desde os seus considerandos já há uma expressa informação acerca da imposição da Diretiva da CCE. Nesse decreto, foi atribuída personalidade jurídica às sociedades, após a inscrição no registro, conforme art. 2.331 do *Codice Civile*, além disso, permitiu-se que a constituição das sociedades limitadas se desse, ou mediante um contrato, ou mediante um ato unilateral. Vide a atual redação do art. 2.463, do mesmo diploma. (ITÁLIA, 1993)

Destarte, permitiu a constituição da sociedade, tanto pelo ato de uma pessoa natural, quanto pelo ato de uma pessoa jurídica. Mas “o sócio responde ilimitadamente se for pessoa jurídica, em caso de falta ou irregularidade do balanço, ou quando não foram cumpridas as normas relativas à publicidade da condição unipessoal”. (BRUSCATO, 2005, p. 251).

Na legislação italiana, não há também nenhuma restrição para a sua constituição superveniente a partir de concentração posterior das quotas em apenas um sócio, como também é possível ser constituída como unipessoal e, posteriormente, outros sócios a ela aderirem, tornando-se pluripessoal. Porém, sempre nesses casos, deverá ser feita as devidas anotações no registro público. (NONES, 2001, p.19 - 20)

O legislador italiano estipulou capital mínimo de dez mil euros (art. 2.463, inc. 4), sendo que, quando constituída por ato unilateral, o capital será integralizado de imediato (art. 2.464). Atendendo a Diretiva Europeia, no art. 2.478, há a determinação de que os contratos entre a sociedade e o sócio único devem ser na forma escrita e devem ser objeto de publicidade no registro. No aumento de capital, o sócio único deverá integralizar, também de forma imediata, o montante de acréscimo (art. 2.481). (ITÁLIA, 1993)

Em síntese, a Itália, a exemplo da doutrina dominante da Europa, permitiu a constituição de sociedade, também por meio de ato unilateral, seja por uma pessoa física ou por uma pessoa jurídica.

3.6.7 A sociedade unipessoal de responsabilidade limitada no Direito espanhol

Já a Espanha, apesar de existir uma Resolução da Direção Geral de Registos e Notariado, de 21 de junho de 1990, admitindo desde aquela época as sociedades unipessoais, somente com a Lei 02, de 23 de março de 1995, permitiu expressamente na sua legislação a Sociedade Unipessoal de Responsabilidade Limitada. (NONES, 2001, p. 20).

Na exposição de motivos da Lei, o legislador espanhol já deixa claro que o modelo de sociedade unipessoal não se limita aos pequenos e médios empreendimentos, pois admite a unipessoalidade, tanto nas sociedades limitadas, quanto nas sociedades anônimas, servindo a Lei, também, para “iniciativas de grandes dimensões e às exigências de qualquer classe de empresa”. (ESPANHA, 1995)

Nesta mesma toada de incentivo aos grandes empreendimentos, ainda na exposição de motivos, no final do seu item IV, admite expressamente que a sociedade unipessoal seja constituída por outras sociedades e, até mesmo, por outra sociedade unipessoal, sem qualquer espécie de limitação quantitativa.

Cumprindo com a Diretiva Comunitária, a Lei espanhola exigiu que o sócio único consigne as suas decisões em ata (art. 127), e que os contratos dele com a sociedade unipessoal, sejam escritos e devidamente registrados no balanço anual, com a indicação da sua natureza e condições (art. 128), sob pena de não serem oponíveis aos credores em uma eventual falência.

Além disso, o sócio único responderá por dois anos por qualquer vantagem indevida obtida, direta ou indiretamente, com esses contratos, em prejuízo da sociedade, conforme expresso no art. 128, item 3.

Para os casos de unipessoalidade superveniente, “a lei espanhola determina a comunicação do fato ao registro do comércio, no prazo máximo de seis meses. Caso contrário, o sócio único responderá, ilimitadamente, pelas obrigações sociais”. (BRUSCATO, 2005, p. 250). Determinou, também, que a condição de unipessoalidade seja expressamente inserida em toda a sua documentação, correspondências, notas de pedido, faturas, bem como anúncios que venha a publicar por determinação legal ou estatutária (art. 126), medida de publicidade para que os terceiros conheçam explicitamente da sua condição. (ESPANHA, 1995)

Contudo, apesar da sua atualidade, a regulamentação normativa prevista na Lei de 1995 foi revogada recentemente pelo Real Decreto Legislativo nº1, de 2010, Lei que serviu apenas para unificar o tratamento das chamadas sociedades de Capital, ou seja, as sociedades de responsabilidade limitada, sociedades anônimas e sociedades em comandita por ações. Entretanto, todas as regras acima descritas foram repetidas na nova regulamentação normativa. (ESPANHA, 2010)

Neste mesmo decreto de 2010, em seu art. 12 a 16, há uma regulamentação única para as sociedades unipessoais, que podem ser, ou do tipo sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, ou do tipo sociedade unipessoal anônima. Como dito, apesar da revogação da Lei de 1995, os arts. 13 a 16 da nova Legislação simplesmente reiteram o que já estava previsto na legislação anterior. Logo, as mesmas regras lá estabelecidas continuam em vigor, mas agora sob a égide da nova Lei. (ESPANHA, 2010)

Apenas no que se refere ao capital social, segundo o manual de criação das empresas do governo espanhol (ESPANHA, 2010b), nas sociedades limitadas unipessoais é exigido o capital de, ao menos 3.000 euros, totalmente integralizado na sua constituição (ESPANHA, 2010b, p. 29); e nas sociedades anônimas, o capital mínimo é de 60.000 euros, sendo que, no mínimo 25% deste montante devem ser comprovadamente aportados, de imediato, na sua constituição. (ESPANHA, 2010b, p. 25). Tal determinação legal é fruto do que está expresso no art. 4º da nova Lei, tendo em vista que a legislação anterior não continha exigência de capital social mínimo. (ESPANHA, 2010)

Portanto, com essas características, a Espanha promoveu a inserção da Diretiva da União Europeia em seu ordenamento jurídico, possibilitando assim a limitação da responsabilidade em todas as formas de empreendimento unipessoal.

3.6.8 A sociedade unipessoal por quotas no Direito português

Outro passo dado na Europa, na matéria da limitação da responsabilidade dos empreendimentos unipessoais, foi a inserção da Sociedade Unipessoal por Quotas, em Portugal, através do Decreto-Lei nº 257, de 31 de dezembro de 1996 (PORTUGAL, 1996). Decreto este que, além de outras alterações normativas, inseriu os arts. 270.º-A a 270.º-G no Código das Sociedades Comerciais daquele país.

No segundo item do seu Preâmbulo, o legislador explica as causas que promoveram a edição da nova Lei, tendo em vista que já existia no ordenamento português o estabelecimento individual, seguem-se, na sua íntegra as razões oferecidas pelo legislador:

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-se 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 nº 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)

Decerto, o EIRL português foi um enorme fracasso. Esse é o entendimento da Doutrina lusitana, como pode ser visto nas palavras de José Engrácia ANTUNES (2006, p. 430), apontando um levantamento do registro de comércio luso, de duas décadas de existência do instituto:

Ora, duas décadas decorridas sobre a data da sua criação, sabemos hoje que em Portugal, num universo total de empresários individuais que se aproxima a passos largos do milhão de unidades apenas cerca de 100 optaram por organizar a respectiva actividade empresarial sob a forma de um EIRL (ou seja, apenas 0,0001% do total de empresários individuais nacionais): em português escorreito, um rotundo fracasso prático.

Segundo o mesmo autor, as causas desse fracasso são a ausência de personalidade da EIRL, a impossibilidade de criação por pessoas ligadas a atividades civis (agrícolas, artesanais, intelectuais) e pessoas jurídicas, a ausência de efetiva autonomia patrimonial exemplificada em diversos julgados que não respeitaram a limitação prometida, dentre outros aspectos tributários (ANTUNES, 2006, p. 430 – 440).

Porém, nota-se que a nova sociedade unipessoal por quotas portuguesa, abandona a ideia inicial de Pisko - de patrimônio de afetação - e cria uma nova entidade dotada de personalidade, pois, conforme se destaca do próprio preâmbulo acima transcrito, o EIRL negou a personalização a algo que a reclamava e não atingiu as expectativas portuguesas.

Embora sem atingir as expectativas, as regras que instituíram o EIRL ainda estão em vigor e, assim, o empreendedor luso pode escolher, de acordo com as suas próprias necessidades/interesses, a qual dessas modalidades de limitação de responsabilidade nos empreendimentos unipessoais será submetido. Dessa forma, os “portugueses passaram a dispor, não de um, mas simultaneamente de dois instrumentos jurídicos, que lhes permitem uma limitação do seu risco”. (ANTUNES, 2006, p. 441).

O novo modelo permite, diferentemente do antigo, a constituição tanto por pessoa física, quanto por pessoa jurídica (art. 270 – A, 1), sendo que as pessoas

naturais são limitadas à constituição de apenas uma única sociedade unipessoal, vedada a sua constituição por outra sociedade de sócio único (art. 270 – C). Entretanto, qualquer outra espécie de pessoa jurídica pode constituir mais de uma sociedade unipessoal por quotas. (PORTUGAL, 1996)

Evidentemente, a responsabilidade do titular é limitada ao aporte de capital e sua constituição pode ser originária ou superveniente, bem como pode ser fruto da transformação de um estabelecimento individual de responsabilidade limitada já existente (art. 270 A, 2 a 5). (PORTUGAL, 1996)

Assim como nas outras legislações, o sócio único exerce sozinho a competência das assembleias, mas as decisões devem ser registradas em ata, na forma escrita (art. 270 – E), exatamente a forma exigida no caso de contratação entre a sociedade e o sócio único, sendo que os contratos devem ser devidamente consignados junto com o relatório anual de gestão (art. 270 – F).(PORTUGAL, 1996)

A legislação portuguesa exigia um capital social mínimo de 5.000 euros, totalmente integralizados, para a constituição dessa modalidade de sociedade, exatamente como exigido pelo Estabelecimento Individual. Contudo, o recente Decreto Lei nº 33, de 07 de março de 2011 (PORTUGAL, 2011), mudou essa determinação e hoje ela pode ser livremente constituída com o capital que convier para o seu titular.

Esta determinação está assim justificada no preâmbulo da aludida norma de 2011:

Estas medidas visam os seguintes objectivos: fomentar o empreendedorismo, reduzir custos de contexto e de encargos administrativos para empresas e assegurar uma maior transparência das contas da empresa.

Em primeiro lugar, são reconhecidas as vantagens que representa para o empreendedorismo a eliminação da obrigatoriedade de um capital mínimo elevado para a constituição de sociedades. Muitas pequenas empresas têm origem numa ideia de concretização simples, que não necessita de investimento inicial, por exemplo, numa actividade desenvolvida através da Internet, a partir de casa. O facto de ser obrigatória a disponibilização inicial de capital social impede frequentemente potenciais empresários, muitas vezes jovens, sem recursos económicos próprios, de avançarem com o seu projecto empresarial.

Em segundo lugar, o presente decreto-lei visa prosseguir o esforço de simplificação e de redução de custos de contexto, que oneram as empresas e prejudicam a criação de riqueza e de postos de trabalho. Desta forma, criam-se condições para promover e apoiar uma atitude de iniciativa, de inovação e de empreendedorismo na sociedade portuguesa.

Finalmente, deve salientar -se que a constituição do capital social livre para as sociedades por quotas e das sociedades unipessoais por quotas torna mais transparentes as contas da empresa. Do ponto de vista jurídico, um capital social elevado não conduz necessariamente à conclusão de que uma sociedade goza de boa situação financeira. Na verdade, o capital

social não é igual ao património social. O capital é um valor lançado no contrato social, enquanto o património é o conjunto de bens, direitos e obrigações de uma sociedade. (PORTUGAL, 2011)

Perceba-se que o legislador reconhece a necessidade de diminuir o custo e aumentar a transparência nas contas das empresas com o fito de fomentar o empreendedorismo. Reconhece, assim, que a obrigatoriedade de capital inicial impede freqüentemente que potenciais empresários iniciem seu projeto empresarial. E, por fim, destaca que o capital social não conduz necessariamente à conclusão de que a sociedade goza de boa situação financeira, pois o capital social não se confunde com o patrimônio social. Este, sim, indica o conjunto de bens, direitos e obrigações da pessoa jurídica.

Dessa forma, é imperativo o reconhecimento de que Portugal avançou muito na regulamentação dos empreendimentos unipessoais, ao se comparar a lei do EIRL. Primeiro, por reconhecer a necessidade de se outorgar personalidade jurídica ao instituto. Segundo, por permitir a sua constituição também por pessoas jurídicas; e terceiro, por auferir plena liberdade na estipulação do capital social da sociedade. Assim, crêem os portugueses estarem aptos a fomentar o desenvolvimento da sua economia e comércio.

3.6.9 A diretiva 2009/102/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia

Como informado no *Item 3.6.5*, a 12ª Diretiva de 1989, foi fundamental para fixar e uniformizar o tratamento dos empreendimentos unipessoais no continente europeu. Fez isso sem exigir a adoção de sociedade unipessoal, permitindo que cada País instituísse, de acordo com suas próprias conveniências, como seria tratado o tema nos seus respectivos territórios.

Entretanto, a nova Diretiva de 2009, já há, decisivamente, a consagração das Sociedades Unipessoais naqueles países e serve, principalmente, para orientação dos novos territórios admitidos no Bloco da União Européia. (CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA, 2009)

A atual Diretiva revogou, no seu art. 9, a diretiva de 2009, porém, praticamente reproduziu muito do que estava lá determinado.

Isso porque, apesar de se referir, expressamente, a sociedade limitada de um único sócio, o art. 7º, permite que os Estados Membros decidam se utilizarão de sociedades unipessoais ou patrimônios de afetação.

Nos arts. 4 e 5 informam que o sócio único exercerá os poderes da assembléia e as suas decisões devem ser lavradas em ata ou assumir a forma escrita, mesma forma também exigida nos contratos entre o sócio único e a sociedade por ele representada.

No art. 2 informa que sua constituição pode ser originária ou derivada da concentração de todas as quotas sociais numa única pessoa e, além disso, outorga aos Estados Membros a regulação da constituição de várias sociedades unipessoais por uma mesma pessoa natural e sobre a sua constituição, ou não, por pessoa jurídica inclusive por outra sociedade unipessoal.

Assim, a União Européia, mesmo revogando a Diretiva de 1989, mantém seus preceitos em vigor impondo a todos os Estados Membros a necessidade ou de adoção de sociedades unipessoais ou de patrimônios de afetação que possibilitem o exercício do comércio, individualmente, com limitação de responsabilidade.

3.6.10 O empreendedor individual de responsabilidade limitada no Direito francês

O último grande avanço nas principais legislações europeias foi a inserção do Empreendedor Individual de Responsabilidade Limitada francês⁴⁴, através da “Lei 2010-658, de 15 de Junho de 2010 (sistemizado nos artigos L.526-6 a L.625-21 do código comercial) e do decreto n.º 2010-1706, de 29 de Dezembro de 2010, (sistemizado nos artigos R.526-3 a R.526-24 e D.526-5 a D.526-9, do código comercial)” (COELHO, 2011, p. 01).

Na verdade, como elucida GONÇALVES NETO (2012, p. 123), a França trilhou o mesmo caminho de Portugal, porém “seguindo caminho inverso”. Ora, Portugal, inicialmente instituiu o seu estabelecimento individual, utilizando-se do método do patrimônio de afetação e, posteriormente, instituiu a sua sociedade unipessoal.

⁴⁴ l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée.

Em um caminho inverso, a França primeiro instituiu a sua sociedade unipessoal e, recentemente, através da Lei n.º 2010-658, criou o seu patrimônio de afetação para o empreendedor pessoa física (FRANÇA, 2010). O primeiro, inserido no contexto societário, como uma verdadeira sociedade unipessoal, e o segundo, como um patrimônio de afetação de uma pessoa física.

A afetação patrimonial decorre do registro do empreendimento, no qual o empresário mencionará quais bens serão afetados para o exercício da atividade. Os credores anteriores ao ato do registro continuam detendo o direito de exigir seus créditos sem a limitação da responsabilidade, exceto se forem notificados pessoalmente do ato e não impugnarem tal limitação.

A pessoa natural inicialmente só poderia constituir apenas uma única EIRL. Contudo, o art. 14 da Lei 658, de 2010, determina que, a partir de 1º de janeiro de 2013, é possível que sejam constituídos mais de um patrimônio de afetação por pessoa. (FRANÇA, 2010). Assim, essa limitação quantitativa não subsiste mais atualmente.

Ainda que não haja estipulação de capital mínimo, cada patrimônio afetado terá uma contabilidade própria. Eventual confusão patrimonial tem como consequência a responsabilidade pessoal e ilimitada do seu titular.

Os credores do empreendimento não serão satisfeitos com os bens do patrimônio pessoal do titular; entretanto, os credores particulares da pessoa física podem penhorar os lucros ou os bens do empreendimento para a satisfação dos seus créditos.

Assim, resumidamente, a exemplo de Portugal, na França, atualmente, existem duas formas de limitação da responsabilidade nos empreendimentos unipessoais: a Empresa Unipessoal de Responsabilidade Limitada (EURL - *Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée*), e o Empreendedor Individual de Responsabilidade Limitada (EIRL - *Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée*).

Doravante, passa-se a descrever, também de maneira sucinta, os empreendimentos unipessoais em alguns dos países da América do Sul.

3.6.11 Os empreendimentos unipessoais de responsabilidade limitada na América do Sul

Concomitantemente com a evolução do instituto na Europa, na América Latina, diversos países aderiram, em suas respectivas legislações, aos empreendimentos unipessoais, como forma de limitar os riscos das atividades econômicas.

Evidentemente, dada à quantidade de países que compõem a América do Sul e Central, seria desnecessário enumerar, um a um, a sua regulamentação jurídica. O que se propõe é apenas um pequeno resumo de algumas regulamentações normativas, particularmente aquelas existentes em alguns países da América do Sul, para compará-las, no próximo tópico, com a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada brasileira.

Outrossim, cumpre destacar, *ab initio*, que as legislações do Uruguai e da Argentina não outorgam responsabilidade limitada para os seus comerciantes. Nesses países, há apenas a tolerância, temporária, da unipessoalidade superveniente em sociedades, as quais, em um prazo legalmente estipulado, deverão reconstituir a pluralidade de participantes, sob pena de dissolução.

Contudo, nas terras portenhas há uma particularidade que merece um pequeno destaque. No projeto argentino de unificação da Legislação Civil e Comercial, havia a previsão expressada unipessoalidade, tanto nas sociedades limitadas, como nas sociedades anônimas (MOEREMANS, 1990, p. 289). No entanto, mesmo sendo aprovado, tanto na Câmara, quanto no Senado, um veto presidencial impediu a constituição das sociedades unipessoais no solo argentino. Neste sentido é a lição de MARSHALL (2002, p. 46 – 47):

Este projeto foi aprovado tanto na Câmara como no Senado, todavia foi vetado pelo Presidente em 1992, quando considerou um contra-senso a pessoa jurídica com um sócio.

Na verdade, o fundamento básico que moveu o veto do Presidente argentino no sentido de não admitir a sociedade unipessoal, deu-se em virtude de uma visão conservadora que permeia a questão do instituto da sociedade, pois para ele era *un verdadero sinsentido jurídico*.

Todavia, em que pese a omissão legislativa do Uruguai e da Argentina, os empreendimentos unipessoais são muito difundidos no cone sul das Américas.

A primeira Lei sul-americana sobre o tema é o Decreto Lei nº 21.621, do Peru, de 15 de setembro de 1976. Essa lei se refere a *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*. Trata-se de uma Lei exaustiva, que regulamenta o instituto em 97 (noventa e sete) longos artigos. (PERU, 1976)

Em resumo, o seu art. 1º confere à empresa individual a qualidade de uma pessoa jurídica de Direito Privado, constituída exclusivamente para o exercício de atividades econômicas de pequenas empresas, mediante escritura pública devidamente registrada.

Necessariamente, é formada apenas por pessoa natural (art. 4) e, no seu texto original, apenas era possível a constituição de uma única empresa dessa modalidade pela pessoa. Porém, uma reforma legislativa no seu art. 5, proveniente da Lei nº 26.312/94, permitiu que a pessoa do comerciante constituísse mais de uma empresa individual de responsabilidade limitada e, com isso, hoje não há qualquer espécie de limitação quantitativa.

Na sua denominação, haverá que sempre constar expressamente no seu final as palavras *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada* ou simplesmente a sigla E.I.R.L. (art. 7) e, independente do seu objeto, terá sempre prazo indeterminado e caráter mercantil (art. 8). Quanto ao capital, apesar de não haver exigência mínima, a parte em dinheiro deve ser comprovada mediante depósito em estabelecimento bancário numa conta em nome da empresa (art.20). (PERU, 1976)

Após a adoção da Lei peruana, outro país que adotou modelo semelhante de limitação da responsabilidade foi o Paraguai. Nesse país, a introdução legislativa se deu através da Lei nº 1.034, no ano de 1983. (PARAGUAI, 1983)

O Capítulo II, da aludida legislação, tem como título: *De la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, e se inicia com o art. 15, que possibilita - a qualquer pessoa física capaz - constituir empresas dessa modalidade mediante a constituição de um patrimônio separado e independente dos bens pessoais do titular da empresa. Dessa forma, as obrigações do seu exercício serão limitadas aos bens que constituem esse patrimônio independente. Somente em caso de dolo, fraude ou descumprimento das disposições legais, o titular, sempre pessoa natural, responderá também com os seus bens pessoais. Trata-se da utilização da teoria do patrimônio separado ou patrimônio autônomo, diferente neste aspecto, da Lei peruana, que atribui personalidade jurídica ao ente criado. (PARAGUAI, 1983)

A Lei guarani determina também que a denominação deverá vir acrescida do termo *Empresa Individual de Responsabilidad Limitadae* que ela seja constituída mediante escritura pública (art. 16). No que se refere ao Capital, se exigem, no mínimo, dois mil salários mínimos/dia vigentes e já integralizados no momento da inscrição no registro, sendo que a parte em dinheiro deverá ser comprovada mediante depósito em instituição bancária, em conta no nome da empresa (art. 21). Além disso, é causa de dissolução da empresa a perda maior que 50% (cinquenta por cento) do capital, ou quando o capital atual estiver reduzido a valores inferiores ao valor mínimo exigido na lei (art. 25). (PARAGUAI, 1983)

No que se refere às sociedades unipessoais dotadas de personalidade jurídica, “a legislação paraguaia não menciona ou admite a unipessoalidade em nenhuma de suas formas” (MARSHALL, 2002, p. 48). Não há sequer menção de unipessoalidade superveniente temporária.

Por outro lado, na Colômbia, tem-se uma regulamentação normativa muito rica e liberal em matéria de empreendimentos unipessoais. A primeira lei colombiana que regulamentou o instituto foi a Lei nº 222, de 20 de dezembro de 1995. (COLÔMBIA, 1995)

A referida Lei instituiu a *Empresa Unipersonal*, no seu Capítulo VII. Diferentemente da Lei paraguaia e peruana, a Lei da Colômbia possibilitou que a Empresa fosse constituída por qualquer pessoa capaz, seja natural ou jurídica, que deseje destinar parte dos seus ativos para a realização de uma ou várias atividades de caráter mercantil e, a exemplo da Lei do Peru, outorgou à mesma personalidade jurídica própria e independente do seu titular, como se depreende do disposto em seu art. 71.

Para tanto, a denominação ou razão social da pessoa jurídica deverá ser seguida pela expressão *Empresa Unipersonal* ou pela sigla E.U., sob pena de responsabilidade ilimitada (art. 72). Será constituída mediante documento escrito, que posteriormente deverá ser inscrito no registro mercantil para a obtenção da personalidade própria. (COLÔMBIA, 1995)

No que se refere ao capital social, não há valor mínimo, mas ele deve ser integralizado no momento da constituição (LÓPEZ, 2012, p. 247). Além disso, o titular responde solidariamente pelo valor estimado dos bens no ato constitutivo (art. 72, 6).

Não há também nenhuma vedação à constituição de uma ou várias E.U.s pela mesma pessoa, sendo certo que elas “podem pertencer a grupos como controlada ou controladora” (ACOSTA, 1998, p. 14).

As únicas proibições na Lei colombiana são a retirada injustificada de qualquer bem pertencente à empresa, bem como a contratação da *Empresa Unipersonal* com seu titular ou com outras *Empresas Unipersonales* constituídas pelo mesmo titular (art. 75).(COLÔMBIA, 1995)

Da mesma forma que a norma paraguaia, a E.U. se dissolverá caso o patrimônio da empresa se reduza a menos de 50% (cinquenta por cento) do capital subscrito.

Como se já não bastassem as *Empresas Unipersonales*, o legislador colombiano criou, em 2008, através da Lei nº 1.258, a *Sociedad por Acciones Simplificada*. (COLÔMBIA, 2008)

Exatamente como as *Empresas Unipersonales*, a *Sociedad por Acciones Simplificada* pode ser instituída, tanto por pessoa natural, quanto por pessoa jurídica e possui personalidade jurídica própria. Mas também pode ser constituída por mais de uma pessoa. Assim, o art. 5 determina que sua constituição se dê ou por um contrato ou por um ato unilateral de vontade.

A limitação dos riscos e custos empresariais e a flexibilidade da sua constituição e funcionamento são a tônica da referida norma. Logo no seu art. 1º, determina expressamente que o(s) acionista(s) não será(ão) responsável(eis) pessoalmente pelas obrigações trabalhistas, nem tributárias, nem de obrigações de qualquer outra natureza, exceto no caso de desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 42. (COLÔMBIA, 2008)

Sua razão social ou denominação deverá ser acrescida das palavras *Sociedad por Acciones Simplificada* ou pela sigla S.A.S. No que se refere ao capital, não há limites quantitativos nem obrigação de comprovação de depósitos bancários, podendo os valores serem integralizados posteriormente, mas nunca em prazo superior a 2 (dois) anos (art. 9).(COLÔMBIA, 2008)

Da mesma forma que nas E.U., a S.A.S será dissolvida se o patrimônio da sociedade se reduzir a menos de 50% (cinquenta por cento) do capital subscrito (art. 34).

Outrossim, a nova Lei colombiana delega ao estatuto as formas de administração e funcionamento da sociedade, bem como defere enorme flexibilidade

estatutária no regime de transferência, direitos e negociações das suas ações. Somente a título de exemplo, o art. 17 expressa que o estatuto “determinará livremente a estrutura orgânica da sociedade e demais normas que regem o seu funcionamento.” (COLÔMBIA, 2008)

Possibilita, também, o ingresso e a saída de acionistas, podendo manter-se como SAS unipessoal ou pluripessoal, sem a necessidade de transformações societárias ou acréscimo de qualquer termo no seu nome empresarial.

Diante de tudo isso, podemos resumir assim as principais diferenças entre a EU e a SAS colombianas (LÓPEZ, 2012, p. 244 - 254):

i) inicialmente, a EU não é uma sociedade e só pode ser constituída por uma única pessoa, enquanto a SAS é uma sociedade que pode ou não ter um único sócio;

ii) na SAS, não há restrição à contratação entre a sociedade e o seu titular, enquanto na EU, é vedada a contratação direta ou indireta entre a empresa e o seu titular;

iii) o capital das EU deve estar totalmente integralizado na sua constituição, enquanto na SAS, é permitida a integralização em até 2 anos;

iv) no que se refere à administração, na EU, é feita pelo titular ou por mandatário por ele constituído, enquanto na SAS, há total liberdade para estipulação estatutária da estrutura da administração, órgãos e formas.

A flexibilidade e a liberdade oferecidas pelo novo modelo societário colombiano lograram êxito empiricamente comprovado. Dados da Confecâmaras (apud LÓPEZ, 2012, p. 252) confirmam que, das 57.710 inscrições mercantis feitas no solo colombiano no ano de 2011, o assombroso número de 52.381 eram de SAS, enquanto foram inscritas apenas 2.776 Sociedades Limitadas, que figuram em 2º lugar. No 3º lugar, figuram as EU, que somaram apenas 759 inscrições. Ou seja, no ano de 2011 eram constituídas cerca de 19 SAS para cada sociedade limitada formada, ou 69 SAS para cada EU constituída. Sem dúvida, um retumbante sucesso prático da nova Lei.

No Chile, também há riquíssima normatização sobre o tema. A primeira Lei sobre o assunto é a Lei nº 19.857, publicada em de 11 de fevereiro de 2003. A referida Lei instituiu em solo chileno as *Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada*. Elas são constituídas apenas por pessoa natural (art. 1), mas assumem a

forma de pessoa jurídica personificada, submetida, independentemente do seu objeto, à regulamentação mercantil (art. 2).(CHILE, 2003)

Constitui-se mediante escritura pública, não há determinação de capital mínimo e em sua denominação deverá constar o termo *Empresa Individual de Responsabilidad Limitada* ou a sigla EIRL (arts. 3 e 4).(CHILE, 2003)

Porém, como não possibilitou, inicialmente, a constituição originária por pessoa jurídica, o Legislador chileno, através da lei nº 20.190/07, introduziu em seu art. 17 § 1, letras b) e c), nova redação aos arts. 424 a 446, no Código de Comércio chileno. (CHILE, 2007)

Dentre essas alterações, permitiu a constituição de sociedades anônimas do Chile (SpA) por uma ou mais pessoas, sejam físicas ou jurídicas, conforme art. 424 do Código de Comércio. (CHILE, 1865)

Assim, aderiu à tese das sociedades unipessoais originárias, a exemplo do que ocorreu na Europa.

Conforme afirma o chileno LEHUEDÉ (2011, p. 224), “com o art. 424 do Código de Comércio, a sociedade – e concretamente a de capital– pode nascer não só de um contrato, como ocorre nas sociedades personalistas, mas também a partir de um ato unilateral e por iniciativa de uma só pessoa”.

Por fim, o último país sul-americano, antes do Brasil, a aderir, em seu corpo normativo, aum método de limitação de responsabilidade do comerciante foi o Equador, por meio da Lei nº27, de 2005, publicada em 26 de janeiro de 2006.

Nessa Lei, o legislador equatoriano introduziu em seu sistema normativo as *Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada*. Trata-se de uma pessoa jurídica criada exclusivamente por pessoa natural. (EQUADOR, 2005)

Quanto ao capital social, segundo FIERRO (2007, p. 39), deverá ser de, no mínimo 10 (dez) salários mínimos vigentes naquele país. Além disso, por determinação legal, se diz capital empresarial ou capital reservado (art. 20).

O seu objeto será único e necessariamente mercantil, tendo sempre também que se constituir por prazo determinado (art. 19). (EQUADOR, 2005). Na sua denominação, também deverá constar o termo *Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada* ou a sigla EURL. No que tange à administração, deverá ser feita pelo gerente-proprietário, mas este pode delegar parte das suas funções para um ou mais mandatários (FIERRO, 2007, p.39).

Cada pessoa natural capaz pode constituir uma ou mais EURL equatoriana(s), mas, nesse caso, elas deverão ter objetos distintos. Além disso, é vedada a contratação entre a empresa e o seu gerente-proprietário, estendida até os seus familiares consangüíneos de quarto grau e familiares de afinidade até o segundo grau (FIERRO, 2007, p.40).

Diante de todo o exposto, percebe-se que, ao menos cinco dos países mais importantes do cone sul das Américas partiram na frente do Brasil na regulamentação da responsabilidade limitada do comerciante individual. Atente-se, a seguir, ao quadro comparativo entre os modelos vistos acima:

3.6.12 Quadro sinótico do Direito Comparado

Diante de todo o levantamento apresentado sobre a evolução da limitação da responsabilidade nos empreendimentos unipessoais no Direito Comparado, é possível classificar os empreendimentos unipessoais estrangeiros. Levando em consideração alguns critérios como o país de origem, a Lei e o ano de instituição, o instituto, a existência de personalidade jurídica própria, a possibilidade de ser constituído por pessoa jurídica e a exigência de capital mínimo, tem-se o seguinte:

País	Lei e ano de Instituição	Instituto	Com personalidade jurídica.	Com constituição por pessoa jurídica.	Com capital mínimo.
Peru	Decreto 21.621, de 1976	Empresa Individual de Responsabilidade Limitada	Sim	Não	Não
Alemanha	Lei de 04 de julho, de 1980	Sociedade Limitada	Sim	Sim	Sim
França	Lein° 85.697, de 1985	Empresa Unipessoal de Responsabilidade Limitada	Sim	Sim	Não
Paraguai	Lei n° 1.034, de 1983	Empresa Individual de Responsabilidade limitada	Não	Não	Sim

Portugal	Decreto-Lei n° 248 de 1986	Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada	Não	Não	Sim
Itália	Decreto Legislativo n° 88, de 1993	Sociedade Limitada	Sim	Sim	Sim
Espanha	Lei 02, de 1995	Sociedade Unipessoal	Sim	Sim	Sim
Colômbia	Lei n° 222, de 1995	Empresa Unipessoal	Sim	Sim	Não
Portugal	Decreto-Lei n° 257 de 1996	Sociedade Unipessoal por Quotas	Sim	Sim	Não
Chile	Lei n° 19.857, de 2003	Empresa Individual de Responsabilidade Limitada	Sim	Não	Não
Equador	Lei n° 27, de 2005	Empresa Unipessoal de Responsabilidade Limitada	Sim	Não	Sim
Chile	Lei 20.190, de 2007	Sociedade Anônima Unipessoal	Sim	Sim	Não
Colômbia	Lei n° 1.258, de 2008	Sociedade Anônima Simplificada	Sim	Sim	Não
França	Lei n°658, de 2010	Empreendedor Individual de Responsabilidade Limitada	Não	Não	Não

Assinala-se, portanto, que cada país, com suas próprias características, aderiram à tese de que não se justificava a necessidade de formação de um grupo de pessoas para obter a limitação da responsabilidade nas atividades mercantis. Assim, todos promoveram a reclamada limitação do empresário individual e, com isso, de forma indireta, incentivaram o legislador nacional a criar a EIRELI brasileira.

3.7 Balanço Conclusivo da Evolução da Limitação da Responsabilidade nas atividades econômicas

Como evidenciado, a responsabilidade limitada nas atividades de risco, desde o seu nascedouro, teve como premissa principal o estímulo à captação privada de recursos para possibilitar o ingresso de novos investimentos nas atividades econômicas.

A limitação de responsabilidade foi uma exigência econômica que, posteriormente, foi regulada pelo Direito e se revestiu na forma como hoje é ensinada na doutrina jurídica.

No século XIX, após a adoção da teoria geral das relações jurídicas e o normativismo, foi necessário avançar no estudo dos sujeitos de direito coletivos que já existiam na sociedade. A ciência exigia uma saída para a existência empírica dos sujeitos coletivos e as massas autônomas de bens. Assim, fixou-se e difundiu-se o conceito de pessoa jurídica, moral ou coletiva; de patrimônio e de autonomia dos sujeitos.

Diante da fixação destes conceitos, o legislador foi capaz de criar mecanismos de limitação de responsabilidade com o fito de estimular o investimento privado e aumentar a produção de riquezas das Nações.

Surgem então as sociedades por quotas de responsabilidade limitada e os empreendimentos unipessoais de responsabilidade limitada.

Quanto a estes últimos, evidencia-se que já se difundiram nas principais economias capitalistas. Sendo que cada País os regulamenta de acordo com suas próprias convicções, assumem, assim, características próprias e singulares de acordo com os seus próprios anseios políticos e econômicos.

Cumpra agora explicar o modelo nacional, o seu nascimento no ordenamento jurídico brasileiro e as suas características principais.

4. A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA DO BRASIL

O objetivo deste capítulo é descrever a natureza e as principais características da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada brasileira.

Para entender o que é a EIRELI brasileira, é fundamental entender a sua própria evolução no País. Assim, para explicar os seus contornos específicos, é necessário distingui-la das sociedades unipessoais existentes no Brasil e, em seguida, do próprio conceito atual de sociedade.

Posteriormente, seguem-se uma descrição das tentativas de se inserir institutos semelhantes à EIRELI na legislação brasileira, bem como o informe detalhado sobre a tramitação do projeto de Lei 4.605/2009, que deu origem à Lei 12.441, de 2011, a fim de sejam identificadas, diante do Direito hoje posto, quais as suas principais características e qual a sua natureza.

Estas constituem informações imprescindíveis para qualquer estudo que tenha como objetivo identificar e sanar eventuais controvérsias da sua interpretação jurídica.

4.1 As sociedades unipessoais no Brasil

Como sabido, o empresário individual no Brasil, antes da Lei 12.441/11, não possuía nenhuma forma de, individualmente, limitar responsabilidades no seu empreendimento comercial.

Por outro lado, os entes públicos há muito tempo já possuem a prerrogativa de instituir empreendimentos unipessoais, a Empresa Pública, “pessoa jurídica de direito privado, criada com a finalidade de executar serviço público ou de utilidade pública, de natureza econômica ou não.” (BARRETO FILHO, 1977, p. 397)

A empresa pública serve como “um instrumento de atuação do Estado no campo econômico.” (BARRETO FILHO, 1977, p. 402). Fazendo isso com autonomia patrimonial, financeira e gerencial.

Porém, a empresa pública se afasta do objeto deste estudo, pois, apesar de se submeter às regras de direito privado, conforme expresso no art. 173 da Constituição Federal, o seu capital é formado exclusivamente pelo ente público e,

além disso, serão sempre criadas a partir de uma Lei, como determina o art. 37, XIX da Carta Magna.

Contudo, o Brasil admite, já há algum tempo, a unipessoalidade nas sociedades privadas. Segundo PIMENTA (2011, p. 561), “é possível classificar as situações de unipessoalidade societária no Direito brasileiro conforme elas tenham ou não limite de duração legalmente estabelecido.” São assim divididas em: i) a unipessoalidade com prazo determinado; e ii) a unipessoalidade sem prazo determinado.

4.1.1 A unipessoalidade com prazo determinado no Direito societário brasileiro

A regra geral no País é a de que as sociedades se formam por um contrato realizado entre duas ou mais pessoas⁴⁵. Essa regra é expressa assim no art. 981, do Código Civil: “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.”

Já a Lei das Sociedades Anônimas, no seu art. 80, determina que um dos requisitos preliminares para a constituição de uma Companhia é “I – Subscrição, pelo menos por duas pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto.”

Conforme ensina PIMENTA (2011, p. 558), “a sociedade é, originariamente, concebida como acordo de vontades entre duas ou mais pessoas para a execução de atividade comum e partilha dos resultados financeiros daí advindos”.

Assim, a constituição originária das sociedades brasileiras se dá, necessariamente, pela iniciativa de uma pluralidade de pessoas. Esse é o entendimento de toda a teoria de base do Direito Privado nacional.

Segundo Orlando GOMES (1983, p.168), “se duas ou mais pessoas põem em comum sua atividade ou seus recursos com o objetivo de partilhar o proveito resultante do empreendimento, constituem uma *sociedade*”.

Realmente, em uma análise perfunctória em alguns manuais de Direito Privado/Civil, as sociedades sempre são classificadas pela doutrina como

⁴⁵ Aqui se refere explicitamente a contrato, com a ressalva de que não é ainda o momento oportuno para discorrer sobre as teorias contratualistas e institucionalistas da formação das sociedades, cujo debate será proposto no instante em que a sua natureza no ordenamento nacional for abordada.

agrupamentos de pessoas que desejam obter resultado financeiro com a exploração de uma atividade econômica. Veja-se isso em LOUREIRO (2010, p.152); FARIAS e ROSENVALD (2006, p.269); FIUZA (2007, p. 151) ou VENOSA (2003, p. 264), por exemplo.

Contudo, no transcorrer da vida da sociedade (pessoa jurídica), os sócios podem falecer, às vezes são excluídos, ou simplesmente desejam retirar-se da sociedade. Ou seja, são situações de resolução do contrato existente entre os sócios. Nessas circunstâncias, torna-se evidente que devem receber a justa retribuição pela formação do patrimônio dessa pessoa moral por eles criada e/ou desenvolvida.

Quando isso ocorre, em uma sociedade composta por vários sócios, a solução é a dissolução parcial da sociedade (contrato). Ou, nos exatos termos do Código Civil, a resolução da sociedade em relação a um sócio. Apuram-se os seus haveres, na proporção das suas quotas sociais, e a sociedade (pessoa jurídica) permanece viva, com os sócios remanescentes⁴⁶.

Porém, quando alguma dessas situações ocorre em pessoa jurídica constituída por apenas dois membros, surge inexoravelmente uma inconveniente situação de unipessoalidade superveniente.

Ora, como visto no conceito de pessoa jurídica, *item 2.4 infra*, em volta de qualquer pessoa jurídica há uma instituição para a qual convergem vários interesses. Além do interesse dos seus sócios, a sociedade recolhe tributos, emprega pessoas e atende seus clientes. Destarte, impor a dissolução e a conseqüente extinção da sociedade (pessoa jurídica) é uma medida desnecessária e prejudicial para toda uma coletividade que se beneficia com a sua existência.

A lei das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, de 1919, não regulamentava a matéria expressamente e, por conta disso, vários debates surgiram na doutrina nacional sobre o tema⁴⁷. De acordo com as lições de FIGUEIREDO (1984, p. 24), tendo como base decisões da jurisprudência nacional, havia sociedades limitadas em que se previa expressamente, no contrato social, a continuidade da sociedade (pessoa jurídica) - mesmo com apenas um sócio - nos casos de morte ou exercício do direito de retirada, e que tais sociedades, obtinham judicialmente a possibilidade de continuar existindo, mesmo com um único sócio.

⁴⁶ Art. 1.031 do Código Civil.

⁴⁷ Para maiores informações veja-se: MARSHALL (2002, p. 83 – 119)

Lado outro, o mesmo autor aponta também outras decisões em que tal expediente foi rechaçado pelo Poder Judiciário, este que declarava ser a pluralidade de sócios um requisito essencial para a formação das sociedades e, assim, para a sua própria existência (FIGUEIREDO, 1984, p. 25). Essas decisões obrigavam o sócio remanescente a admitir novo(s) sócio(s) sob pena de extinção da pessoa jurídica.

Diante dessa situação concreta, o Direito não poderia deixar de tutelar esses interesses e acabar, de uma vez por todas, com essa controvérsia. O primeiro passo dado foi feito pela Lei das Sociedades Anônimas, que regulamentou a matéria, sendo utilizada de forma subsidiária na interpretação das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Já o segundo passo foi dado Código Civil, que também disciplinou o tema de forma expressa.

Todas as duas Leis permitem a unipessoalidade. Contudo, estipulam um prazo determinado de tempo para a reconstituição da pluralidade de pessoas.

No caso das sociedades anônimas, verificada a unipessoalidade na assembleia geral ordinária, a pluralidade de acionistas deve ser reconstituída até a próxima assembleia, ou seja, mais ou menos 1 (um) ano após a sua constatação formal, sob pena de dissolução da sociedade, conforme comando contido no art. 206, d) da Lei 6.404/76.

No mesmo diapasão, o Código Civil também permite a unipessoalidade; mas, em semelhante orientação, impõe a necessidade de reconstituição da pluralidade de sócios no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, também sob pena de dissolução da sociedade, conforme está expresso no art. 1.033, IV.

Assim, pode-se concluir que a unipessoalidade, via de regra, não é permitida nas sociedades brasileiras; é apenas tolerada por prazo determinado.

À primeira vista, pode-se inferir que as sociedades nacionais são orientadas pela teoria contratualista clássica, cuja exigência é a de que a sua constituição seja feita mediante um contrato que reúna duas ou mais pessoas com o objetivo de exercer uma atividade econômica e partilhar entre si os seus resultados. Na verdade, a unipessoalidade superveniente é apenas tolerada temporariamente pelo ordenamento, exatamente para preservar a empresa e os interesses sociais ligados

a ela. Entretanto, obriga o sócio ou acionista remanescente a reconstituir a pluralidade sob pena de dissolução da sociedade⁴⁸.

Em que pese essa orientação dominante, a subsidiária integral é uma sociedade anônima constituída por uma única outra sociedade. Trata-se de uma sociedade que pode já nascer unipessoal e não possui prazo para reconstituir a pluralidade de partícipes.

Assim, sua existência, no ordenamento nacional, é capaz de refutar o conceito dominante de sociedade dos manuais de Direito Privado. É um paradigma que deve ser levado em consideração, pois sua identificação na lei põe em risco a própria noção contratualista de agrupamento de pessoas das sociedades em geral.

4.1.2 A unipessoalidade sem prazo determinado no Direito societário brasileiro – a subsidiária integral

A sociedade subsidiária integral é um modelo de sociedade unipessoal com constituição originária permitida no ordenamento brasileiro. Segundo o art. 251, da Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6.404/76 (LSA), a Subsidiária Integral é uma Companhia que “pode ser constituída mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira”.

A subsidiária integral, como se infere do dispositivo, é constituída por uma sociedade. Não há a necessidade de que a sua acionista seja uma sociedade anônima, podendo ser até mesmo outro tipo de sociedade, desde que seja nacional. Nesse sentido se posiciona a maioria dos doutrinadores nacionais, a exemplo de FIGUEIREDO (1984, p. 77); CRISTIANO (1986, p. 40); BORBA (2008, p. 519); MAMEDE (2010, p. 549) e GUSMÃO (2012, p. 591).

Diferentemente da sua instituidora - que poderá ser uma sociedade anônima ou não - a subsidiária integral necessariamente será uma sociedade anônima submetida às regras específicas do seu tipo (CRISTIANO, 1986, p. 39). Logo, deverá obedecer a todas as regras impostas à constituição privada das sociedades anônimas, quais sejam: avaliação dos bens para a formação do capital, conforme o art. 8; escritura pública, na forma do art. 88; composição de órgãos; e etc.

⁴⁸ Hoje é possível também converter a sociedade em uma EIRELI ou em uma subsidiária integral, desde que cumpridos os demais requisitos da conversão.

As subsidiárias integrais podem ser divididas em duas espécies: as *originárias* - que já nascem como subsidiárias a partir da iniciativa de uma sociedade nacional - ou as *derivadas*, que se constituem a partir da concentração superveniente de todas as ações de uma sociedade já existente, sob a titularidade de apenas um único acionista, necessariamente outra sociedade. (GONÇALVES NETO, 2010, p. 301)

A constituição derivada da subsidiária integral assemelha-se à operação incorporação societária; contudo, nesta há a extinção de sociedade incorporada com a sucessão dos seus débitos e direitos para a incorporadora, enquanto naquela, a sociedade controlada continua a subsistir, tendo personalidade jurídica própria, não havendo, em tese, solidariedade entre as obrigações sociais.

O que ocorre na constituição derivada da subsidiária é, na verdade, uma incorporação das suas ações, não da sociedade como um todo, com a sua consequente extinção (PIMENTA, 2011, p. 563).

A incorporação societária está regulada no art. 227, enquanto a incorporação das ações está disciplinada no art. 252, ambos da LSA.

Segundo GONÇALVES NETO (2010, p. 300), a subsidiária tem como natureza do seu ato constitutivo um negócio jurídico unilateral perpetrado pela sociedade controladora.

As subsidiárias integrais foram inseridas neste ordenamento pela Lei 6.404/76. Segundo a exposição de motivos do legislador (apud FIGUEIREDO, 1984, 71), a inserção se deu com o intuito de dar “juridicidade ao fato diário, a que se vêem constrangidas as companhias, de usar ‘homens-de-palha’ para subscreverem algumas ações, em cumprimento do requisito formal do número de acionistas”.

Ressalta-se que foi usado, na exposição de motivos, o mesmo argumento utilizado para justificar a limitação de responsabilidade do comerciante, mas o legislador de 1976 limitou a constituição de subsidiária por uma sociedade, sem privilegiar, naquele momento, a pessoa humana.

Destarte, a subsidiária integral assume definitivamente a condição de ser uma sociedade genuinamente unipessoal. Isso porque o legislador de 1976 se afastou um pouco da noção contratualista das sociedades e, assumidamente, adotou uma postura institucionalista (REQUIÃO, 2003, p. 370).

Como visto, ao se tratar das teorias de personificação das pessoas jurídicas, as teorias institucionalistas, por regra geral, se caracterizam por conceber a pessoa jurídica como um fundamento institucional e social que, em certa medida, afasta o

interesse da pessoa jurídica das pessoas que a constituíram e assume que, devido ao interesse institucional e coletivo a elas inerente, a pessoa jurídica deve ser concebida como uma instituição autônoma.

Porém, será essa mesma teoria capaz de ser aplicada às sociedades em geral? Ou seja, as sociedades brasileiras devem deixar de ser entendidas e concebidas como um contrato a fim de que sejam reconhecidas como uma instituição?

Está claro que o conceito de pessoa jurídica não é o mesmo conceito de sociedade, haja vista que existem sociedades que não são pessoas jurídicas⁴⁹ e também, como sabido, nem todas as pessoas jurídicas são sociedades.

Dito isso, é possível que, especificamente, as sociedades brasileiras sejam concebidas como instituição. Qual é, então, finalmente, a natureza das sociedades no Brasil? Para responder isso, é preciso explicitar ainda mais algumas linhas para entender o que é sociedade no ordenamento pátrio.

4.2 O conceito de sociedade no Brasil: um paralelo com as sociedades unipessoais

Neste ponto, entender o que é sociedade e o que é sociedade unipessoal é importantíssimo para, futuramente, compreender se a EIRELI é ou não uma sociedade unipessoal.

Diz-se isso, pois vários autores⁵⁰ hoje concebem a EIRELI como uma nova forma societária e como a adoção definitiva da sociedade unipessoal no Brasil. Porém, definir o que é sociedade não é tarefa fácil. Na verdade, o conceito de sociedade, a exemplo da empresa, é um conceito de um fenômeno poliédrico, que pode assumir não um, mas alguns perfis diferentes.⁵¹

A sociedade pode ser concebida, na forma do Art. 3º, I, da Constituição Federal, como uma nação, povo ou coletividade indeterminada de pessoas. Na forma do art. 44, II, do Código Civil, como uma pessoa jurídica de Direito Privado. Ou, na forma do art. 981, do Código Civil, como um contrato entre pessoas.

⁴⁹ As sociedades em comum e a sociedade em conta de participação (arts. 986 a 996 do Código Civil).

⁵⁰ Adiante, mais informações no tópico da Natureza Jurídica da EIRELI, *item 4.5*.

⁵¹ Sobre as diferentes formas de conceber a empresa e as características dos seus quatro perfis (objetivo, subjetivo, funcional e cooperativo), consulte-se Alberto ASQUINI (1996. p. 109-126).

Evidentemente, para este estudo, importa compreender as duas últimas formas de utilização do termo sociedade, pois o primeiro evidencia apenas uma coletividade vinculada por alguma característica, como sociedade brasileira ou sociedade civil, por exemplo.

Entretanto, no que tange às duas últimas acepções da palavra, estão postas algumas controvérsias e confusões conceituais.

Uma corrente simplesmente afirma que sociedade é um contrato plurilateral, conforme Maria Helena DINIZ (2009, p. 117), José Edwaldo Tavares BORBA (2008, p. 30), Rubens REQUIÃO (2003, p. 371) e Waldo FAZZIO JÚNIOR (2008, p. 108).

Outros entendem que as sociedades podem ser institucionais ou contratuais, de acordo com seu ato constitutivo, diferenciando-se quando as sociedades são constituídas por contrato social ou por estatuto. Nessa acepção, filiam-se: Mônica GUSMÃO (2012, p. 106), Sérgio CAMPINHO (2003, p.50), Marlon TOMAZETTE (2012, p. 210), Fábio Ulhoa COELHO (2012, p. 43).

Já Calixto SALOMÃO FILHO (1995, p. 53), em estudo baseado nas sociedades unipessoais, entende que “as diferentes respostas em campo institucionalista e contratualista para o problema da sociedade unipessoal baseiam-se sobretudo em um modo diverso de compreender o interesse social.” Dessa forma, refuta as duas teorias citadas, pois, segundo este autor, a institucionalista não é adequada para as pequenas sociedades e sociedades despersonalizadas, enquanto que a sociedade, na teoria contratual, não admite a unipessoalidade.

Daí, conclui que a sociedade é um *contrato-organização*, ou seja, um contrato que gera uma organização autônoma que supera o conceito contratualista da sociedade, podendo justificar também as sociedades unipessoais (SALOMÃO FILHO, 1995, p.58).

Na verdade, conceituar e classificar a sociedade é uma tarefa que exige uma distinção muito clara das diversas formas pela qual se apresenta. Desse modo, é preciso distinguir o que é: *i)* o contrato de sociedade; *ii)* o ato constitutivo da pessoa jurídica chamada de sociedade; *iii)* a própria pessoa jurídica da sociedade.

Por conta disso, ao conceituar e descrever a natureza jurídica dos institutos, não se deve, buscar teorias falaciosas ou apenas reproduzir conceitos externos. Por certo, é preciso partir da base da Teoria das Relações Jurídicas e, inicialmente, identificar de maneira clara a distinção entre sujeito, objeto e relação jurídica.

Não é preciso ir longe, mas, definitivamente, é preciso mergulhar na Teoria Geral do Direito Privado. Por exemplo, registre-se a elucidativa perspectiva de Alfredo de Assis GONÇALVES NETO (2012, p. 147):

Deve-se considerar que as diversas teorias acima enunciadas não partem do mesmo ponto de observação. A sociedade pode resultar de um contrato; pode também ser criada por ato unilateral de vontade. De outro lado, é necessário também levar em conta que uma coisa é o resultado desejado (criação de um sujeito de direito); outra é o modo de produzi-lo ou obtê-lo (por contrato ou por ato unilateral); outra, ainda, é a sociedade numa visão dinâmica, isto é, o comportamento da sociedade depois de constituída, como agente de negócios jurídicos. (cabendo, aí falar-se em instituição, em contrato organização e, a meu sentir, em contrato normativo)

Em sentido semelhante é a lição de Fran MARTINS (1998, p. 187-188):

Em geral, na prática se costuma confundir a sociedade comercial, pessoa jurídica de direito privado, com o ato que a constitui. No entanto, são duas coisas diferentes: o ato, *que pode ser um contrato ou não*, é o elemento necessário para a formação da sociedade, sem o qual ela não existe. Pode esse ato ser *um contrato*, na acepção clássica do termo, ou seja, o acordo de duas ou mais pessoas com a finalidade de constituir, modificar ou extinguir obrigações, ou um *ato semelhante ao contrato*, que se chama *ato institucional*, para a realização do qual são exigidos alguns requisitos característicos dos contratos.

Essa distinção é muito significativa, pois, ao refutar a tese contratualista, SALOMÃO FILHO (1995, p. 54) se utiliza do seguinte argumento: “desaparecendo a pluralidade de sócios, não subsiste, para os contratualistas, nenhuma relação jurídica. Não existe, portanto, nenhum direito ou obrigação entre sócio e sociedade capaz de garantir a separação patrimonial e, conseqüentemente, justificar a limitação da responsabilidade”.

Porém, não é possível prosperar tal crítica à tese contratualista. Na verdade, houve uma confusão entre a pessoa jurídica da sociedade (sujeito de direito) com o contrato de sociedade que lhe deu origem, com o seu ato constitutivo (relação jurídica/negócio jurídico).

Com efeito, após a elaboração do contrato inicial e seu respectivo registro no órgão competente, a pessoa jurídica existe, de fato e de direito, até a sua extinção. O fato de ter sido desconstituído, episodicamente, a pluralidade de sócios, não significa que a pessoa abstrata e moral - o sujeito de direito - esteja extinta (o). Como visto no tópico anterior, a unipessoalidade superveniente é tolerada por prazo determinado.

De fato, a extinção da sociedade (pessoa jurídica), regra geral, se dá após o encerramento da sua liquidação, conforme disciplinam os dispositivos abaixo:

O art. 58 da Instrução Normativa nº 93, da Secretaria da Receita Federal:

Art. 58 - Considera-se extinta a pessoa jurídica no momento do encerramento de sua liquidação, assim entendida a total destinação do seu acervo líquido. (BRASIL, 1997)

O comando expresso no art. 219, da LSA:

Art. 219. Extingue-se a companhia:
I - pelo encerramento da liquidação;
II - pela incorporação ou fusão, e pela cisão com versão de todo o patrimônio em outras sociedades.

Por conseguinte, mostra-se evidente que ainda há relação jurídica entre o sócio remanescente e a sociedade (vista como uma pessoa jurídica), pois essa pessoa ainda não está extinta e existe de fato e de direito. Por outro lado, não há mais a sociedade vista como um negócio jurídico (o contrato de participação mútua entre duas ou mais pessoas que deu origem à pessoa jurídica). Mas, para que não seja extinta a pessoa jurídica, é preciso que o sócio ou acionista remanescente contrate com outra pessoa (contrato de sociedade), no prazo legalmente previsto, para reconstituir a unidade contratual, pressuposto da ideia inicial de uma reunião entre pessoas, apta a ser reconhecida como pessoa jurídica.

Caso não se faça isso, haverá o procedimento de dissolução e liquidação da sociedade (pessoa jurídica) e, posteriormente, a sua consequente extinção.

A relação contratual entre as pessoas (sócio e sociedade) e a relação contratual (entre os sócios) são relações jurídicas autônomas, pois a pessoa jurídica, depois de devidamente registrada, é um ser, para todos os fins do Direito, autônomo e independente dos seus sócios.

É necessário destrinchar isso um pouco mais para a fixação dos conceitos!

Inicialmente, é preciso entender o que é contrato de sociedade, ou seja, a sociedade vista como um negócio jurídico.

Como demonstrado no item 3.2), deste estudo, o conceito de sociedade partiu do Código de Manu, de 1.400ac., e foi desenvolvido como contrato desde os primeiros livros de Direito Comercial.

Ora, o primeiro livro de Direito Comercial em língua portuguesa já conceituava a sociedade como um contrato, como visto no conceito expresso pelo Visconde de Cayru, no item 3.2) acima citado. (LISBOA, 1963, p. 587).

Esse mesmo entendimento é manifestado por Pontes de Miranda e Carvalho de Mendonça, conforme se seguem os respectivos conceitos:

“O contrato pelo qual duas ou mais pessoas se vinculam, reciprocamente, a colimar fim comum, mediante co-atividade” (MIRANDA, 1965, p. 11)

“Contrato mediante o qual duas ou mais pessoas se obrigam a prestar certa contribuição para um fundo, o capital social, destinado ao exercício do comércio, com intenção de partilhar os lucros entre si”. (MENDONÇA, 1945, p. 50).

Esses conceitos muito se assemelham ao conceito legal previsto no art. 981, do atual Código Civil. Relembre-se-o:

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.

Não se trata de um simples apego ao tradicionalismo. Na realidade fática e concreta do País, quando se anuncia a alguém que se vai constituir uma sociedade, as primeiras perguntas que qualquer interlocutor faz são: qual será o objeto e quem serão seus sócios?

Exemplificando, pergunta-se: será que uma quadrilha de ladrões que roubam um banco não são sócios? Será que eles, ao arquitetar o plano de roubo e definir os quinhões de cada um, não faziam, mesmo com um objeto ilícito, uma sociedade?

Entende-se que sim! Em uma perspectiva de negócio jurídico, a sociedade é, SEMPRE, um contrato que se caracteriza pela união de duas ou mais pessoas no intuito de exercer uma atividade qualquer e partilhar, daí, o seu resultado.

Evidentemente, a sociedade criminosa exemplificada acima não terá validade nem eficácia no plano jurídico, como um negócio jurídico apto a ter o seu cumprimento exigido em uma lide processual. Todavia, é um contrato que existe. É um contrato que ultrapassa o plano da existência e esbarra no plano da validade, pois o seu objeto é ilícito.

Nesse escopo de sociedade, como um negócio jurídico, a teoria imbatível é a teoria do contrato plurilateral desenvolvida por Tullio Ascarelli e muito bem resumida por REQUIÃO (2003, p. 371). Segundo este, trata-se de um contrato que,

diferentemente do contrato bilateral, a prestação das partes é dirigida à consecução de um fim comum, podendo ter um número indeterminado de partes, titulares de direitos e obrigações comuns e não antagônicas.

Dentre suas principais características, também se destaca que, nos contratos plurilaterais, em virtude da inexistência de oposição de vontades, o inadimplemento de um dos contratantes “não torna, em princípio, ineficaz o acordo como um todo”. PIMENTA (2005, p. 19).

Não há dúvida de que as características, já sedimentadas, dos contratos plurilaterais se adéquam perfeitamente ao conceito de sociedade, sob a ótica de um negócio jurídico. Destarte, a existência de pessoas jurídicas também chamadas de sociedade não é capaz de alterar esse entendimento.

Mesmo as sociedades anônimas e as grandes corporações empresariais nascem de um acordo de vontade de duas ou mais pessoas, ou seja, em um negócio jurídico na sua acepção clássica. Enfim, partem de um contrato plurilateral.

A ideia de contrato plurilateral, inclusive, pode ser estendida para a compreensão de toda e qualquer espécie de parceria, seja empresarial ou de fato. Segundo PIMENTA (2005, p. 17), os contratos plurilaterais são a essência das parcerias empresariais ou *joint ventures*⁵².

Vale lembrar que o Direito é uma ciência social aplicada, que não pode se afastar da realidade empírica e fática em que se insere. Não há razão de se tentar, portanto, buscar outras formas de explicar essa espécie de negócio jurídico, sob pena de o Direito se afastar, ainda mais, da realidade social na qual se insere.

Portanto, o contrato de sociedade pode ser assim conceituado: *contrato plurilateral, no qual duas ou mais pessoas se reúnem para exercer uma atividade econômica organizada com o fim de distribuir, aos contratantes, as vantagens econômicas daí advindas.*

Já no que diz respeito ao ato constitutivo, capaz de criar uma pessoa jurídica, também chamada de *sociedade*, o tema fica um pouco mais complexo.

⁵² Segundo o mesmo autor (2005, p. 105) “sempre que dois ou mais empresários acordam e disciplinam mútua associação de capitais e recursos com o objetivo de realizar um projeto ou atividade comum, haverá *joint venture*”. Assim as *joint ventures* podem se constituir através da criação de sociedades personificadas, ou por contratos típicos, ou por contratos atípicos, mas todos sempre de natureza plurilateral.

O contrato de sociedade, como visto acima, tem aptidão de servir como um ato constitutivo de uma pessoa jurídica, mas para isso, vários são os requisitos exigidos pela Lei:

O contrato deve assumir a forma escrita; o seu objeto deve ser lícito; deve-se escolher um nome para a pessoa que será criada; deve-se definir um capital e a forma de realizá-lo; etc e etc. Além de tudo isso - e o mais importante - é necessário inscrever o contrato no registro competente com o fim de se obter a condição de pessoa dotada de personalidade própria e autônoma.

O registro tem papel constitutivo na formação de uma pessoa jurídica de direito privado. Como sabido, a existência legal das pessoas jurídicas de Direito Privado começa com a inscrição do seu ato constitutivo no respectivo registro, conforme normas expressas no art. 45 e 985, do Código Civil.

Exatamente por conta de todas essas formalidades, nem todo contrato de sociedade forma uma pessoa jurídica. Assim, o ato constitutivo da pessoa jurídica pode ser um contrato de sociedade, um contrato plurilateral como visto acima, revestido evidentemente das formalidades legalmente exigidas (um contrato social ou estatuto).

Por outro lado, também pode ser, como ocorre nas sociedades unipessoais, um ato unilateral de vontade de uma única pessoa.

Como visto, a subsidiária integral é constituída por uma só pessoa. Além disso, em sede de Direito Comparado, está amplamente difundido que as sociedades unipessoais são criadas por uma única pessoa, que pode ser, no caso do Direito Comparado, até mesmo uma pessoa natural.

Pela análise de Direito Comparado acima, a Alemanha simplesmente inseriu no seu artigo de regência da Lei das Sociedades Limitadas o termo “uma ou mais pessoas”.

Já a Lei francesa, italiana, portuguesa, colombiana e chilena, como visto, dividiram a possibilidade de constituição das sociedades em duas formas, estabelecendo que uma sociedade pode ser constituída por um *contrato* firmado entre duas ou mais pessoas ou por um *ato de vontade* de uma única pessoa, o que descaracteriza, por óbvio, a atribuição da natureza do ato constitutivo de uma sociedade como necessariamente um contrato plurilateral.

Porém esse ato de vontade é um ato jurídico *stricto sensu* ou um negócio jurídico unilateral?

Nesse ínterim, cabe a diferença entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico unilateral. Inicialmente, os dois são atos jurídicos em sentido amplo, pois derivam de um ato de vontade de uma única pessoa. Mas existem significativas diferenças entre os dois.

No ato jurídico em sentido estrito, os efeitos são diretamente vinculados à Lei. Dessa forma, não é possível fazer alterações de iniciativa da autonomia privada, como inserir condições, termos ou encargos. Há uma manifestação de vontade em fazer ou não fazer, mas, uma vez realizado o ato, automaticamente os seus efeitos são necessários. Como ensina FIUZA (2007, p. 201), ato jurídico *stricto sensu* “possui dois elementos: uma ação humana, combinada com o ordenamento jurídico”. Um exemplo típico de ato jurídico em sentido estrito é o registro de um filho.

Já o negócio jurídico unilateral possui os dois elementos acima citados, mas, além disso, há consequências advindas da própria autonomia privada do seu autor. Conforme ensina João Baptista VILLELA (1982, p. 264): “Relativamente ao negócio o agente pode, em primeiro lugar, praticá-lo ou abster-se de fazê-lo. E depois, se opta por praticá-lo, dar-lhe o conteúdo específico e a forma que livremente eleger.”

Como exemplo de negócio unilateral, tem-se um testamento, no qual é possível definir o destino do patrimônio do seu autor, encargos, condições e outros efeitos, derivados exclusivamente da vontade do testador.

Nesse sentido, as sociedades unipessoais têm, como natureza dos seus atos constitutivos, *um negócio jurídico unilateral*, pois neste ato é possível, por exemplo, determinar o seu prazo de duração, podendo ser certo ou incerto, com condição suspensiva ou condição resolutiva; definir quais serão os órgãos internos; estabelecer qual será a forma da administração; designar a pessoa que irá administrar a sociedade e as suas respectivas competências e limitações; definir o(s) objeto(s) social(is); estabelecer o capital; dispor se haverá a extinção ou a continuidade da sociedade no caso de morte do seu titular, dentre outras manifestações exclusivamente derivadas da autonomia privada.

Discorrendo sobre a Sociedade Por Quotas Unipessoal de Portugal, o doutrinador luso Ricardo Alberto Santos COSTA (2002, p. 354) entende que a sociedade unipessoal se constitui mediante “um *negócio unilateral* como acto fundador”.

Assim, o ato constitutivo da sociedade, como uma pessoa jurídica, pode ser conceituado como um *contrato plurilateral ou negócio jurídico unilateral apto a constituir uma sociedade*. Saliente-se que não há nenhuma necessidade de atribuir ao ato constitutivo da sociedade, nem a condição de uma instituição, nem tampouco qualificá-lo como um contrato organização ou contrato normativo!

Por conseguinte, não há nenhuma necessidade de se criar novos institutos jurídicos, mormente pelo fato de não ser a atual situação inexplicável em face dos institutos jurídicos já consagrados pela doutrina pátria. Isso possivelmente tenha o condão de afastar o Direito do próprio corpo social em que está inserido, o que não é recomendável, tendo em vista a própria necessidade de se democratizar o acesso ao Direito.

Em outras palavras, para que o Direito seja acessível à comunidade na qual se insere, deve ser concebido de maneira que o homem comum seja capaz de compreendê-lo. Não é preciso, portanto, em uma tentativa de ser pseudo-original, “criar” nenhum novo instituto para “aperfeiçoar” ou “modernizar” a ciência jurídica.

Para tanto, entende-se aqui que os atos constitutivos das sociedades sempre serão contratos plurilaterais ou negócios jurídicos unilaterais. Já no que se refere à natureza da sociedade após o registro, não há também nenhuma necessidade de “invencionices”. Trata-se de uma pessoa jurídica de Direito Privado, um Sujeito de Direito, com todos os atributos inerentes a sua existência autônoma.

Como as outras pessoas jurídicas, ainda neste entendimento⁵³, é *uma realidade institucional reconhecida pelo Direito*, independente do ato que a instituiu. Sua existência autônoma inicia-se com o registro e extingue-se após a sua liquidação.

Quando a perspectiva é exclusivamente a das sociedades unipessoais, trata-se de um sujeito de direito, uma pessoa jurídica, criada por um negócio jurídico unilateral. Nunca pode ser explicada na acepção de um contrato plurilateral, enfim, como negócio jurídico.

A sociedade unipessoal, dentre as pessoas jurídicas, é necessariamente uma espécie de sociedade. Assim é que, levando-se em consideração as sociedades unipessoais, conclui-se que as sociedades em geral, enquanto pessoas jurídicas e sujeitos de Direito, reconhecidas não só no Brasil, mas também no Direito

⁵³ Veja-se item 3.4) *supra*.

Comparado, podem ser conceituadas como *pessoa jurídica de direito privado criada por um contrato de sociedade ou por um negócio jurídico unilateral com o objetivo de exercer uma atividade econômica organizada e distribuir ao(s) seu(s) titular(es) as vantagens econômicas daí advindas.*

Porém, o Direito nacional possui algumas peculiaridades que precisam ser ainda mais pormenorizadas quando o assunto é sociedades unipessoais.

Ora, como visto, a subsidiária integral só pode ser constituída por outra sociedade. Para a sua constituição, a condição *sine qua non* é a deliberação de uma pluralidade de acionistas, titulares das ações ou quotas da sociedade controladora que, por conta disso, possuem a prerrogativa de decidir quais rumos serão traçados por essa pessoa coletiva que controlam, na busca de execução eficiente do seu objeto social.

Os rumos poderão ser, por exemplo, constituir (constituição originária) ou adquirir a totalidade das ações de uma sociedade já existente (constituição derivada), para formar uma subsidiária integral, mediante um ato unilateral de uma sociedade já existente.

Assim, até mesmo a subsidiária integral reúne faticamente - de forma indireta, é verdade - a característica de ser uma pessoa jurídica formada por um grupo de pessoas que desejam, através da exploração de uma empresa, obter e repartir os seus resultados financeiros e econômicos, pois é evidente que a sociedade detentora do poder de controle da subsidiária integral acorda/decide em constituí-la⁵⁴.

Sobre isso, vale reproduzir o posicionamento de Romano CRISTIANO (1986,p. 38),ao aduzir que a subsidiária integral é formada por “uma única pessoa sendo, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, um conjunto de pessoas.”

Nesse diapasão, a unipessoalidade, neste ordenamento, tendo em vista apenas as subsidiárias, é uma unipessoalidade, necessariamente derivada de uma outra pessoa coletiva⁵⁵, não sendo uma unipessoalidade autêntica instituída por uma única e exclusiva pessoa singular.

⁵⁴ Mesmo que o administrador tenha prerrogativa de instituir, sem a necessidade de deliberação assemblear uma subsidiária, fará isso em nome de uma coletividade de pessoas que representa, no exercício regular do seu mandato.

⁵⁵ As subsidiárias integrais podem constituir outras subsidiárias, mas em um escalonamento vertical. Necessariamente no topo haverá uma sociedade composta por duas ou mais pessoas.

Portanto, ainda há que se respeitar, no Direito brasileiro, pelo menos até aqui, a orientação geral e sedimentada na doutrina de Direito Privado nacional, na qual as sociedades devem ser ainda classificadas como grupo de pessoas, uma universitas personarum.

Isto posto, significa que a subsidiária integral é uma rara exceção em um universo gigantesco da noção de sociedade enquanto pessoa jurídica no País e ela reúne, indiretamente, uma coletividade de pessoas representadas pela sociedade controladora.

Finalmente, só será possível admitir as sociedades brasileiras como algo diferente do que um agrupamento de pessoas, se for feito um trabalho *de lege ferenda*, pois essa interpretação não se mostra adequada para o Direito nacional posto, levando-se em consideração exclusivamente as subsidiárias integrais.

Entretanto, é possível alterar este entendimento se for considerado que a EIRELI seja uma sociedade unipessoal, pois se assim o for, possivelmente seja preciso reformular o atual conceito sobre sociedade no Direito brasileiro. Mas isso só será abordado no estudo da sua natureza jurídica, no *item 4.5*, abaixo, pois, antes de discorrer sobre a sua natureza, é preciso entender como ela se inseriu no ordenamento jurídico nacional.

4.3 As tentativas frustradas de limitar a responsabilidade dos comerciantes no Brasil

Evidentemente, o avanço e a difusão das sociedades unipessoais e empresas individuais de responsabilidade limitada pelo mundo refletiram em solo brasileiro. Segundo Sylvio Marcondes, a primeira tentativa de inserção de limitação de responsabilidade para o comerciante brasileiro foi uma “iniciativa tomada no Parlamento Nacional pelo deputado Freitas e Castro, o qual apresenta à Câmara, em 1947, projeto que ‘permite a constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada’” (MACHADO, 1956, p. 90). De acordo com Maria Antonieta LYNCH (2009, p. 219 - 222), tratava-se do PL 201, cuja justificção o referido deputado apontava os benefícios da limitação de responsabilidade na ajuda ao desenvolvimento econômico e, por conta disso, e pelo princípio da isonomia, não era cabível que duas pessoas pudessem limitar a sua responsabilidade, enquanto que, uma pessoa, isoladamente, arriscava a totalidade do seu patrimônio.

Contudo, o projeto não teve sequer o seu mérito discutido, pois não passou do exame das preliminares de oportunidade e conveniência da inovação. A Comissão de Constituição e Justiça o julgou inoportuno por considerar que as leis vigentes poderiam aguardar, sem prejuízo, a “reforma do Código de 1850” (MACHADO, 1956, p. 92). Já a Comissão de Indústria e Comércio declarou a sua inconveniência por entender ser muito perigoso à limitação da responsabilidade do comerciante e, também, por não se ter nenhum proveito em se ser inovador ao iniciar essa “audaz reforma do Direito Comercial”(MACHADO, 1956, p. 92).

Após a iniciativa do deputado Freitas Castro, houve muitas outras tentativas de regulamentação normativa da matéria, que passaram pela simples modificação do art. 1, da Lei das Sociedades Limitadas, de 1919, abrindo a possibilidade de ela ser constituída por “uma ou mais pessoas”, na década de 1980(CARMO, 1989, p.43). Houve um projeto enviado ao Congresso pelo então Presidente da República, Fernando Collor, a pedido do seu então Ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, em 1991 (ROCHA FILHO, 2004, p. 106 – 110). Outra tentativa foi feita pelo projeto de reforma da lei das sociedades limitadas, de 1999, capitaneada por Arnaldo Wald (LYNCH 2009, p. 224 – 227). Também o foi pela tentativa de se inserir o instituto no Código Civil de 2002, através de emendas ao seu texto, conforme informa MARSHALL (2002, p. 42).

Mais recentemente, o instituto estava contemplado também no PL n° 2.730/03, de autoria do deputado Almir Moura, que é muito semelhante ao projeto inicial de EIRELI, pois inseria o instituto no art. 985-A, e criava uma autêntica sociedade unipessoal, que poderia ser “constituída por um único sócio, pessoa singular ou coletiva, que é o titular da totalidade do capital” (CERVO, 2006, p. 73). Na mesma toada, o projeto n° 3.667/04, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR), previa, em seu art. 13, que “a sociedade limitada pode ser constituída por um único sócio, que seja pessoa física residente no País”. Além dessas, também houve o projeto n° 5.805/05, do deputado Antônio Carlos Mendes Thame (PSDB-SP), que criava o “empresário individual de responsabilidade limitada” (CERVO, 2006, p. 73).

Entretanto, nenhum desses projetos chegou a ser posto em pauta de votação pelo Congresso Nacional, sendo que todos foram posteriormente arquivados.

A tentativa mais significativa - quase bem sucedida, pois chegou a ser aprovada pelo Poder Legislativo - foi a que previa a inserção do instituto no art.

69, do Estatuto das Micro Empresas (LC 123/06), este que merece uma análise mais detida.

O projeto que gerou a Lei Complementar nº 123/06 tinha como fundamento criar incentivo aos pequenos e médios empreendedores que, dentre outras coisas, iriam obter a possibilidade de ter o seu regime de tributação simplificado. No corpo desse Estatuto, existia a figura do Empreendedor Individual de Responsabilidade Limitada. Assim estava expresso o artigo original do projeto de Lei:

Subseção II

Do Empreendedor Individual de Responsabilidade Limitada

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.

Note-se que o artigo não atribuía personalidade jurídica ao instituto. Também limitava a sua utilização ao empresário, ou seja, à pessoa física, enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Conforme explica LYNCH (2009, p. 232), “sem dúvida o dispositivo significava um importante avanço em matéria econômica, mas é inquestionável que sua redação merecia críticas”. Por essa via, a autora afirma que o instituto deveria ser regulamentado amiúde para a proteção de terceiros contra o aumento e a diminuição injustificada de capital, de toda operacionalização da publicidade e outras questões mais específicas.

O fato é que o art. 69, a despeito da sua forma lacônica de regulamentar a matéria, foi aprovado nas duas Casas Legislativas. Porém, foi vetado pelo presidente do Poder Executivo que, dentre as suas razões (apud LYNCH, 2009, p. 228 -229), destacou que não era oportuno, naquele momento, alterar disciplinas do Código Tributário Nacional, alegando, inclusive, uma possível inconstitucionalidade da via de alteração. Também argumentou-se que não caberia à administração pública fiscalizar os desvios de finalidade e confusão patrimonial. Por fim, estipulou que a sua criação deveria ficar condicionada a uma análise mais profunda sobre o tema e, oportunamente, que se “apresente uma proposta que contemple as alterações normativas adequadas para o fim desejado”, qual seja limitar a responsabilidade do empresário.

Perceba-se que algumas das razões do veto são inconsistentes. Uma delas foi a referência à inconstitucionalidade da via de alteração do CTN, pois o estatuto das Micro Empresas entrou em vigor com força de Lei complementar, um meio capaz de alterar o Código Tributário. Ademais, mudou, em concreto, algumas regulamentações deste mesmo Código. Assim, as primeiras razões são descabidas.

Outrossim, quando se refere à necessidade de fiscalização da administração pública nos possíveis desvios de finalidade e confusões patrimoniais, sabe-se que a penetração no patrimônio separado ou a desconsideração da personalidade jurídica depende de decisão judicial. Por isso, não há nenhuma necessidade de fiscalização apriorística da administração pública.

Porém, cabe considerar alguma razão ao se delegar a elaboração da norma condicionada a um debate mais profundo, através de uma proposta com regulamentação mais exaustiva da matéria.

O fato é que o veto do Executivo não foi derrubado pelo Congresso e, assim, mais uma vez, não foi possível ter o comerciante a sua responsabilidade limitada no Brasil, situação que só foi alterada pela entrada em vigor da Lei 12.441/11, proveniente do Projeto de Lei 4.605/09.

4.4 O Projeto de Lei 4.605/09 até a sua conversão na Lei 12.441/11

O Projeto de Lei nº 4.605/09 deu origem à nova Lei da EIRELI. (BRASIL, 2009). Ele foi proposto pelo deputado federal Marcos Montes (DEM-MG), em 4 de fevereiro de 2009. Tinha, naquele momento inicial, o seguinte teor:

Art. 985-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por um único sócio, pessoa natural, que é o titular da totalidade do capital social e que somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade.

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

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

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

§ 4º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada os dispositivos relativos à sociedade limitada, previstos nos arts. 1.052 a 1.087

desta lei, naquilo que couber e não conflitar com a natureza jurídica desta modalidade empresarial. (BRASIL, 2009)

Na justificação da sua proposta, o deputado Marcos Montes tomou “a liberdade de reproduzir o ótimo artigo publicado na Gazeta Mercantil de 30 de junho de 2003, pág. 1 do caderno ‘Legal e Jurisprudência’, sob o título ‘Sociedade limitada e a nova lei’, de autoria do Prof. Guilherme Duque Estrada de Moraes.” (BRASIL, 2009)

No artigo reproduzido, havia referência expressa à consagração do instituto na Europa, como também à sugestão de existência, no País, de diversas “*sociedades-faz-de-conta*”, nas quais a pluralidade de sócios era constituída apenas para suprir a exigência legal de constituição de sociedade para a limitação da responsabilidade.

Aduzia também que as regras de proteção das minorias expressas no Código Civil iriam dificultar a administração dessas sociedades, elevando os custos da administração pública em processos desnecessários, o que não ocorreria se houvesse, para o comerciante, a possibilidade de exercício individual da empresa.

No dia 12 de fevereiro de 2009, a mesa diretora da Câmara recebeu o PL 4605/09, determinou sua tramitação como ordinária e o encaminhou à apreciação da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio.

Em 08 de abril de 2009, ocorre um fato que mudaria radicalmente a história da EIRELI. A mesa diretora da Câmara defere o apensamento do PL 4.953/09 ao PL 4.605/09, pois referiam-se à mesma matéria.

O projeto 4.953/09 havia sido apresentado pelo deputado Eduardo Sciarra (DEM-PR), em 31 de março de 2009, e possuía o seguinte teor:

Art. 44.

VI – os Empreendimentos Individuais de Responsabilidade Limitada (ERLI).

CAPÍTULO III

Dos Empreendimentos Individuais de Responsabilidade

Limitada

Seção I

Constituição

Art. 980-A. Qualquer pessoa física que atenda ao disposto no art. 972, que exerça ou deseje exercer, profissionalmente, a atividade de empresário, poderá constituir Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada (ERLI).

§ 1o O patrimônio do EMPREENDIMENTO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA é próprio e distinto do de seu titular.

§ 1o Uma pessoa física só pode ser titular de um único Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada.

§ 2o O Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, subsidiariamente, pelas normas previstas para os empresários individuais e, no que couber, para as sociedades limitadas.

Seção II

Da Inscrição

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 casado;

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 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.

Seção III

Do Capital

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.

Seção IV

Da Administração

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.

Seção V

Da Responsabilidade do Titular de Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada

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.

Seção VI

Da Prestação de Contas

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.

Seção VII

Da Remuneração pela Atividade

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.

Seção VIII

Da Dissolução e Liquidação

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, 2009b)

Notem-se diferenças significativas nos dois projetos. No primeiro, há uma nítida prevalência pela ideia de sociedade unipessoal, por inserir o instituto no art. 985, e também por conter algumas disposições consagradas no Direito societário, como, por exemplo, ao se referir em concentração de quotas de “*outra modalidade societária*”, “*razão social*”, “*patrimônio social*”, “*único sócio*”, além da utilização subsidiária das regras das sociedades limitadas. (BRASIL, 2009)

Já o projeto posteriormente apensado tratava a matéria de maneira muito mais exaustiva, regulamentando-o de forma pormenorizada e, idealizando a constituição de uma nova espécie de pessoa jurídica diferente da sociedade, previa sua inserção no art. 44, bem assim a utilização subsidiária das regras do empresário individual. Além disso, evitou utilizar-se de termos que remetessem a qualquer ideia de sociedade, como no art. 980-C, que trata do capital sem mencionar o termo “social”. (BRASIL, 2009b)

Em 14 de maio de 2009, o relator da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, deputado Guilherme Campos (DEM-SP), apresenta à comissão o seu projeto substitutivo, que pouco alterou o projeto inicial do deputado Marcos Montes. Apenas sugeriu a alteração da sigla de EIRL para ERLI, por esta ser “de mais fácil pronúncia e memorização”, e também a retirada, no §3º, do termo “*Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda*”, substituindo-o apenas por “*Secretaria da Receita Federal do Brasil.*”

Em 27 de maio de 2009, o deputado André Zacharow (PMDB-PR) sugere a seguinte emenda ao substitutivo apresentado pelo relator, deputado Guilherme Campos:

§ 5º 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)

Constata-se, então, que somente através desse pedido de emenda é que foi sugerida a inclusão expressa das atividades intelectuais no rol dos objetos suscetíveis de serem organizados pela então ERLI.

Diante desse pedido de emenda, o relator, deputado Guilherme Campos (DEM-SP), apresenta novo substitutivo acatando o pedido de André Zacharow. Contudo, faz a seguinte sugestão de modificação: “*exclui-se, do texto, a palavra “intelectual”, pois já implícita nos trabalhos que menciona, e inclui-se, explicitamente, a palavra “desportiva”, para acomodar os casos mencionados, essencialmente dos atletas de destaque, seja tal distinção de expressão internacional ou apenas local.*”

Assim, o projeto de Lei 4.605/09 foi aprovado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio com a seguinte redação:

Art. 985-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por um único sócio, pessoa natural, que é o titular da totalidade do capital social e que somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade.

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

§ 2º A firma da empresa individual de responsabilidade limitada deverá ser formada pela inclusão da expressão "ERLI" 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 Brasil.

§ 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.

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de natureza científica, literária, jornalística, artística, cultural ou desportiva 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)

Em 26 de agosto de 2009, a Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público atravessa petição requerendo a revisão do despacho inicial por entender que a matéria seria da sua competência e não da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio. O pedido, porém, foi indeferido pela mesa diretora da Câmara em 08 de outubro de 2009, sob a alegação de que a matéria era mais afeita ao desenvolvimento econômico do que ao trabalho e serviço público. (BRASIL, 2009)

Em 11 de março de 2010, foi designado o deputado Marcelo Itagiba (PSDB-RJ) para relatar o projeto na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e abriu-se prazo para eventuais emendas ao substitutivo aprovado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio.

No dia 05 de agosto de 2010, o deputado Marcelo Itagiba (PSDB-RJ) apresenta o seu parecer - destacando inicialmente que não houve nenhum pedido formal de emenda - e frisa não haver nenhuma inconstitucionalidade formal ou material, como também nenhuma antijuridicidade, tanto nas propostas iniciais, quanto no seu substitutivo aprovado na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio.

No mérito, concorda com a iniciativa; porém, apresenta algumas sugestões para a proposta “*ser ainda mais aperfeiçoada, razão pela qual apresento novo substitutivo.*” Este que, definitivamente, modificou de maneira sensível a regulamentação do instituto, misturou os dois projetos apresentados pelos deputados Marcos Montes e Eduardo Sciarra em um substitutivo que apresenta diversas falhas e contradições.

No seu substitutivo, apresenta as seguintes sugestões de alteração, com as respectivas justificativas:

1) a inclusão em novo título, I-A, “Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”, logo após o art. 980, passando assim, do art. 985-A para o art. 980-A. (localização anteriormente sugerida pelo projeto nº 4.953/09, do deputado Eduardo Sciarra);

2) ajuste no art. 44, prevendo o instituto no rol das pessoas jurídicas, para dar maior “*sistematicidade ao texto*”. (sugestão também prevista no projeto nº 4.953/09, do deputado Eduardo Sciarra);

3) com a mesma justificativa de “*sistematicidade ao texto*”, alteração no parágrafo único do art. 1033 do Código Civil, para que constasse “*esta nova modalidade de empresa*”;

4) substituição do termo “sócio”, já que “*a terminologia “sócio”, na medida em que esta palavra significa aquele que se associa a outro numa empresa, a nosso ver, deve ser evitada, já que, na espécie, será impossível referida associação*”. Assim, retirou o termo do *caput* do artigo;

5) exclusão do termo “*razão social*” e sua substituição pelo termo “*firma ou denominação social*”, pois mais alinhado ao art. 1.158, do Código Civil;

6) substituição da sigla ERLI por EIRELI para “*dar melhor sonoridade e correspondência entre a sigla e a figura jurídica que ora se disciplina*”;

7) adoção de capital social mínimo de 100 Salários Mínimos, com o fim de garantir um aporte razoável de recursos na empresa.

8) por último, em seu voto, a constituição da EIRELI para prestar serviço “*de qualquer natureza*”, com o fim de dar maior amplitude ao objeto da nova figura e evitar uma interpretação casuística e restritiva ao instituto, especificamente sobre o seu § 5º.

Com essas modificações sugeridas, o relator Marcelo Itagiba (PSDB-RJ) apresenta um novo substitutivo, que assim estava redigido:

Art. 44.....

VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada

LIVRO II

TÍTULO I-A

DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Art. 980-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 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.

Art. 1.033

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira no Registro Público de Empresas Mercantis a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código. (BRASIL, 2009)

Registre-se, a essa altura, que o substitutivo do Relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania é praticamente o mesmo texto aprovado pelo Congresso. No seu substitutivo já há a supressão do termo “pessoa natural” do caput do art. 980-A.

Essa supressão, mesmo sendo o centro do debate deste estudo, não foi sugerida nem pelo autor do PL 4.605/09, nem pelo autor do PL 4.953/09. Tampouco por nenhum pedido formal de emenda de qualquer deputado ou senador.

A supressão do termo “pessoa natural”, do *caput*, partiu do substitutivo apresentado pelo seu relator, deputado Marcelo Itagiba (PSDB-RJ).Ocorreu no momento da elaboração do seu parecer e seu respectivo substitutivo, que visava a

“*aperfeiçoar*” o texto do projeto na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, da Câmara Federal.

Entretanto, o mesmo relator não explicou por qual motivo houve a omissão no *caput* do art. 980-A, ou seja, se foi para permitir a sua constituição por outras pessoas jurídicas, ou se foi apenas para extrair a sua limitação à constituição apenas por pessoa natural do *caput* para o § 2º do art. 980-A, da Lei.

O fato é que, após o seu parecer, o projeto continuou a sua regular tramitação e a limitação à constituição por pessoa natural jamais voltou ao *caput* do artigo. Fato que gera, evidentemente, enorme insegurança jurídica.

Anote-se, também, que o deputado suprimiu o termo “sócio” do *caput* e redirecionou o instituto para o art. 44 e 980-A, se afastando da ideia inicial de Marcos Montes - a de criar uma sociedade unipessoal - mas manteve diversas palavras que induzem a crer que se trata, ainda, de uma espécie de sociedade como, por exemplo, “*outra modalidade societária*”, “*razão social*”, “*patrimônio social*”, “*capital social*” e aplicação subsidiária das regras das sociedades limitadas. Deixou, assim, uma árdua tarefa para a doutrina em explicar se se trata de sociedade unipessoal ou não.

Explicitamente, há diversas contradições na gênese do substitutivo apresentado pelo deputado Marcelo Itagiba (PSDB-RJ), mas, infelizmente, não foram posteriormente corrigidas pelos legisladores.

O seu substitutivo foi aprovado e, posteriormente, no Senado Federal, não houve nenhuma alteração significativa. Dessa maneira, após a sua aprovação nas duas Casas, foi remetido à sanção presidencial em 20 de junho de 2011.

Em 12 de julho de 2011, foi publicado no Diário Oficial veto da Presidente da República ao § 4º do art. 980-A, pelas seguintes razões:

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)

Decerto, era possível que o termo “em qualquer situação” levasse a interpretações extensivas da limitação da responsabilidade. Outrossim, a aplicação subsidiária das regras das sociedades limitadas permite realmente que seja suposta

a limitação da responsabilidade do titular da EIRELI nos mesmos parâmetros já sedimentados àquele tipo social.

Contudo, entende-se que o dispositivo não era capaz de afastar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica prevista no Art. 50 do Código Civil e, infelizmente, “o veto abrangeu a segunda parte do preceito, que aludia a uma importante declaração de bens anual, cuja falta contribui para prejudicar o controle da efetividade do capital” (GONÇALVES NETO, 2012, p. 131).

De toda sorte, como o veto não foi derrubado, a Lei brasileira, nº 12.441, de 11 de julho de 2011, entrou em vigor com a seguinte redação final:

Art. 44.

 VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.
 " (NR)

LIVRO II

TÍTULO I-A

DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

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 em uma única empresa dessa modalidade.

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

§ 4º (VETADO).

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

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

..... "
 "Art. 1.033.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código." (BRASIL, 2011)

Cabe agora entender quais são as características principais do instituto e, por questões didáticas, é preferível iniciar com a sua natureza jurídica.

4.5 A natureza jurídica EIRELI brasileira

Como visto no tópico acima, a Lei 12.441/11, que inseriu a EIRELI no Código Civil, é produto de uma mistura mal sucedida de dois Projetos de Lei muito diferentes.

O projeto inicial de Marcos Montes se inclinava em conceber uma autêntica sociedade unipessoal, no ordenamento nacional. Na sua exposição de motivos e justificativa do projeto de Lei, ele assim se manifestou:

Por que esperamos tanto nesta Casa para disciplinar esse **novo modelo de sociedade empresária** em nosso País, que, por certo, trará grandes contribuições e incentivará a formalização de milhares de empreendedores que atuam em nossa economia de maneira desorganizada e sem contribuir devidamente para a arrecadação de impostos. (BRASIL, 2009, p. 5)

Por outro lado, o projeto de Eduardo Sciarra, em sentido oposto, criava uma nova pessoa jurídica diferente das sociedades.

O projeto mais parecido com a atual Lei, sem dúvida, é o projeto de Marcos Montes, pois o de Eduardo Sciarra era muito mais minucioso, mas foi deste último que partiu a supressão do termo sócio, do *caput* do artigo da Lei e redirecionou o instituto para os arts. 44 e 980-A.

Contudo, do projeto inicial mantiveram-se palavras que induzem a acreditar referirem-se, ainda, a uma espécie de sociedade, como, por exemplo: “*outra modalidade societária*”, “*denominação social*”, “*capital social*” e aplicação subsidiária das regras das sociedades limitadas. Assim, há uma dúvida que visa a identificar se a EIRELI é ou não é uma sociedade unipessoal.

Inicialmente, é preciso saber se há diferença em classificar a EIRELI como sociedade unipessoal, ou não. Enfim, se há motivos para sustentar a sua adequabilidade nos dois segmentos, pois caso não haja, é até mesmo inócuo debater sobre isso e classificá-la entre um dos dois institutos.

De sorte que, antes de definir se a EIRELI é ou não uma sociedade unipessoal, é preciso ver se há realmente diferenças entre sociedades unipessoais

com outras formas de pessoas jurídicas criadas para limitar a responsabilidade do seu titular.

Isso porque, na gênese do instituto, só se a constatava sob duas formas. Nesse momento, a referência é à personificação ou não de uma pessoa jurídica para auferir a autonomia patrimonial.

Em sede na doutrina, em vista principalmente do atual Direito europeu, duas correntes foram formadas: as teorias conhecidas como teoria do patrimônio separado (ou patrimônio de afetação), e a da sociedade unipessoal.

Veja-se a lição de FÉRES (2003, p. 180 - 181):

As distinções entre uma e outra teoria são nítidas, podendo ser assim resumidas: a) a teoria do patrimônio não cria um novo sujeito de direito, subsistindo apenas a pessoa natural, enquanto, na sociedade unipessoal, há um novo sujeito, a pessoa jurídica; b) na teoria do patrimônio separado, há dois patrimônios: um pessoal e outro empresarial, mas ambos de um mesmo sujeito; na sociedade pessoal, há também dois patrimônios, contudo um é pessoal do sócio único e outro é da pessoa jurídica; c) para os credores, sob a teoria do patrimônio separado, há um único sujeito, a pessoa natural, e somente o patrimônio separado oferece respaldo às obrigações empresariais; na sociedade unipessoal, a sociedade responde com todo o seu patrimônio por suas obrigações.

Realmente, na Europa, foco do estudo de FÉRES (2003), quando criados os institutos, eram concebidos somente como pessoas jurídicas societárias ou como patrimônios de afetação de uma pessoa natural.

No Brasil, tendo em vista o disposto no art. 44, a EIRELI é, sim, uma pessoa jurídica personificada e, nesse sentido, o legislador pátrio se afastou do modelo de simples afetação patrimonial, criando efetivamente uma pessoa jurídica autônoma.

A EIRELI possui todos os requisitos aptos a ser considerada como uma pessoa jurídica. Por ora, o Brasil adota uma postura minimalista, na qual mínimos são os requisitos de analogia capazes de alçar um instituto à condição de Pessoa Jurídica, como visto⁵⁶.

A EIRELI é uma autêntica pessoa jurídica, pois é uma realidade pré-existente, no sentido de que as sociedades fictícias e unipessoais de fato já existem na prática mercantil, conforme amplamente já demonstrado neste estudo. Além disso, possui sentido de obra a realizar e um fundamento “in re”, nos termos definidos pelas

⁵⁶ Para maiores detalhes sobre o conceito de pessoa jurídica, veja-se o Item, 3.4, supra.

teorias institucionais, como interesse independente, dado ao interesse social e autônomo que gira em torno de qualquer pessoa jurídica constituída.

Como realidade e instituição, é reconhecida efetivamente pelo ordenamento, conforme o art. 44. Dessa forma, para todos os efeitos legais, é um sujeito de direito dotado de personalidade jurídica própria.

Diante dessa situação, o legislador abandonou definitivamente as propostas de patrimônio separado já por diversas vezes sugeridas no País, em projetos de Lei como o que inseria o instituto no estatuto das Micro Empresas. Sugeridas também na literatura jurídica nacional, como por exemplo, na tese de Wilges Ariana BRUSCATO (2005, p. 296) e no estudo de Sylvio Marcondes MACHADO (1956, p. 284). Foram, ainda, utilizadas em outras legislações alienígenas, como no estabelecimento individual português e na empresa individual paraguaia.

Contudo, em termos práticos, existe diferença entre sociedade unipessoal e uma outra forma de empresa dotada de personalidade jurídica própria?

Pergunta-se isso porque, conforme entende SALOMÃO FILHO (1995, p. 40) “Caso se queira insistir na forma não-societária, a solução mais aceitável e realista parece ser a de uma organização tão vizinha à sociedade e dotada de uma capacidade jurídica tão ampla, que chamá-la ou não de sociedade torna-se uma questão terminológica.” Mas, será mesmo apenas uma questão terminológica?

Entende-se que não. Ora, caso fosse aprovado o texto concebido pelo deputado Eduardo Sciarra, se teria, efetivamente, uma figura jurídica afastada, e muito, das regras das sociedades. Tanto que a utilização subsidiária, prevista naquele projeto, era aquela prevista para o empresário individual e as formas de administração, remuneração, características do capital e etc. Ihe eram próprias e definidas em artigos de Lei específicos da espécie. Em ato contínuo, o seu autor evitou se utilizar de termos corriqueiros do Direito societário.

Portanto, não há dúvida de que o seu projeto visava instituir uma figura completamente diferente da sociedade, não apenas em termos terminológicos.

Na verdade, para saber se há ou não diferença entre sociedade unipessoal e outras formas de pessoas jurídicas, não se pode ter uma visão reducionista do próprio Direito, ouse tentar conceber a doutrina pátria como uma simples reprodução do Direito Europeu.

Conforme muito bem acentua José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA, criticando a posição doutrinária nacional (1979, p. 93) “tem-se mantido o Direito dos nossos

países latino americanos como mero reflexo do que em terras da Europa se escreve e se produz.”

Assim, é preciso mergulhar dentro do Direito Positivo brasileiro e da própria doutrina nacional, a fim de conceituar a EIRELI, sem se reduzir a uma simples reprodução do que foi escrito nas terras d'além-mar.

Destarte, concorda-se com LYNCH (2009, p. 217), que informa a possibilidade de dividir os meios técnicos de constituição de pessoas jurídicas em dois grandes grupos ou categorias:

- i) a adoção de uma instituição autônoma;
- ii) a adoção da sociedade unipessoal.

Na literatura jurídica nacional, vários autores já concebiam e defendiam a personificação da empresa individual de responsabilidade limitada ou de figuras correlatas distintas da sociedade.

No seminal artigo *Estabelecimento Autônomo*, de Trajano de Miranda VALVERDE (1943, p. 19), o mestre assim se coloca:

Convém, pois, que o direito positivo autorize, com as devidas cautelas a pessoa, natural ou jurídica, a criar estabelecimentos autônomos, separando, para êste fim, de seu patrimônio bens ou valores, com a faculdade de limitar a sua responsabilidade até determinada soma.
Nenhum inconveniente advirá em se dotar o estabelecimento autônomo de personalidade jurídica, como, aliás, ocorre com as fundações. Caminharemos, talvez, mais rapidamente, com essa solução, para a separação da empresa do seu dono.

Em sentido semelhante, já se posicionava também SIDOU (1964, p. 47), no seu livro *“Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”*, da seguinte maneira:

Concordamos com que empresa é um conceito econômico, não jurídico. Mas poderá sê-lo, se a lei reconhecer-lhe uma personalidade (...). Desde que a lei faça da empresa uma pessoa jurídica, como fêz a fundação, ela integrará, sem malquistar o elenco das pessoas jurídicas, porque “a empresa se cria” (tal como a fundação) pela unidade que se imprime aos valores que a formam e se reconhece pelo nexu orgânico que os vincula a certo fim.

Além desses, em sentido semelhante, Romano CRISTIANO (1982, p. 154) argumenta que o empresário hoje é apenas um *elemento da empresa* e assim defendeu a personificação de empresa.

Já COSTA (1983, p. 34), informa ser mais adequado terminologicamente a utilização da “*Empresa Unipessoal*”.

Outrossim, Edson ISFER (1996, p. 178) sugere a personificação da Empresa, pois “tal entendimento resolveria a questão da limitação de responsabilidade do comerciante individual e da sociedade unipessoal, eis que estariam imunes da responsabilidade os titulares”.

Ora, sublinhe-se que até mesmo o primeiro Projeto de Lei proposto no País, de autoria do deputado Freitas e Castro, em 1947, ou seja, há mais de 65 anos, já previa a constituição da “*Empresã Individual de Responsabilidade Limitada*” dotada de personalidade jurídica própria (LYNCH, 2009, p. 222).

Em sentido semelhante, as legislações do cone sul das Américas também preferiram, inicialmente, dotar de personalidade outros institutos que não eram concebidos como sociedades, como ocorreu no Equador, Colômbia e Chile.

Portanto, é possível verificar que existe, de fato, no Brasil, uma corrente doutrinária robusta no sentido de promover a regulamentação da limitação da responsabilidade dos empreendimentos unipessoais, através da personificação de outros institutos, principalmente a própria *Empresa*⁵⁷.

Mais do que questões terminológicas ou apego à tradição de sociedade como um contrato, sempre que foram criadas ou sugeridas, essas novas espécies de pessoas jurídicas, elas detinham características próprias e específicas, criadas à sua espécie. A maior delas é a necessidade de ser constituída exclusivamente por uma só pessoa, enquanto no âmbito societário, apesar de, às vezes, necessitar dar publicidade a essa condição, a unipessoalidade é sempre uma faculdade.

Inobstante, é preciso reconhecer que vários doutrinadores nacionais sugeriam a adoção de modelos de sociedades unipessoais. Em consonância com o que ocorreu na Europa, assim se posicionam CARMO (1989, p. 43), SALOMÃO FILHO (1995, p. 40) e MARSHALL (2002, p. 234).

Ou seja, quando se adota o modelo de sociedade unipessoal, apesar de essa condição trazer no seu bojo regulamentações específicas desta peculiaridade, o conceito de sociedades passa a estender também a unipessoalidade permanente e autêntica, não apenas derivada de outra sociedade - como no caso das subsidiárias

⁵⁷ A explicações relacionadas a utilização da “*Empresa*” na nomenclatura da EIRELI será vista no item. 4.6 *infra*.

integrais brasileiras - ou temporária, precária e incidental, como no caso das demais sociedades nacionais.

Diante disso, constata-se que há, efetivamente, diferenças entre a sociedade unipessoal e a adoção de outros institutos personificados para o exercício unipessoal do comércio.

Contudo, no Brasil, o legislador não se posicionou claramente entre um ou outro lado da balança. Como visto no início deste tópico, incluiu uma nova figura no rol das pessoas jurídicas do art. 44, mas se inclinou em alguns momentos à forma societária na adoção de termos típicos das sociedades. Disso deriva formar-se, no País, duas correntes de pensamento após a entrada em vigor da Lei da EIRELI.

Alguns entendem que se trata de uma autêntica sociedade unipessoal. Segundo Fábio Ulhoa COELHO (2012, p. 409), “a interpretação sistemática do Direito positivo conduz à conclusão de que não se trata de nova espécie de pessoa jurídica, mas do *nomem juris* dado à sociedade limitada unipessoal.” E assim, durante toda a sua explanação da matéria, se refere à EIRELI como *sociedade limitada unipessoal*.

Em sentido semelhante, Gladston MAMEDE (2013, p. 22) afirma:

Tenho firme convicção de que as pessoas jurídicas de Direito Privado podem ter três naturezas jurídicas essenciais: associações, sociedades e fundações. Fundações são constituídas a partir de bem ou bens jurídicos; associações e sociedades são constituídas por pessoas. Distinguem-se, pois a sociedade permite a apropriação de resultados positivos (superávit ou saldo positivo) por seus sócios.

Seguindo esse raciocínio, organizações religiosas e partidos políticos têm natureza jurídica de associações, embora com particularidades que justificaram fossem elencadas, em apartado, nos incisos IV e V do citado artigo 44. Na mesma linha, a empresa individual de responsabilidade limitada é uma sociedade unipessoal (sociedade de um só sócio), particularidade que justificou seu tratamento em separado, por meio do inciso VI.

Outrossim, na V Jornada de Direito Civil (apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012), promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em 2012, houve mais dois participantes que sugeriram enunciados reconhecendo a EIRELI como uma sociedade unipessoal.

O primeiro foi Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 213), que sugeriu o seguinte enunciado: “A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) é um tipo de sociedade e pode ser

constituída para o exercício de atividade empresarial ou não, tendo em vista a disposição do § 5º do art. 980-A, do Código Civil.”

Na sua justificativa, assim esclarece a sua posição:

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), embora disciplinada em Título próprio (I-A), é uma sociedade unipessoal. Não se trata de um ente personificado distinto como faz crer o acréscimo do inc. VI ao art. 44. A redação do art. 980-A denota claramente a opção do legislador por criar uma sociedade de tipo próprio (unipessoalidade permanente, capital mínimo e totalmente integralizado na constituição, aditivo EIRELI ao nome empresarial), especialmente nas seguintes passagens: **capital social** (caput), **denominação social** (§ 1º) e **outra modalidade societária num único sócio** (§ 3º). Note-se que já era possível a constituição de subsidiária integral antes do advento da EIRELI, embora com a exigência de sociedade brasileira como único acionista.

Em sentido semelhante, na mesma V Jornada de Direito Civil, Graciano Pinheiro de Siqueira (apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 217), sugeriu o seguinte enunciado:

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), fazendo as vezes da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, é uma pessoa jurídica de direito privado da qual poderão se valer o empresário e o não empresário, que, para tanto, farão seu registro, respectivamente, perante o Registro Público de Empresas Mercantis e o Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Na sua justificativa, aduz que, na nova Lei:

Cria-se, aparentemente, no direito pátrio, a tão sonhada “sociedade unipessoal de responsabilidade limitada”, (...) em que pesem posições divergentes no sentido de que a EIRELI é uma pessoa jurídica de direito privado *sui generis* ou um patrimônio de afetação dotado de personalidade jurídica. O certo é que essa nova modalidade de pessoa moral poderá fazer, no mínimo, muito bem, às vezes da “sociedade unipessoal de responsabilidade limitada.” A propósito, do próprio texto legal se conclui que a EIRELI seja uma nova espécie societária, pois manterá ela **capital social, firma ou denominação social, patrimônio social**, podendo resultar de **outra modalidade societária**. A EIRELI é, por assim dizer, uma derivação da sociedade limitada, tanto que as regras desta, no que couber, àquela se aplicam (§ 6º do art. 980-A).

Por outro lado, em uma corrente diametralmente oposta, outros autores entendem que a EIRELI não é uma sociedade.

Segundo André Luis Santa Cruz RAMOS (2012, p. 44), “preferiu o legislador, porém, seguir outro caminho. A EIRELI não é um empresário individual nem uma

sociedade unipessoal: trata-se de uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado, que se junta às outras já existentes.”

No mesmo sentido é a posição de Mônica GUSMÃO (2012, p. 84), conforme explicitana sua justificativa:

Entendo que a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada tem natureza de pessoa jurídica de direito privado. NÃO é uma sociedade apesar, de a Lei admitir a aplicação das regras das sociedades limitadas. É certo que toda sociedade tem natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado, mas a recíproca não é verdadeira. O conceito de sociedade pressupõe a pluralidade de sócios, o que não acontece na EIRELI, pois a pessoa natural é seu único integrante.

Para Carlos Henrique ABRÃO (2012, p. 01), “não há se confundir a empresa individual com aquela própria societária, isso porque o legislador, ao mesclar os modelos, não logrou constituir, propriamente dito, uma interface societária, mas, precisamente, o negócio empresarial destinado ao modelo de atividade de responsabilidade limitada”.

Outrossim, Alfredo de Assis GONÇALVES NETO (2012, p.126), identifica a EIRELI como algo diverso do empresário e da sociedade empresária, conforme suas palavras:

A segunda característica é a inserção no cenário jurídico nacional e *novo personagem*, de uma nova pessoa (jurídica), distinta do empresário e da sociedade empresária, que se interpõe entre aquele que pretende dedicar-se ao comércio com risco pessoal calculado e a clientela, para o fim de limitar sua responsabilidade ao patrimônio destinado à atividade econômica assim exercida.

Já Marlon TOMAZETTE (2012, p. 54) também se mostra relutante ao conceber a EIRELI como sociedade unipessoal. Ele assim se coloca:

O teor dos dispositivos introduzidos deixa claro que a opção legislativa brasileira não foi a das sociedades unipessoais, uma vez que a EIRELI é expressamente colocada como uma nova pessoa jurídica. Do mesmo não se optou pelo sistema do patrimônio de afetação, pois nenhum dos dispositivos introduzidos faz referência à segregação patrimonial. Portanto, o sistema adotado no Brasil foi o sistema de personificação da empresa que, apesar das acertadas críticas, é um sistema legítimo de limitação da responsabilidade no exercício individual da empresa.

Igualmente, na mesma V Jornada de Direito Civil, também houve sugestões de enunciados que identificavam a EIRELI como uma pessoa diversa da sociedade.

Uma das propostas de enunciado, de Wilges Bruscato (apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 205) foi assim formulada: “Todas as alusões à **sociedade**, como o adjetivo **social**, usados nos dispositivos em questão devem ser tidos por não escritos.”

Em sua justificativa, afirma que “não foi utilizada a técnica da sociedade unipessoal para a limitação da responsabilidade do empresário individual e sim, a da separação patrimonial. Disso decorre que, qualquer menção à **sociedade** se representa atécnica, gerando discussões estéreis e complexidades desnecessárias.” (BRUSCATO apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 205)

Outra sugestão foi a de André Melo Gomes Pereira (apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 203), que assim sugeriu: “A Lei 12.441/2011, ao acrescentar o inc. VI, ao art. 44, do Código Civil, criou nova modalidade de pessoa jurídica, devendo-se entender a expressão “empresas”, à luz da Teoria da Empresa, como “empresário”, distinta do empresário individual e da sociedade empresária.”

Essas propostas, que identificam a diversidade entre a EIRELI e as sociedades, prevaleceram na V Jornada de Direito Civil, que aprovou os seguintes enunciados:

Enunciado nº 469, referente aos Arts. 44 e 980-A: *A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado.*

Enunciado nº 472, referente ao Art. 980-A: *É inadequada a utilização da expressão “social” para as empresas individuais de responsabilidade limitada*

Nessa mesma perspectiva, a I Jornada de Direito Comercial, (apud AGUIAR JÚNIOR (Coord.), 2012), que reuniu vários doutrinadores de Direito Comercial do Brasil entre os dias 22 a 24 de outubro de 2012, aprovou o seguinte enunciado:

Enunciado nº 3. *A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.*

Igualmente, dado ao exposto no atual art. 44 e às conclusões enunciadas nas duas Jornadas de estudo jurídico (V Jornada de Direito Civil e I Jornada de Direito Comercial), os manuais de Direito Civil mais atualizados também já classificam a EIRELI como uma nova espécie de pessoa jurídica. Confirmam-se as palavras de Flávio TARTUCE (2013, p. 131):

Conforme conclusão dos juristas que participaram da V Jornada de Direito Civil, a EIRELI não é sociedade, mas um novo ente personificado (Enunciado nº 469). No mesmo sentido o Enunciado nº 3, da I Jornada de Direito Comercial, realizada em 2012. A natureza jurídica especial do instituto está presente no fato de ser a pessoa jurídica constituída por apenas uma pessoa, o que quebra com a noção de alteridade, tão comum à concepção de pessoa coletiva.

Diante do exposto, há que se concordar com esta segunda corrente de pensamento. Entende-se que a EIRELI é uma nova pessoa jurídica neste ordenamento e não se trata de uma sociedade unipessoal.

Ora, ao inserir a EIRELI no rol das pessoas jurídicas no art. 44 e retirá-la do art. 985-A para o art. 980-A e, também, ao suprimir o termo sócio do *caput* do artigo da Lei, com a justificativa expressa de que “*aquela que se associa a outro numa empresa, a nosso ver, deve ser evitada*” (BRASIL, 2009), as palavras do deputado Marcelo Itagiba, ao apresentar essas modificações, podem ser consideradas como uma interpretação autêntica da norma, em vista da consagração de uma nova figura jurídica relativamente afastada da sociedade.

Assim, de maneira apressada e incompleta, é verdade, o deputado Marcelo Itagiba efetivamente retirou a EIRELI do âmbito societário e a colocou como uma nova espécie de pessoa jurídica. Portanto, é equivocado qualquer argumento de que houve uma intenção do legislador em criar uma sociedade unipessoal.

Acerca disso, não se pode negar que o projeto inicial do deputado Marcos Montes contemplava essa intenção. Mas, sem dúvida, não foi essa a intenção do substitutivo apresentado pelo deputado Marcelo Itagiba que, ao final, prevaleceu na Lei em vigor.

Malgrada a utilização de termos como capital social e denominação social, demonstrando incapacidade técnica e incompetência legislativa, tais referências são incapazes de modificar o entendimento de que se trata efetivamente de uma nova pessoa jurídica alheia à sociedade.

Para dirimir as eventuais dúvidas ainda existentes, vale o argumento da pena de Romano CRISTIANO (1986, p. 17):

Ninguém pode ser e não ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto; de forma que ninguém pode, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto, ser uma única pessoa e um conjunto de pessoas. Desnecessária porque, quando a realidade sócio-econômica muda, também o ordenamento jurídico deve sofrer modificações. Afinal, o direito é meio, não fim; é apenas instrumento de convivência social. Quando, em época relativamente recente, apareceu nova máquina com capacidade de navegar não pelo mar,

mas pelo ar (o avião), não foi, por certo, dado a ela o nome de “navio”, nem foram aplicadas a ela as regras obre navegação marítima. Não compreendemos, pois, o motivo pelo qual – tal como se uma lei nos obrigasse, ainda hoje, a usar a toga dos antigos romanos – devemos continuar usando roupagem societária para algo que já perdeu a natureza de sociedade.

É perfeita a colocação de CRISTIANO (1986, p. 17), pois, realmente, nada pode ser e não ser ao mesmo tempo. Ora, como a EIRELI pode ser uma sociedade unipessoal e, ao mesmo tempo, não ser sociedade, pela força normativa do atual art. 44 do Código Civil? Como é possível uma compreensão diversa da EIRELI pelos destinatários do Código?

Constate-se que não só o art. 44 corrobora com isso. A leitura da nova redação do art. 1.033, do Código Civil, deixa clara e evidente a impossibilidade da EIRELI ser uma sociedade, conforme se segue:

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;

Portanto é indiscutível que a pluralidade de sócios ainda é exigida nas sociedades em geral. Para evitar a dissolução da empresa, o sócio remanescente deverá reconstituir a pluralidade de participantes do capital da sociedade, ou “transformar⁵⁸” o seu registro de sociedade para o de empresário individual ou EIRELI.

Ou seja, mudar a espécie de pessoa à frente da empresa.

Além do art. 44 e do art. 1.033, a análise sistemática do Código Civil também corrobora com esse entendimento, pois, após a edição da nova Lei, o Livro “Do Direito de Empresa” está dividido não mais em quatro, mas em cinco títulos, a saber: Título I “Do Empresário”; Título I-A “Da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”; Título II “Da Sociedade”; Título III “Do Estabelecimento” e, finalmente, o Título IV “Dos Institutos Complementares”.

Constata-se, assim, que a nova sistemática do livro da empresa separa a EIRELI tanto da natureza de empresário individual, regulamentado no Título I, quanto das sociedades, regulamentadas no Título II. Ao inserir o novo Título I-A, o legislador consagrou que a EIRELI é uma nova espécie de pessoa jurídica no

⁵⁸ O conceito de transformação será analisado no item 4.6.3) desta tese.

cenário nacional, não se confundindo nem com o empresário individual, nem com as sociedades.

Não é a doutrina que submete a Lei, ao contrário, a doutrina deve tentar demonstrar e explicar o que está previsto no Direito Positivo. A doutrina não é legisladora, é intérprete da norma posta.

Por isso, enquanto no exterior existem autênticas sociedades unipessoais, aqui no Brasil é muito mais adequado e didático conceber a EIRELI como uma nova forma de pessoa jurídica e, a partir dessa premissa, diferenciar esta pessoa das outras pessoas jurídicas existentes no País, inclusive as sociedades. Não restam dúvidas de que, apesar de utilizar subsidiariamente as regras das sociedades limitadas, a EIRELI possui características próprias e bem definidas pelo legislador.

Diante de tal prerrogativa, é possível conceituar a EIRELI como *pessoa jurídica de direito privado constituída através de um negócio jurídico unilateral para o exercício de uma atividade econômica organizada com o fim de auferir, ao seu titular, as vantagens econômicas daí advindas.*

Diante dessa natureza, passa-se a analisar as características específicas da EIRELI.

4.6 As Características principais da EIRELI

Vistos a natureza e o conceito da EIRELI, cabe agora diferenciá-la das outras formas de pessoas jurídicas existentes no ordenamento nacional, com o fim de dar a esta nova pessoa os seus contornos específicos.

Para tanto, é preciso descrever suas principais características, começando-se inicialmente com a classificação desta nova pessoa jurídica de Direito Privado.

4.6.1 A Classificação da pessoa jurídica

A classificação da pessoa jurídica serve para diferenciar as pessoas entre si consideradas. Isso com o fim de, didaticamente, inserir as nuances desta nova espécie junto aos destinatários do Código Civil e aos operadores do Direito em geral.

Assim, inicialmente se destaca que a EIRELI é uma pessoa jurídica de Direito Privado, concebida e constituída pela autonomia privada de uma pessoa e se submete, por consequência lógica, às regras de Direito Privado.

Quanto à estrutura interna, as pessoas jurídicas de Direito Privado se dividem em *universitas bonorum* (unidade de patrimônio) ou *universitas personarum* (unidade de pessoas).

A EIRELI é uma *universitas bonorum*, esta que, segundo a doutrina, se caracteriza quando a “estrutura interna é composta de um patrimônio destinado, afetado, a uma finalidade específica que lhe dá unidade, como são as fundações”.(CHAVES e ROSENVAL, 2007, p. 268)

Realmente, a EIRELI se apresenta como um patrimônio afetado a uma atividade, exatamente como ocorre nas próprias sociedades unipessoais, pois, segundo afirma COSTA (2002, p. 354), na sociedade por quotas unipessoal portuguesa, o titular irá “*destacar certos bens do resto do patrimônio e afectá-los a uma certa actividade através de uma nova pessoa jurídica.*”

Trata-se de um conjunto de bens que adquire a qualidade de sujeito de direito (GONÇALVES NETO, 2012, p. 128).

Ainda quanto à estrutura interna, a EIRELI se diferencia da estrutura da fundação e das entidades religiosas, pois, na EIRELI, o seu titular não se desvincula do patrimônio afetado e tem, sobre esta, o domínio da prática de negócios jurídicos extintivos, translativos e constitutivos de direitos. Enquanto nos outros, após a sua instituição, aquele que afetou o patrimônio se desvincula da pessoa jurídica e não pode exercer, sobre a universalidade patrimonial, nenhum ato de domínio privado nem de disposição.

Não pode ser considerada como conjunto de pessoas, pois será constituída necessariamente por uma única pessoa. Nesse sentido, se diferencia das sociedades em geral, das associações, dos partidos políticos, que se caracterizam por serem entidades criadas sempre por duas ou mais pessoas.

Quanto à finalidade, a EIRELI é constituída com o fim de distribuir a seu titular as vantagens financeiras do exercício de alguma atividade econômica lícita. Sua finalidade não é altruísta, social ou de caridade. Há na EIRELI, necessariamente, uma preponderância do interesse econômico-financeiro do seu titular.

Desse modo, a EIRELI irá exercer uma atividade econômica e, com o lucro obtido deste exercício, o seu titular terá direito a uma retribuição pecuniária através

do direito de retirada do valor excedente do seu capital. Outrossim, caso seja liquidada, o eventual saldo remanescente deve ser atribuído ao seu titular.

Nesse diapasão, a EIRELI se diferencia da fundação, dos partidos políticos, das organizações religiosas e das associações, que não visam a repartir nem distribuir lucros aos seus componentes.

Destarte, é fácil perceber que a EIRELI é, realmente, uma pessoa jurídica diferenciada das demais previstas no ordenamento jurídico nacional. Possui, portanto, características próprias e específicas que não param na sua classificação, pois as suas nuances a diferenciam das outras pessoas também por outros motivos, como se verá abaixo.

4.6.2 A nomenclatura adotada pelo legislador

Ao inserir o instituto no ordenamento brasileiro, o legislador optou pela utilização do termo *empresa* na nomenclatura do instituto.

Evidentemente, se está diante de um conflito conceitual da *empresa* em face do seu conceito vigente no resto do livro da Empresa, no Código Civil.

Ora, é sabido que o Código Civil, ao adotar a Teoria da Empresa, optou por inserir definitivamente o seu perfil funcional ao ordenamento vigente e, nesse sentido, toda a doutrina comercialista nacional hoje concebe a Empresa como uma “*atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços*”. Já o empresário, é normalmente concebido como “*pessoa física ou jurídica que exerce a empresa*”.

Assim, uma das controvérsias apontadas na edição da Lei da EIRELI reside exatamente na imprecisão do legislador em optar por utilizar o termo empresa na sua nomenclatura. Ora, será que uma Empresa pode ser também um Empresário?

Em sentido semelhante, assim também questiona MAGALHÃES e FREIRE JÚNIOR, (2012):

“Talvez por infelicidade terminológica não fora observado que empresa é atividade, então como limitar a responsabilidade de uma atividade?”

Em oportuno desabafo, RAMOS (2012, p. 43) aduz que “Nós, autores e professores de Direito Empresarial, sempre explicamos aos nossos leitores e alunos a distinção entre empresa (atividade econômica organizada) e empresário (pessoa

que exerce a atividade econômica organizada). Infelizmente o legislador não conhece tal distinção”.

Obviamente, foi uma opção inadequada do legislador, que poderia se utilizar de outros termos como *empreendimento*, por exemplo, esse foi, inclusive, o termo sugerido no projeto do deputado Eduardo Sciarra.

Contudo, na verdade, a utilização do termo empresa, tornando-a um referencial autônomo de imputação normativa e um sujeito de direito, de certo modo não é, de todo, surpreendente.

Vários autores já sugeriam isso, desde o primeiro Projeto de Lei brasileiro, do deputado gaúcho Freitas e Castro, em 1947, como também SIDOU (1964, p. 47), CRISTIANO (1982, p. 154), COSTA (1983, p. 34) e ISFER (1996, p. 178).

Outrossim, várias legislações optaram também pela utilização de “Empresa” na nomenclatura dos seus empreendimentos unipessoais, como na França e nos países do cone sul como Peru, Paraguai, Colômbia, Chile e Equador⁵⁹.

Na verdade, é possível conviver com o fato de a empresa se tornar uma pessoa jurídica.

Paula Andrea FORGIONI (2012, p. 105 a 107) explica muito bem que a empresa, de certa maneira, é vista no ordenamento brasileiro como um centro de imputação normativa.

Para tanto, demonstra a sua posição, citando os seguintes enunciados legais:

Consolidação das Leis do Trabalho:

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

Código Civil:

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Nova Lei da Ordem Econômica, Lei 12.529/11:

⁵⁹ Maiores informações no *item 3.6, supra*.

Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.”

Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.”

Além destes dispositivos trazidos pela autora, percebe-se que o mesmo ocorre também no Código de Processo Civil, como se vê:

Art. 475-Q. Quando a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, poderá ordenar ao devedor constituição de capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão. (...)

§ 2º O juiz poderá substituir a constituição do capital pela inclusão do beneficiário da prestação em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, ou, a requerimento do devedor, por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado de imediato pelo juiz.

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (...)
VII - percentual do faturamento de empresa devedora.

Observa-se, portanto, que, na legislação, o termo empresa é muito difundido no seu perfil subjetivo.

Em sentido semelhante, GONÇALVES NETO (2012, p. 123) assim se manifesta:

Personaliza-se a empresa? Sim, o que não é novidade, porque, embora a opção do Código Civil tenha sido vê-la sob o ponto de vista funcional, o fato é que o termo também é utilizado entre nós como sinônimo de sociedade empresária (de que são exemplos a empresa pública, as empresas de grande ou pequeno porte etc.).

Certamente não é nenhuma surpresa que o legislador não tenha optado por apenas uma forma de utilização do termo. Ora, na legislação brasileira, o termo empresa também pode ser vislumbrado até mesmo como um objeto de Direito, como no Código de Processo Civil, por exemplo:

“Art. 678: A penhora de empresa, que funcione mediante concessão ou autorização, far-se-á, conforme o valor do crédito, sobre a renda, sobre determinados bens ou sobre todo o patrimônio, nomeando o juiz como depositário, de preferência, um dos seus diretores.”

“Art. 708. O pagamento ao credor far-se-á: (...)

III - pelo usufruto de bem imóvel ou de empresa.”

Outrossim, na atual Lei de Falências, Lei 11.101/05, essa acepção objetiva também pode ser vislumbrada:

Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:
I – alienação da empresa, (...)

Veja-se, portanto, que realmente a empresa tem diversos perfis e é, assim, um “conceito de um fenômeno poliédrico” (ASQUINI, 1996, p. 109). Por essa razão, a EIRELI é uma clara expressão do sentido e perfil subjetivo do termo “*empresa*”.

Segundo muito bem esclarece ASQUINI (1996, p. 114), as leis, por vezes, consideram “a palavra em sentido subjetivo como sinônimo de empresário”.

Trata-se, aqui, deste perfil: como um sinônimo ou espécie de empresário em que o termo empresa, da nomenclatura da EIRELI, está inserido! Não deve ser entendida como a personificação de uma atividade!

Também não pode ser confundida como um objeto de Direito, como um estabelecimento. Um objeto ou coisa capaz de ser penhorada ou alienada.

Como visto, a EIRELI tem natureza de sujeito de Direito, é uma pessoa jurídica! Uma realidade institucional autônoma do seu titular, como qualquer pessoa jurídica!

Como defendido em sua classificação, entende-se que se trata de uma universalidade patrimonial afetada a determinada atividade econômica, dotada de personalidade jurídica própria.

Assim, correta é a posição de GUSMÃO (2012, p.86) quando aduz que “não é crível que uma atividade assuma responsabilidade. O sujeito de direitos e obrigações é a pessoa jurídica de direito privado, e não a empresa”.

Realmente, o sujeito de Direito é a EIRELI, a pessoa jurídica regularmente constituída, não é a empresa!

Portanto, a EIRELI exerce uma empresa e se apresenta como um empresário. Ou seja, uma pessoa jurídica (sujeito de direito) no exercício de uma atividade econômica.

Em que pese às corretas críticas, trata-se de um meio hábil de promover a limitação de responsabilidade dos empreendimentos unipessoais com a formação de uma pessoa jurídica dotada de autonomia patrimonial.

4.6.3 A constituição da EIRELI

A constituição da EIRELI pode-se dar de diversas formas. A exemplo das subsidiárias integrais, a EIRELI pode ter *constituição originária ou derivada* (TOMAZETTE, 2012, p. 56). A primeira situação ocorre quando a EIRELI é constituída para o início da atividade. Ou seja, quando uma determinada pessoa, querendo exercer uma atividade econômica, decide, *ab initio*, exercer essa atividade de maneira individual, constituindo uma EIRELI.

Já a constituição derivada ocorre quando a atividade já era explorada por outra pessoa e depois há a opção de converter-se em uma EIRELI. Pode ser derivada de uma sociedade já existente, na qual houve, por qualquer motivo, a concentração da totalidade das quotas em um único sócio, conforme previsto expressamente nos art. 980 – A, § 3º e no Parágrafo Único do art. 1.033, ambos do Código Civil. Como também pode ser derivada de uma pessoa natural, que iniciou a sua atividade como empresário individual e, posteriormente, deseja alterar o regime jurídico de sua responsabilidade através da constituição de uma EIRELI. Neste caso, mesmo sem haver a permissão expressa no Código Civil, o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) publicou instrução normativa nº 118/11, na qual há a regulamentação pormenorizada dessa modalidade de constituição da EIRELI. (BRASIL, 2011)

Em ambos os casos de constituição derivada, a nova pessoa criada irá, sem a necessidade de dissolução ou liquidação, absorver o patrimônio já utilizado no exercício da empresa. Assim, a EIRELI poderá manter a atividade antes exercida pela outra espécie de pessoa. Outrossim, EIRELI deverá ser a sucessora dos direitos e das obrigações do antigo titular da empresa. Além disso, deve ser considerado que há uma sub-rogação automática das relações jurídicas vinculadas ao exercício da atividade econômica do seu antigo titular.

No tocante às obrigações já existentes ao tempo da conversão, a EIRELI deve responder da mesma forma do ente que a constituiu. Ou seja, no caso de uma constituição derivada de um empresário individual, as obrigações existentes antes da conversão deverão assumir caráter de obrigações com responsabilidade ilimitada do seu titular. Lado outro, em caso de conversão derivada de uma sociedade, as obrigações deverão assumir caráter compatível com o tipo de sociedade convertida.

A constituição derivada pode ser entendida como uma espécie de *transformação sui generis ou transformação imprópria*.

O legislador pátrio, mais uma vez, também não foi feliz na redação, tanto do § 3º do art. 980 – A, quanto do Parágrafo único do art. 1.033.

No primeiro caso, porque manteve a expressão “outra modalidade societária”, o que denota um apego à sociedade unipessoal idealizada no projeto inicial, como já comentado.

Já no Art. 1033, Parágrafo Único, três impropriedades foram cometidas. Primeiro, manteve o termo “cotas”, figura estranha ao resto do Código, que sempre se refere a “quotas” nos outros dispositivos da Lei (GONÇALVES NETO, 2012, p. 304). A segunda impropriedade se expressa na utilização exclusiva da conversão no “Registro Público de Empresas Mercantis”, como será visto no momento de explicar a natureza das atividades da EIRELI. Já a terceira impropriedade foi à utilização do termo “transformação”.

Diz-se isso, pois a transformação possui o seguinte conceito legal expresso na Lei 6.404/76, no “Art. 220 - A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.”

Contudo, no caso de constituição derivada da EIRELI, não há apenas uma modificação tipológica de uma sociedade, mas, sim, uma efetiva constituição de uma nova espécie de pessoa jurídica, diferente daquela que exercitava o comércio anteriormente.

Como ilustração disso, é correta a proposta de enunciado da V Jornada de Direito Civil, feita por Mauricio Moreira Mendonça de Menezes (apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 209), que assim manifestou a sua sugestão: “Trata-se de transformação imprópria àquela prevista no art. 968, § 3º e no art. 1.033, parágrafo único, do Código Civil, não se confundindo com a figura da transformação em sentido estrito, relacionada exclusivamente ao fenômeno societário.”

Em vista dessa sugestão, a V Jornada de Direito Civil aprovou o seguinte enunciado:

Enunciado nº 465 referente aos Arts. 968, § 3º, e 1.033, parágrafo único: “A *“transformação de registro” prevista no art. 968, § 3º, e no art. 1.033, parágrafo único, do Código Civil não se confunde com a figura da transformação de pessoa jurídica.*”

De fato, a transformação em sentido estrito é aquela prevista na Lei das Sociedades Anônimas, instituto exclusivo para o direito societário. Já a transformação imprópria ocorre quando há uma conversão, sem liquidação, não apenas de um tipo societário para outro, mas, sim, de uma espécie de pessoa para outra espécie de pessoa.

Destarte, a chamada transformação de registro pode representar uma ampliação do próprio conceito de transformação. Na verdade, diante da força normativa do Art. 968, § 3º⁶⁰ e Parágrafo Único do Art. 1.033, pode ser interessante reformular o conceito da transformação com o fim de abraçar essas novas possibilidades de conversão de pessoas no exercício das atividades econômicas.

Parece mais didático entender o conceito de transformação de maneira mais estendida, a simplesmente negar que há uma transformação, pois isso acarretará muitos transtornos doutrinários e judiciais, visto que o conteúdo legal previsto na norma posta é inegável.

Decerto, mesmo se podendo diferenciar transformação de pessoa jurídica de transformação de registro, o instituto da transformação deve ser entendido, na doutrina de Direito Empresarial, como um instituto hábil para alterações tipológicas de sociedades e também nas alterações de espécies de pessoas no exercício de uma atividade econômica.

Com efeito, é possível contemplar a possibilidade da conversão sem liquidação, e a sucessão e sub-rogação dos direitos, deveres e relações jurídicas do ente convertido para o ente transformado, especificamente aquelas derivadas do exercício da empresa.

Contudo há uma ressalva no que toca a transferência, a título de integralização, dos bens imóveis na EIRELI. Como sabido, a transferência do bem imóvel se opera mediante o respectivo registro no cartório da situação do bem. Assim, como há uma verdadeira transformação em uma nova espécie de pessoa jurídica, a transferência de domínio do imóvel deve ser devidamente escriturado e averbado à margem da matrícula do bem, para produzir todos os seus efeitos legais. Enquanto que na simples transformação societária, como não há a formação de uma

⁶⁰ *In verbis:*

Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:

(...)

§ 3º 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.

nova espécie de pessoa jurídica, apenas alteração tipológica, é desnecessário qualquer medida junto ao cartório do imóvel. Efetivamente, nesses casos, não há alteração da propriedade do bem.

4.6.4 O ato constitutivo da EIRELI

O ato constitutivo da EIRELI, a exemplo do ato constitutivo das sociedades unipessoais em geral, é um ato unilateral de vontade. Diferentemente do que prega Fábio Ulhoa COELHO (2012, p. 410), que defende que “o ato constitutivo da EIRELI deverá ser o contrato social”, entende-se aqui que, como se trata de um ato de vontade de uma única pessoa, possui natureza de *negócio jurídico unilateral*. Não se trata de nenhuma espécie de contrato, muito menos de um ato jurídico em sentido estrito.

Este também é o entendimento de GONÇALVES NETO (2012, p. 127) que assim se manifesta:

O ato constitutivo da empresa individual de responsabilidade limitada é uma declaração unilateral de vontade e como tal deve ser tratado. Enquadra-se, portanto, no gênero dos negócios jurídicos unilaterais. Para sua validade é preciso que seja praticado por agente capaz, que tenha finalidade lícita ou não vedada por lei e que observe a forma e o conteúdo mínimos legalmente previstos para produzir os efeitos desejados. Afasta-se, assim, da normativa dos contratos (unilateral, bilateral ou plurilateral), mesmo do modernamente denominado contrato-organização, porquanto não possui o pressuposto do acordo de vontades para seu nascimento.

Efetivamente, a ausência de acordo de vontades desvirtua o instituto do gênero dos contratos. Dessa forma, não há, na sua constituição, nem contrato-organização, nem contrato plurilateral.

Trata-se de um negócio jurídico unilateral, pois seu titular pode estipular várias consequências desse ato. Consequências derivadas da sua exclusiva autonomia privada. Assim, é diferente do ato jurídico em sentido estrito, no qual as consequências jurídicas são necessariamente derivadas da Lei, sendo ausente a possibilidade de consequências advindas da autonomia daquele que pratica o ato de vontade⁶¹.

⁶¹ A diferenciação entre Ato Jurídico em sentido estrito e o Negócio Jurídico Unilateral pode ser melhor compreendida no *item, 4.2*, acima.

Os reflexos da autonomia privada do titular da EIRELI são nítidos. Este pode definir se ela terá prazo determinado ou não; se será administrada pelo próprio titular ou não; no caso de estipulação de um terceiro como administrador, pode definir sua competência e as limitações das suas atribuições; definirá também qual será o seu objeto; o capital e como será realizado (bens ou dinheiro); enfim, diversas opções derivadas exclusivamente da sua autonomia, afastando assim, o seu ato constitutivo, da simples noção de um ato jurídico *stricto sensu*.

Quanto à possibilidade de ser constituída por incapaz, em sentido oposto do que descrito na citação acima, Marlon TOMAZETTE (2012, p. 55), entende que, como as EIRELIs são submetidas às regras das sociedades limitadas, “à luz do art. 974, § 3º CC, o incapaz poderá ser titular da EIRELI desde que seja devidamente assistido ou representado e não exerça funções de administração.”

Realmente, como a integralização imediata é requisito explícito das EIRELIs e esta se submete às regras das limitadas, não há nenhum empecilho legal, para a constituição da espécie por pessoa incapaz desde que atenda os requisitos expressos no § 3 do art. 974 CC.

Todavia, sem nenhuma justificativa, a instrução normativa nº 117 do DNRC aprovou o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI. No Item 1.2.10, desse manual, impede que o incapaz constitua EIRELI. Assim, na prática mercantil, está sendo proibida a instituição de EIRELI para aqueles que não são dotados de capacidade plena. (BRASIL, 2011, p. 12)

Outrossim, todos aqueles impedidos de serem empresários e de exercerem a administração das sociedades, conforme expresso no art. 1.011, do Código Civil, poderão constituir EIRELI, mas não poderão nela figurar como administradores.

Este ato de constituição deverá conter, sob pena de invalidade e de não ser aceito no órgão competente, o nome empresarial escolhido, que poderá ser uma firma ou denominação, acompanhada necessariamente, ao seu final, pelo termo “EIRELI”; a qualificação completa do seu titular; o seu objeto; a pessoa natural incumbida da administração da EIRELI⁶²; a sua sede; o seu prazo de duração e, finalmente, o seu capital, que deverá ser, no mínimo, de 100 (cem) salários mínimos

⁶² Em que pese à controvérsia existente entre a possibilidade ou não de pessoa jurídica administrar uma sociedade limitada, esta que é utilizada subsidiariamente para regulamentar a EIRELI, entende-se, por força do art. 1.062, § 2, que a administração deve ser feita por uma pessoa natural. Neste mesmo sentido é a orientação da Instrução Normativa nº 117 do DNRC, a qual determina que, na EIRELI, o administrador deverá ser uma pessoa natural. (BRASIL, 2011)

vigentes, constando informação da forma como será integralizado e/ou declaração que estão totalmente integralizados no momento da sua constituição.

Quando a EIRELI nascer por meio de uma constituição derivada, o titular também deve cumprir com os requisitos exigidos para a constituição dessa espécie de pessoa e, assim, ter capital superior a 100 (cem) salários mínimos que, caso não esteja ainda totalmente integralizado, deverá realizar o montante exigido, sob pena de não poder se valer desta forma de pessoa.

Tal ato constitutivo deverá ser inscrito no registro próprio e, assim, a EIRELI adquirirá personalidade jurídica própria e autônoma do seu titular.

4.6.5 A natureza das atividades

Inicialmente, no que tange à natureza das atividades da EIRELI, é preciso deixar claro que ela não poderá exercer atividades cuja previsão legal expressa seja de ser desenvolvida por tipos específicos de sociedades. Por exemplo, ela não poderá ser utilizada como instituição financeira. Isso, pois, conforme expresso no art. 25 da Lei 4.595/64, “*as instituições financeiras privadas, exceto as cooperativas de crédito, constituir-se-ão unicamente sob a forma de sociedade anônima*”.

Com efeito, a EIRELI necessariamente terá como objeto atividade alheia àquela típica das instituições financeiras, como outorga de crédito e administração de contas correntes e poupança.

No entanto, ainda existem outras nuances no que se refere ao objeto da EIRELI.

Como amplamente sabido, o Código Civil de 2002 manteve a separação entre as atividades comerciais e as atividades civis, estas últimas excluídas do âmbito do Direito Comercial.

De acordo com o Código de 2002, essa dicotomia agora se apresenta como atividades empresárias, para as atividades antes concebidas como comerciais, e as atividades de natureza não empresárias, ou apenas de natureza simples, para aquelas antes concebidas como atividades civis.

As atividades típicas de empresário, conforme o *caput* do Art. 966 CC, são as atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens ou de serviços. Quanto às atividades de natureza simples, são aquelas previstas no

Parágrafo Único do Art. 966 CC, ou seja, atividades intelectuais de natureza científica, literária ou artística.

Dentre outras diferenças, como por exemplo, a impossibilidade de sujeição daqueles que exercem atividades de natureza simples ao regime falimentar previsto na Lei 11.101/05, as sociedades que desejam exercer atividades de natureza simples não se registram no Registro Público de Empresas Mercantis ou Juntas Comerciais. Essas sociedades adquirem personalidade jurídica inscrevendo seus atos constitutivos no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas da sua sede, conforme determina o Art. 998 CC.

Isso posto, diante da adoção do termo “*empresa*” na nomenclatura do instituto e, também pela exclusiva referência ao “*Registro Público de Empresas Mercantis*”, no Parágrafo Único do Art. 1.033 CC, é possível que alguém venha a sugerir que a EIRELI deverá ser concebida, exclusivamente, para as atividades de natureza empresária.

Neste sentido se posiciona Marlon TOMAZETTE (2012, p. 59) que, mesmo de forma lacônica, sem justificar sua posição, afirma que “regularmente constituída e com nome próprio a EIRELI irá atuar no mundo jurídico, exercendo atividades econômicas empresariais”

Já a posição de GONÇALVES NETO (2012, p. 133) foi justificada. Segundo ele, remuneração não é atividade. Logo, para aquele que exerce atividade de natureza não empresária, “não lhe será permitido, porém, criar uma EIRELI com o fim de exercer a sua atividade intelectual, que não pode ser delegada a uma pessoa jurídica, porque personalíssima e privativa da pessoa natural que a exerce”.

Continuando a sua argumentação, aduz ainda que:

A prevalecer entendimento diverso, brevemente desaparecerá do mercado a figura do trabalhador autônomo e o talento de um cantor dará frutos para um ente inumano. Mais que isso: o médico, o advogado (este impossibilitado por lei de dar vestes mercantis à sua sociedade profissional), o dentista e outros tantos intelectuais de profissão dita liberal passarão a ter direito de auto estabelecer um limite para responsabilidade pessoal inerente à prática de seus ofícios, como se dá com atos decorrentes de erro profissional. Tudo isso estaria a acontecer a bem da verdade, por conta de se buscar uma solução para outro problema, sediado em outra área jurídica, que é o da tributação manifestamente excessiva que recai sobre os rendimentos auferidos pela pessoa física. (GONÇALVES NETO, 2012, p. 133 - 134)

Em que pese esses argumentos, não é isso que já ocorre hoje com as sociedades limitadas de natureza simples?

Ora, como sabido, os profissionais liberais em geral já se valem das sociedades simples limitadas para tentar mitigar os seus riscos e para a incidência de uma carga tributária menos onerosa. Fazem isso diversas categorias de profissionais liberais, principalmente quando conseguem algum destaque profissional e começam a girar uma soma maior de valores. Quando isso ocorre, a constituição de uma pessoa jurídica para abraçar a atividade se mostra muito aconselhável.

Na verdade, inclusive, muitos daqueles que contratam esses serviços exigem que os profissionais liberais constituam uma pessoa jurídica e que extraiam do seu serviço notas fiscais, para, assim, desqualificar um possível enquadramento da prestação do serviço do âmbito do Direito do Trabalho.

Muitos tomadores de serviços desejam que exista uma relação com uma sociedade e, assim, se evite qualquer controvérsia sobre o enquadramento da prestação como uma relação de emprego.

Nesse ínterim, cabe questionar se estes profissionais devem continuar proliferando sociedades simples de fachada, unipessoais de fato, apenas para cumprir com essas exigências de mercado e com a exigência societária de pluralidade de sócios?

Entende-se que não. A EIRELI deve também servir para esses profissionais. Assim, não será mais necessário recorrer a um homem de palha ou a um testa de ferro para a constituição de uma sociedade simples, limitada, unipessoal de fato.

Em outro quesito da argumentação apontada, inquire-se: aquele que aduz sobre a indesejável possibilidade de limitação de riscos em face dos erros profissionais ou que sofre o dito erro profissional terá mesmo o seu dano impossibilitado de ser compensado pela limitação da responsabilidade?

Mais uma vez, infere-se que não, pois, como sabido, o Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei 8.078/90), no seu Art. 28, desconsidera a responsabilidade jurídica da entidade moral pela sua simples insolvência.

Por esse prisma, no âmbito consumerista, o titular da EIRELI tem, de fato, uma responsabilidade subsidiária sob as vestes de uma desconsideração imotivada da personalidade jurídica.

Na verdade, para o consumidor, sempre é melhor que a prestação do serviço seja feita por uma pessoa jurídica do que por uma pessoa natural, já que, como se sabe, aquele responde pelos danos, independentemente de culpa (Art. 14, *caput* do CDC e art. 931 do Código Civil), enquanto que o profissional liberal terá sua responsabilidade “*apurada mediante a verificação de culpa*” (Art. 14, §4º, do CDC).

Dessa forma, entende-se que não haverá maiores externalidades negativas para os consumidores dos serviços, caso seja estendida para os profissionais liberais a possibilidade de constituição de EIRELI de natureza simples.

Quanto ao argumento de que brevemente desaparecerá do mercado a figura do trabalhador autônomo, mais uma vez, não há como prosperar esse entendimento, pois nem todos profissionais autônomos estão dispostos a integralizar, de imediato, o importe de 100 (cem) salários mínimos para a constituição da pessoa jurídica em debate.

Outrossim, o argumento da intenção do legislador também não se sustenta, pois, de fato, os projetos iniciais dos deputados Marcos Montes e Eduardo Sciarra foram concebidos apenas para atividades empresárias.

Na justificção do seu projeto, o Deputado Marcos Montes declara que a Lei visa a “disciplinar esse novo modelo de sociedade empresária”. (BRASIL, 2009)

Já no *caput* do art. 980, idealizado pelo deputado Eduardo Sciarra, a constituição da então ERLI seria para a pessoa que “exerça ou deseje exercer, profissionalmente, a atividade de empresário”.(BRASIL, 2009)

Entretanto, como visto no tópico da tramitação do Projeto de Lei que criou a EIRELI⁶³, o §5º do art. 980-A, é fruto de uma proposta de emenda do deputado André Zacharow, que assim sugeriu:

§ 5º 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)

Note-se que a intenção expressa do autor da emenda era a de, unicamente, incluir no âmbito da incidência da EIRELI as atividades intelectuais.

⁶³ Item 4.4, acima.

Embora, no seu substitutivo, o deputado Marcelo Itagiba sugerisse que a EIRELI fosse constituída para prestar serviço “de qualquer natureza”, a justificativa expressa foi a de dar maior amplitude ao instituto e evitar uma interpretação adstrita e casuística às atividades de natureza científica, literária, jornalística, artística ou cultural. Em seu voto, ele assim se manifestou expressamente:

Por último, assinalo não vislumbrar razão para que a regra estabelecida no § 5º esteja adstrita à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de natureza científica, literária, jornalística, artística, cultural ou desportiva.

A nosso ver, 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 pode e deve ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza. (BRASIL, 2009)

Diante disso, percebe-se que, na interpretação autêntica do legislador, a EIRELI foi concebida para o exercício de atividades de *qualquer natureza*, sendo certo que essa disposição abraça as atividades de natureza intelectual como sugerido expressamente pelo autor da emenda apresentada ao projeto da Lei.

Na verdade, a intenção da emenda prevaleceu sobre a intenção inicial dos elaboradores dos projetos. Além disso, a EIRELI utiliza-se subsidiariamente das regras das sociedades limitadas. Isso revela que, mesmo que seja suprimida esta interpretação do § 5º, do Art. 980 – A, pela aplicação subsidiária daquele tipo social, não há nenhum obstáculo para a constituição de EIRELI de natureza simples, pois isso não conflita diretamente com nenhum preceito dessa entidade.

Portanto, resulta que é correto o entendimento de que as EIRELIs também podem ser constituídas mediante inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, nos casos de exercício de atividades de natureza simples.

Evidentemente, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa e também nos casos de profissões com vedação específica - como é o caso das instituições financeiras, art. 25 da Lei 4.595/64, e do profissional advogado, pois a Lei 8.906/94, nos art.15 e 16, só prevê a constituição de sociedades civis para estes profissionais⁶⁴.

⁶⁴ Neste momento, está *sob judice* na Justiça Federal paulista um mandado de segurança, tombado sob o nº 0017270-31.2012.4.03.6100, impetrado contra a OAB, seccional de São Paulo, que indeferiu a transformação de uma sociedade de advogado em uma EIRELI. Na primeira instância, a liminar foi indeferida pelo Juízo da 14ª Vara Federal e, em sede de agravo de instrumento, sob o nº 0035043-56.2012.4.03.0000/SP, o Tribunal Regional Federal da 3ª região manteve a decisão agravada, sem

Em idêntica posição, acima esposada, houve várias propostas de enunciados na V Jornada de Direito Civil. Por exemplo, tem-se a proposta de Graciano Pinheiro de Siqueira; a de Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e, finalmente, a de Sérgio Mourão Corrêa Lima, Osmar Brina Corrêa Lima, João Eduardo Máximo de Castro e Délio Mota de Oliveira Júnior. (apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 203 a 217)

Todas essas propostas de enunciado tinham, em linhas gerais, como justificativa, a referência expressa de “*prestação de serviços de qualquer natureza*”, prevista no § 5º do Art. 980-A, e a aplicação subsidiária das regras das sociedades limitadas.

Tais propostas foram, de certa forma, acolhidas pela V Jornada de Direito Civil, que assim publicou o seu enunciado:

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

O entendimento é o de que foi acolhida esta interpretação extensiva, pois, quando o enunciado menciona registro competente, estende-se a possibilidade de registro também para os Cartórios de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Em consonância com esse entendimento, todos os cartórios desta natureza já vêm registrando e constituindo EIRELIs de natureza simples, como pode ser facilmente constatado na prática cotidiana⁶⁵.

Esta possibilidade não é uma simples atuação à revelia das instituições públicas. Há uma chancela expressa da Receita Federal permitindo a constituição de EIRELI de natureza simples nos Cartórios de Registros Cíveis de Pessoas Jurídicas.

Segundo MORAES (2012, p. 1397), essa permissão é fruto de uma consulta feita pelos representantes da IRTDPJBrasil (Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil) e da Anoreg-BR (Associação dos Notários e Registradores do Brasil), os quais pleiteavam, junto à chefia da

sequer adentrar no mérito da questão, pois não conheceu do recurso, haja vista que o pedido de transformação ocorreu mais de 180 (cento e oitenta) dias da unipessoalidade. (BRASIL, 2013)

⁶⁵ Veja-se, por exemplo, o sítio da Internet do Cartório do Rio de Janeiro, disponível em: <http://www.rcpj.rj.com.br/rcpj.web/>, ou o Cartório de Belo Horizonte, disponível em: <http://www.cartoriopessoasjuridicas.com.br/>, ou o Cartório de São Paulo, disponível em: http://www.cdtsp.com.br/form_pessoa_juridica.php.

Coordenação Geral de Cadastros da Inscrição no CNPJ, o registro das EIRELIs pelos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

A chefia encaminhou a consulta para o departamento de tributação da Receita Federal, cujo fruto foi o Ato Declaratório Executivo da Coordenação-Geral de Tributação (COSIT), nº 446, da Receita Federal, datado de 16 de dezembro de 2011 (BRASIL, 2011). Nesse ato, se concluiu que a EIRELI poderia ser, sim, registrada junto aos Cartórios Cíveis de Pessoas Jurídicas, justificando a sua posição pela utilização subsidiária das regras das sociedades limitadas. (BRASIL, 2011, p. 6)

A nota da COSIT, nº 446, gerou a Resolução nº 02, da Comissão Nacional de Classificação (CONCLA) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), acrescentando uma categoria nova no rol dos cadastros de CNPJ: *A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (de Natureza Simples)*, sob o código nº 231-3, classificação devidamente publicada no Diário Oficial da União nº 251, de 30 de dezembro de 2011. (BRASIL, 2011)

Diante disso, deve-se concluir que a EIRELI brasileira pode ser constituída para o exercício de atividades de natureza empresária ou para atividades de natureza simples. Na primeira hipótese, será inscrita no Registro Público das Empresas Mercantis e sofrerá tratamento equivalente a uma sociedade limitada de natureza empresária, como por exemplo, a submissão às regras falimentares. Já na segunda hipótese, será inscrita no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e sofrerá tratamento equivalente às sociedades simples limitadas.

Certamente, a possibilidade de constituição de EIRELI de natureza simples é a mais adequada. Um paradigma contrário disso pode ser percebido no fracasso do Estabelecimento Individual português, que vedava o seu acesso às atividades intelectuais.

Parte da doutrina portuguesa apontava que um dos defeitos da legislação do EIRL português era exatamente a vedação à constituição de estabelecimentos individuais para atividades civis. Sobre isso, observa-se a crítica de ANTUNES (2006, 436-437):

Concebido no quadro de um modelo regulatório confessadamente inspirado pelo desejo de preservar incólumes dogmas, não é de admirar que todo o edifício do instituto do EIRL tenha sido construído no respeito escrupuloso dos pilares tradicionais oitocentistas do Direito Comercial (os conceitos de acto de comércio e comerciante: cf. arts. 2º e 13º CCom), tornando assim como sua essa centenária e totalmente inadequada distinção entre

actividades económicas comerciais e civis, acolhida pelo Código Comercial de 1888: com o que, para além dos problemas de insegurança jurídica gerados pela crescente nebulosidade desta linha divisória tradicional, fez tábua rasa progressiva substituição da figura clássica do comerciante pela figura do empresário, excluindo assim a possibilidade de acesso ao EIRL por parte dos chamados empresários civis, tais como empresários agrícolas, artesanais e profissionais liberais.

A vedação ao acesso das atividades intelectuais ao EIRL português só foi amenizada com a entrada em vigor da Sociedade Unipessoal por Quotas. Como salienta SANTOS (2009, p. 46), “são também possíveis sociedades unipessoais por quotas com objetivo não comercial – quer dizer: em que as actividades que o sócio quer prosseguir são não comerciais (...), as hipóteses são as de pretender exercer a agricultura não empresarial, o artesanato ou profissões liberais puras”.

Portanto - ressalvada a polémica da desnecessidade ou não de manter a dicotomia entre atividades empresariais e atividades civis, além do carácter declarativo e cada vez mais nebuloso desta distinção - como o Brasil assume diferente tratamento entre a natureza das atividades, deixar de permitir o acesso à EIRELI por aqueles que desejam exercer atividades não empresárias pode importar em uma diminuição da sua adesão.

Afinal, não é preciso sofrer, como sofreu Portugal por vinte anos, para no futuro aderir a essa necessidade de permitir o acesso dos profissionais liberais a um instituto unipessoal de limitação de responsabilidade, uma vez que uma diminuição da sua amplitude pode ensejar um enfraquecimento desnecessário e injustificado do embrionário instituto. Por isso, concorda-se com a possibilidade da EIRELI ser desenvolvida para atividades de “qualquer natureza”.

4.6.6 O capital da EIRELI e a externalidade negativa da subcapitalização nas empresas

A maior diferença no regime jurídico da EIRELI, em face das sociedades brasileiras em geral, está contida na regulamentação do seu capital.

Já foi aqui apontado que o termo capital “*social*” é inadequado para a nova pessoa jurídica. Preferível seria o termo capital empresarial ou simplesmente capital. Porém, não há dúvida de que se trata de termo usual e corriqueiro no País e, assim, por um lapso do legislador, a palavra *social* foi empregada expressamente para qualificar o capital da EIRELI.

Até mesmo no projeto de Eduardo Sciarra, que tinha como premissa inicial afastar completamente o instituto das normas societárias, havia uma referência expressa do termo “*capital social*” no Art. 980 – B, III. Contudo, em uma análise amíúde do projeto, no seu Art. 980 – C, que trata exclusivamente do capital e da forma de realizá-lo, o autor evitou reproduzir o termo *social*, qualificando o instituto apenas como *capital*.

Controvérsias terminológicas sobre a infeliz e reiterada utilização do termo “*social*” à parte, pois já identificadas e solucionadas nos tópicos anteriores, segundo expresso no caput do Art. 980-A, o capital da EIRELI deverá ser de, no mínimo, “*100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País*”, devidamente integralizado.

Nisso, alguns pontos de diferença se apresentam em face das sociedades. O primeiro ponto consiste na desnecessidade de dividir o capital em quotas; o segundo, na exigência de capital mínimo; e o terceiro ponto se refere à necessidade de integralização imediata do capital, antes do ato de constituição da pessoa jurídica.

Sobre o primeiro ponto, a EIRELI terá apenas um titular. Assim sendo, o seu capital não precisa ser dividido em duas ou mais quotas. Essa divisão só se justifica em vista da função interna do capital de uma sociedade, que é o de dividir as participações dos sócios na proporção das suas quotas. Não subsiste, nas EIRELIs, nenhuma necessidade de aquinohar participações entre pessoas distintas. Assim, o seu capital pode ser expresso sem nenhuma divisão, como uma quota única de domínio exclusivo do seu titular, embora seja aconselhável dividir o capital em várias quotas para facilitar uma eventual conversão em uma sociedade.

Já no segundo ponto de diferença, é preciso destacar alguns quesitos: inicialmente é preciso identificar o parâmetro escolhido pelo legislador. Isso porque o valor do salário-mínimo do Brasil não é equivalente ao piso salarial de alguns Estados da Federação.

Por exemplo, no ano de 2013, o salário-mínimo nacional, conforme o Decreto nº 7.872, de 26 de dezembro de 2012, é de R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais). Por outro lado, somente a título de exemplo, no estado de São Paulo, o piso salarial é, segundo a Lei Estadual nº 14.945, de 14 de janeiro de 2013, de R\$ 755,00 (setecentos e cinquenta e cinco reais). Já no estado do Rio Grande do Sul, o seu piso é, segundo a Lei Estadual nº 14.169, de 27 de dezembro de 2012, de R\$ 770,00 (setecentos e setenta reais).

Destarte, a dúvida inicial reside em saber qual valor deve ser considerado para a apuração do capital mínimo da EIRELI?

Não se trata de uma questão muito difícil de ser resolvida. Afinal, não se deve confundir salário-mínimo, previsto no Art. 7, IV da Constituição Federal, com o piso salarial previsto no mesmo artigo da Lei, mas no seu inciso V.

Ou seja, salário mínimo é uma coisa e piso salarial é outra. O piso salarial refere-se a uma categoria ou classe de trabalhadores, já o salário mínimo é global, nacional e genérico.

Então, para considerações sobre o salário-mínimo, deve-se ater, exclusivamente, àquele determinado anualmente pela União, não se confundindo com os pisos salariais estaduais. Diante disso, o capital mínimo da EIRELI será apurado pela multiplicação por 100 (cem), do salário mínimo instituído anualmente pela União.

Tal valor mínimo de capital não estava previsto nos projetos de Lei que deram origem a EIRELI. Essa inserção também é fruto da elaboração legislativa do relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, deputado Marcelo Itagiba, que assim expressou suas razões:

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

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

Essa inserção, mesmo sendo aprovada pelo Congresso, gerou muitas controvérsias. Conforme notícia GUSMÃO (2012, p. 86-87), o PPS (Partido Popular Socialista) ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-4637), questionando a parte final do dispositivo que se refere especificamente ao aporte de capital mínimo. (BRASIL, 2011)

Nos seus argumentos, o PPS informa que a parte final do Art. 7, IV, veda a vinculação do salário mínimo para “qualquer fim”; por isso, não pode ser utilizado como parâmetro indexador do capital mínimo da EIRELI e, além disso, que tal

preceito é contrário ao Princípio da Livre Iniciativa, pois impedirá que pequenos empreendedores se valham do instituto dado ao excessivo valor de aporte inicial de capital. Alegam também que a norma foi editada para contribuir com o desenvolvimento nacional e retirar da informalidade pequenos empreendedores, mas a imposição do patamar mínimo desvirtua e impede a formalização desses empreendimentos e, assim, a norma se mostraria, além de inconstitucional, também incompreensível. (apud GUSMÃO, 2012, p. 86-87)

No sítio do STF, na internet, há a informação de que a ADI-4637 foi distribuída para o Relator, Ministro Gilmar Mendes, sendo que o Ministério Público Federal já apresentou seu parecer pela improcedência da Ação. (BRASIL, 2011)

Wilges Bruscato (apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 205) também considera inconstitucional a parte final do dispositivo, entendendo que “não são constitucionais as exigências de integralização completa e prévia do capital – que não é social, pois de sociedade não se trata – bem como de um mínimo legal, já que tais exigências não são feitas aos demais exercentes da empresa (empresários individuais e sociedades)”.

Entretanto, via controle difuso, já há decisão sobre o tema. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região não considerou como inconstitucional a norma debatida. Trata-se do agravo de instrumento nº0010621-17.2012.4.03.0000/SP, que visava a modificar a decisão da 19ª Vara Federal de São Paulo, a qual indeferiu o pedido liminar em mandado de segurança que visava a permitir a constituição de EIRELI sem a necessidade do aporte inicial de 100 (cem) salários mínimos. Essa decisão baseou-se na ausência de *periculum in mora*, pois o autor, na concepção do Desembargador, pode se valer de outras formas de exploração da empresa. Eis algumas linhas do teor dessa decisão (BRASIL, 2012):

(...) vê-se que o agravante não se encontra impedido de iniciar as suas atividades, haja vista que com o seu capital social integralizado de R\$ 1.000,00 (mil reais), abre-se um leque de possibilidades de constituição em outro regime jurídico que, de qualquer forma, irá resguardar seu pleno exercício na atividade que pretende. Assim, por não vislumbrar o perigo de dano de difícil reparação, ao menos em sede de cognição sumária, a r. decisão deve ser mantida. (BRASIL, 2012)

Já no processo de origem, o Juiz titular da 19ª Vara da Justiça Federal de São Paulo decidiu o mérito do mandado de segurança, como se pode ver suas

considerações na sentença publicada no Diário Oficial da União, de 25 de setembro de 2012:

(...) existem precedentes plenamente integrados ao ordenamento jurídico brasileiro há décadas sobre a imposição de capital mínimo, situação que demonstra plenamente a sua razoabilidade e bom senso. São os casos de empresas que pretendem atuar na atividade econômica de mão de obra temporária (Lei nº 6.019/74) e na atividade econômica de segurança ou vigilância (Lei nº 7.102/83, alterada pelas Leis nº 9.017/95 e nº 11.718/08).

No primeiro caso, a exigência está estabelecida em 500 salários mínimos e no segundo em mais de R\$ 100.000,00. Por outro lado, a impetrante não se encontra impedida de iniciar suas atividades, uma vez que a constituição na forma de empresa individual de responsabilidade limitada não é a única possibilidade colocada à sua disposição. De seu turno, importa salientar que a vinculação do capital social da empresa ao salário mínimo não afronta o ordenamento jurídico em vigor, porquanto a vedação constitucional busca tão somente impedir a sua utilização como indexador de prestações periódicas.

Posto isto, considerando tudo o mais que dos autos consta, ausentes os pressupostos legais, DENEGO A SEGURANÇA requerida. Custas *ex lege*. (BRASIL, 2012)

Diante dessa decisão desfavorável, o impetrante já manejou apelação, tombada sob o nº 0002421-54.2012.403.6100, mas ainda não julgada pelo Tribunal Federal.

Pelo visto, mesmo sabendo que o STF não está vinculado ou submetido às decisões dos tribunais inferiores, já há ao menos um paradigma judicial que sustenta a constitucionalidade do preceito, evidenciando, inclusive, a existência de outras legislações em que o capital foi vinculado ao salário mínimo nacional.

Entretanto, em que pese à inconstitucionalidade ou não da parte final do *caput*, do Art. 980 – A, matéria muito mais afeta ao Direito Público do que ao objeto deste trabalho, de fato não há dúvida de que o patamar mínimo exigido poderá inviabilizar pequenos empreendimentos que desejavam submeter-se às regras das EIRELs. Neste sentido vale rever a justificativa do Decreto-Lei nº 33/2011 de Portugal que, após onze anos exigindo capital mínimo para a formação das sociedades unipessoais, outorgou a possibilidade de constituição da espécie com qualquer recurso.

Muitas pequenas empresas têm origem numa ideia de concretização simples, que não necessita de investimento inicial, por exemplo, numa actividade desenvolvida através da Internet, a partir de casa. O facto de ser obrigatória a disponibilização inicial de capital social impede frequentemente potenciais empresários, muitas vezes jovens, sem recursos económicos próprios, de avançarem com o seu projecto empresarial (PORTUGAL, 2011).

Porém, essa exigência está em pleno vigor no Brasil e, é com base nela que se devem ater as atenções. Assim, para a regular constituição da EIRELI, o seu titular terá que dispor desse numerário para iniciar o seu empreendimento.

Se o capital for superior a 100 salários mínimos, mesmo assim, o titular deverá fazer a integralização imediata de todo o montante afetado ao exercício de sua atividade.

É importante frisar que, dada à natureza estática do capital social, atualizações posteriores do valor do salário mínimo nacional não irão acarretar nenhuma exigência de atualização do capital ou de novos aportes do titular. Tampouco será considerado como uma irregularidade superveniente. Nessa toada, já se manifestou a I Jornada de Direito Comercial:

Enunciado nº 4. *Uma vez subscrito e efetivamente integralizado, o capital da empresa individual de responsabilidade limitada não sofrerá nenhuma influência decorrente de ulteriores alterações no salário mínimo.*

Com a natureza estática do capital, seria ilógico e desarrazoado exigir que a cada ano fosse necessário atualizar o capital da EIRELI já constituída.

O último ponto de diferença e, quiçá, a mais interessante entre o capital da EIRELI em face do capital das Sociedades, é a necessidade de o titular daquela integralizar o capital, de maneira imediata, enquanto os sócios destas podem estabelecer, no contrato social, prazos para a realização do capital subscrito.

Essa realização deve ser feita por meio de dinheiro ou bens suscetíveis de avaliação pecuniária, vedada, evidentemente, a contribuição que consista em prestação de serviços, conforme Art. 1.055, § 2º CC, de aplicação subsidiária para as EIRELIs.

Outrossim, sobre a correta estimação dos bens utilizados na integralização do capital, o titular da EIRELI responderá pelo prazo de 5 (cinco) anos, regra prevista no Art. 1.055, § 1º CC.

O Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, do DNRC, até que poderia, em tese, exigir prova da efetiva integralização, dada à ordem prevista no *caput* do Art. 980-A, como comprovantes de depósitos ou laudos de avaliação. Contudo, entende-se, no Item, 1.2.16.3), que “*não é exigível a apresentação de laudo de avaliação para comprovação dos valores*

dos bens declarados na integralização de capital de EIRELI”. Exige apenas uma simples declaração de integralização do capital que pode ser incluída ou vir acompanhada do ato constitutivo da EIRELI.

Essa exigência de uma simples declaração do titular facilita as fraudes e a subcapitalização do capital. Assim, não será surpresa se for burlado o preceito por alguns dos instituidores desta figura jurídica. Contudo, é claro que a exigência de comprovação deveria partir do próprio legislador, como ocorre na maioria dos países que exigem capital mínimo para a formação de pessoas jurídicas e não através de medida administrativa de uma autarquia.

De fato, a subcapitalização do capital talvez seja o maior desafio do Direito Empresarial para corrigir as externalidades negativas oriundas das empresas. Quando um empresário fraudava a realização do seu capital, ele induz os seus credores a erro. Age com dolo e gera custos sociais que não podem ser negligenciados pelo Direito.

Como foi visto nos tópicos anteriores, a história da evolução da responsabilidade limitada está intimamente ligada à necessidade de captação de recursos privados em atividades de risco. O furor desenvolvimentista justificou essa possibilidade e consagrou o princípio da limitação da responsabilidade.

Inicialmente, aqueles que detinham participações sob essa égide eram considerados como verdadeiros credores das sociedades e não possuíam nenhum vínculo com a administração, como nas *societates publicanorum* e nas comanditas.

Posteriormente, poderiam figurar na administração da sociedade, mas apenas na condição de mandatários da vontade social, como nas companhias, nas quais a limitação servia como um método de atrair os mais variados investidores.

Com o desenvolver da teoria geral das relações jurídicas e a fixação do conceito de pessoa jurídica dotada de personalidade jurídica própria e autonomia patrimonial, foi possível que o sócio, nessa condição, exercesse a administração da sociedade, como benefício de ter a sua responsabilidade limitada, através da constituição de uma pessoa jurídica autônoma e distinta. Frise-se, nesse momento – a ocorrência do *boom* das sociedades limitadas.

Fixado esse entendimento, não havia nenhum empecilho moral que justificasse a vedação à possibilidade de constituição de modalidades unipessoais de empreendimentos com responsabilidade limitada. Mormente tendo em vista que várias sociedades limitadas eram de fato unipessoais, que constavam, no seu

quadro societário, com homens de palha para preencher o requisito de pluralidade de sócios.

Entretanto, o que há de comum em todo esse processo evolutivo? Ora, a necessidade deste agente, que possui a prerrogativa de ter a sua responsabilidade limitada, investir recursos na atividade econômica e produtiva da Nação.

Ou seja, o que efetivamente fundamenta, em termos teleológicos, a limitação da responsabilidade, não é a autonomia patrimonial, nem a existência de uma pessoa jurídica. É a necessidade social e econômica de estimular o investimento privado, captar recursos e fomentar as trocas eficientes, pressupostos para o desenvolvimento econômico de uma nação.

Isto com o fim de atender, evidentemente, aos preceitos de uma economia global e competitiva de mercados, como na atual conjuntura geopolítica mundial. Destarte há a necessidade de fomentar as trocas eficientes, o desenvolvimento econômico e a maximização das riquezas.

Por isso, os recursos investidos na atividade assumem um papel preponderante toda vez que o assunto se refere à limitação de responsabilidade. E esse recurso é o capital.

Realmente, a função principal do capital é servir de patrimônio mínimo da empresa. Trata-se do princípio da efetividade do Capital que, segundo GONÇALVES NETO (2012, p. 352), significa que o capital “deve realmente corresponder com os valores em dinheiro ou bens que os sócios trouxeram para a sua formação”.

Em todos os manuais de Direito Empresarial, é comum comparar o capital a um medidor de grãos, copo de água, dique ou represa. O capital mede a saúde financeira do patrimônio empresarial e, quando há lucros transbordando do capital, o(s) seu(s) titular(es) pode(m) retirar as sobras.

O preceito está contido no art. 1.059 do Código Civil. Assim, retirar qualquer quantia do patrimônio empresarial não pode ocorrer em prejuízo do capital, sob pena da obrigação de reposição do valor percebido.

Entretanto, mesmo havendo mecanismos legais como o art. 1.055 e 1.059 CC, é óbvio que, no mundo real, estabelecimentos se fecham, alguns credores ficam insatisfeitos e outras externalidades negativas são sentidas.

Portanto, criar mecanismos de evitar a subcapitalização é uma medida sadia de governança para se evitar abusos e fraudes.

Na verdade, independe o montante de capital, que poderia ser de 100 (cem) ou de 1 (um) salário mínimo. O importante é, ao negociar com o agente econômico, saber qual o patrimônio real mínimo do empresário. É saber quanto ele efetivamente investiu no seu negócio. É acreditar que este agente não retirou nada deste patrimônio em prejuízo desse valor.

Portanto, qualquer forma de falsa declaração é prejudicial. Seja aquela que engana ao dizer que integralizou em dinheiro, quando não o fez, seja aquela que supervaloriza determinados bens.

Quanto aos bens, alguns pontos ainda merecem maior atenção. Os bens imateriais, não contabilizados, não deveriam servir para integralizar o capital subscrito. É evidente que o valor dos bens imateriais é extremamente relevante, pois determinadas empresas possuem valor imensurável devido aos seus inventos, sua marca, seu nome de domínio, a voz e imagem do seu titular e etc.

Dessa forma, as empresas que queiram manter e ampliar o mercado de consumo dos seus produtos e serviços não podem negligenciar os “ativos de propriedade intelectual que estejam relacionados às suas atividades comerciais. Caso contrário, se arriscam a ter seu poder de barganha enfraquecido, diminuirão expressivamente seu rendimento e até mesmo serem levadas à bancarrota.” (IDRIS, 2005, p. 3 e 4)

Porém, o valor econômico real do ativo intangível de uma empresa não é contabilizado, pois, para o *Financial Accounting Standards Board* (FASB), instituto que regulamenta as normas de contabilizações financeiras no mercado internacional, nos conceitos de mensuração nº 5, item 63, determina que qualquer item contábil só pode ser capitalizado quando, conjuntamente, tiver definição apropriada, for mensurável, relevante e preciso. (FINANCIAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD, 2008, p. 17)

Nesse diapasão, o valor do ativo intangível dos bens imateriais não possui as qualidades de definição apropriada e mensuração precisa. Assim, qualquer contabilização desses itens em balanços e em declarações de integralização é arbitrária e temerosa. Diante disso, itens como nome, voz, imagem, marcas e patentes não são contabilizados nos balanços patrimoniais pelo seu valor de mercado.

Nos critérios de avaliação do ativo, previstos no art. 183 da Lei 6.404/76, no seu inciso VII, está determinado que o valor intangível seja contabilizado apenas

com o valor de custo incorrido na sua aquisição, evitando-se, assim, a arbitrariedade de estipulação unilateral de valor.

Conforme ensina Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES (1971, p. 27), “nem a economia aziendal nem a lei podem fixar regras de avaliação aplicáveis mecanicamente, devendo sempre deixar a sua aplicação concreta à sensibilidade econômica, não ao arbítrio, de quem redigir o balanço.”

De fato, esse valor incorpóreo dos bens imateriais é atualmente o grande desafio dos contabilistas, que não conseguem ainda contabilizá-lo adequadamente, para fazer do balanço patrimonial, o reflexo real da empresa, conforme determina o Código Civil no seu art. 1.188.

Na essência, esse ativo intangível, como escreve Antônio Lopes de SÁ (2000, p. 47):

Terá, habitualmente, como característica, o poder de uma utilidade que dimana do que não se espelha fisicamente e cuja expressão é, muitas vezes, incerta e, no sistema demonstrativo contábil tradicional, quase sempre oculta.

Diante disso, não seria razoável que um item que se oculta nas demonstrações contábeis sirva como entrada de capital da EIRELI, dada à imprecisão dos seus valores, à arbitrariedade da sua mensuração e à volatilidade do seu preço - em uma economia dinâmica de mercado. Portanto, os bens imateriais deveriam ser evitados na apuração da integralização do capital da EIRELI.

Essa dificuldade e imprecisão dos valores imateriais também já foram objeto de análise de Rubens REQUIÃO (2003, p. 388), que assim se manifestou:

Os bens incorpóreos, como patentes de invenção, marcas etc., são difíceis de avaliar com exatidão. Deixada a critério dos sócios, nas sociedades de pessoas, a atribuição de valor aos bens, sejam móveis ou imóveis, com que ingressam, abre-se oportunidade para que os mesmos abusem dessa facilidade, mencionando valores irrealistas, e, às vezes, fantásticos.

Conhecendo esta dificuldade, a V Jornada de Direito Civil publicou o seguinte enunciado:

Enunciado nº 473, Art. 980-A, § 5º: *A imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI.*

Entende-se, pois, pelas razões acima expostas, que essa vedação deveria ser estendida para todos os bens imateriais que não são contabilizados nos balanços patrimoniais das empresas. Não deve cingir-se apenas à imagem, nome ou voz do titular. A proibição deveria abranger também as marcas, patentes, sítios da internet e outros bens que “dimanam do que não se espelha fisicamente nos balanços”.

Tal posição se justifica no fato de que, na verdade, é o capital investido na atividade de risco que fundamenta a responsabilidade limitada do investidor. Ou seja, só existe limitação de responsabilidade, pois alguém está investindo uma parte do seu capital com o risco de ver esse valor ser desperdiçado e totalmente exaurido em um insucesso do seu empreendimento.

Portanto, é preciso criar meios para que esse investimento seja efetivo e não apenas falacioso, para que o mercado não sofra com externalidades negativas geradas pelas subcapitalizações das empresas e assimetria de informação entre os contratantes. Fato que, indubitavelmente, aumenta o custo de transação e diminui a eficiência da relação econômica.

4.7 Balanço Conclusivo da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada do Brasil

Diante de tudo que foi exposto neste capítulo, podemos concluir que as sociedades no nosso País devem continuar a ser classificadas como grupo de pessoas e que possuem conceito e natureza distintos da EIRELI nacional.

Diversos projetos de Lei haviam tentado instituir figuras jurídicas análogas à entidade hoje presente no nosso ordenamento, entretanto, somente recentemente, através do projeto de Lei 4.605/09, foi possível estender aos empresários individuais um instituto hábil ao exercício das atividades econômicas com, em tese, limitação da responsabilidade.

A EIRELI tem natureza de sujeito de direito, e é uma pessoa jurídica distinta das sociedades, se classifica como uma *universitas bonorum* (unidade de bens) com finalidade econômica, ou seja, um patrimônio dotado de personalidade jurídica que será explorado pelo seu titular para o exercício de atividade econômica para, daí, extrair as vantagens econômicas advindas desta exploração.

Chama-se de *Empresa*, mas na verdade é um empresário, ou seja, uma pessoa jurídica que exerce uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. A adoção do termo empresa na sua nomenclatura é uma expressão do perfil subjetivo do termo.

A sua constituição será originária ou derivada e o seu ato constitutivo possui natureza de negócio jurídico unilateral.

Poderá exercer atividades de qualquer natureza. Tanto aquelas típicas de empresário, quanto aquelas rurais, intelectuais, desportivas, artísticas e etc., figurando-se como um instituto hábil a ser utilizado pelos mais variados ramos da atividade econômica.

Quanto ao seu capital, deve ser sempre integralizado antes da sua constituição e esse investimento justifica e fundamenta a responsabilidade limitada.

Entretanto, em termos prospectivos e *de lege ferenda*, sugeriu-se maior controle da sua efetividade para evitar a externalidade provinda da descapitalização e subcapitalização das empresas. Ressaltando que se trata de um problema que ultrapassa o contexto da EIRELI, sendo sentido no mercado também por conta de outras modalidades de pessoas no exercício das atividades econômicas.

Contudo, todas essas informações ainda não são capazes de finalizar os debates sobre a EIRELI.

Pois, o último e, certamente, o ponto mais controvertido no que toca à interpretação das suas normas, é aquele que visa a determinar se a mesma pode ou não ser constituída por pessoas jurídicas.

Como se trata do foco principal deste estudo, este tema será abordado em um capítulo próprio.

5 OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À CONSTITUIÇÃO DA EIRELI POR PESSOAS JURÍDICAS

Atualmente, a polêmica maior referente à constituição das EIRELIs é a que visa a definir se esta pode ou não ser constituída por pessoa jurídica.

Apesar de calorosos debates sobre o tema, na I Jornada de Direito Comercial, nenhum enunciado foi aprovado, nem aquele que sugeria a constituição por pessoa jurídica, nem o que vedava essa possibilidade (GONÇALVES NETO, 2012, p. 129).

Isso porque a doutrina de Direito Empresarial atualmente diverge sobre essa possibilidade e não há um consenso ou uma maioria explícita entre esses dois lados da balança.

Posicionam-se, no sentido de vedar a instituição de EIRELI por pessoa jurídica, Gladston MAMEDE (2013, p. 23), Mônica GUSMÃO (2012, p. 94), Wilges BRUSCATO (apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 205), Alfredo de Assis GONÇALVES NETO (2012, p. 129), dentre outros.

Seguindo o entendimento dessa corrente, a V Jornada de Direito Civil aprovou enunciado que sugere apenas a possibilidade de constituição por pessoa natural, conforme abaixo:

Enunciado nº 468 referente ao Art. 980-A: “*A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural.*”

Essa posição também é compartilhada pelo DNRC, o qual, na instrução normativa nº 117, aprovou o manual de constituição das EIRELIs, assim determinando:

Item 1.2.11 - IMPEDIMENTO PARA SER TITULAR

“*Não pode ser titular de EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial.*”(BRASIL, 2011, p.12)

Evidentemente, como as juntas comerciais são subordinadas, tecnicamente, ao DNRC, conforme expresso no art. 6 da Lei 8.934/96, nenhum registro de EIRELI está sendo permitido nas juntas comerciais do País, para titulares pessoas jurídicas.

Contudo, em outra corrente de pensamento, têm-se Marlon TOMAZETTE (2012, p. 55), Fábio Ulhoa COELHO (2012, p. 409), Márcio Souza GUIMARÃES (apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 212), dentre outros.

Não há ainda decisões judiciais de segunda instância sobre possibilidade ou não de constituição de EIRELIs por pessoas jurídicas, mas já existe ao menos um paradigma judicial monocrático em cognição sumária.

Trata-se de mandado de segurança ajuizado por Purpose Campaings Brasil Ltda., distribuído para a 9ª Vara da Fazenda Pública Estadual do Rio de Janeiro, sob o nº 0054566-71.2012.8.19.0001. Nesse processo, o Juízo de Primeira Instância deferiu a liminar requerida pelo autor e determinou que a JUCERJ mantivesse a singularidade das quotas em nome da Purpose Campaings Brasil Ltda, sem nenhuma ameaça de dissolução, tampouco nenhum ônus inerente à responsabilidade ilimitada ou irregularidade superveniente até a decisão final de permitir ou não a constituição de EIRELI por uma pessoa jurídica (apud PESSOA, 2012, p. 5 e 6)⁶⁶.

⁶⁶ Veja-se a decisão de 1º Instância na íntegra (apud PESSOA, 2012, p. 5 e 6):

Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por PURPOSE BRAZIL LLC e PURPOSE CAMPAINGS BRASIL LTDA, com o escopo de obter, liminarmente, decisão que determine que a autoridade impetrada, PRESIDENTE DA JUCERJA, se abstenha de rejeitar o arquivamento de ato societário de transformação da 2ª Impetrante em EIRELI, seguido da concentração definitiva das quotas desta, na pessoa da 1ª Impetrante, ou, alternativamente, que mantenha a singularidade acionária da 2ª Impetrante até decisão final do presente mandamus, sem qualquer risco de dissolução e/ou efeito jurídico semelhante/similar, ou mesmo situação de irregularidade, com a perda da responsabilidade limitada até o limite das quotas subscritas e integralizadas. Afirma que, apesar de o artigo 980-A do CC, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 12.441/11, não prever qualquer impedimento para a constituição de uma EIRELI, cujo único sócio é pessoa jurídica, o Departamento Nacional de Registro do Comercio – DNRC, publicou a Instrução Normativa nº 117/11, vedando, expressamente, em seu item 1.2.1, a titularidade da EIRELI por pessoa jurídica. Aduz ainda que, por estar a Autoridade Impetrada subordinada ao DNRC e tecnicamente vinculada às normas por ele baixadas, há fundado risco de rejeição do arquivamento da transformação da 2ª Impetrante em EIRELI, em razão da totalidade de suas quotas pertencerem a 1ª Impetrante que é pessoa jurídica. Da análise dos documentos juntados com a exordial, tem-se que merece ser deferido, liminarmente, o pedido formulado no item 'b' de fls. 24, posto que presentes os necessários requisitos legais. O periculum in mora afigura-se inquestionável, na medida em que o dia 18.03.2012 é a data do término do prazo de manutenção regular da singularidade acionária da 2ª Impetrante, a partir de quando, se não aceito seu registro de transformação em EIRELI, deverá restabelecer a pluralidade acionária, sob pena de incorrer nas sanções previstas no artigo 1.033 do CC. O fumus boni iuris, por sua vez, também encontra-se evidenciado nos autos. Isto porque, da simples leitura das normas sob comento, verifica-se que há clara violação ao princípio segundo o qual 'onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir'. Com efeito, o item 1.2.11, da Instrução Normativa nº 117/11, do DNRC, trouxe expressa restrição não prevista no artigo 980-A do CC, com a redação introduzida pela Lei nº 12.441/11. Vejamos. Prevê o item 1.2.11 da IN nº 117/11 do DNRC: '1.2.11 – IMPEDIMENTO PARA SER TITULAR

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

Por sua vez, dispõe o artigo 980-A do CC:

*'Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por **uma pessoa** titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado (...)* – grifo deste autor.

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

Inconformada, a Junta Comercial fluminense tentou reverter a decisão em sede de agravo de instrumento recebido pelo TJRJ, sob o nº 0016183-27.2012.8.19.0000. Na decisão do recurso, o Relator do TJRJ entendeu que a Junta obedecia à norma imposta pelo DNRC, órgão federal submetido, conforme art. 4, *caput*, da Lei 8.934/94, ao atual Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Assim, não adentrou no mérito da questão e declinou a competência do feito para a Justiça Federal da 2ª Região. (RIO DE JANEIRO, 2012)

O processo foi recebido na Justiça Federal, pela 12ª Vara, sob o nº 0008231-27.2012.4.02.5101, sendo que o magistrado *a quo* decidiu por manter a decisão proferida na justiça estadual pelos seus próprios fundamentos. (BRASIL, 2012)

Por conta dessa decisão, a Junta Comercial fluminense já recorreu para a segunda instância da Justiça Federal, por meio de um novo agravo de instrumento. Contudo, o seu recurso, tombado sob o nº 0011762-98.2012.4.02.0000, ainda não foi julgado pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. (BRASIL, 2012)

Na verdade, esse debate tende a se estender ainda por algum tempo no Direito brasileiro, pois vários são os argumentos das duas correntes de pensamento.

Assim, é preciso mergulhar nas razões expostas pelas duas linhas de pensamento para, ao final, sugerir qual seria a melhor interpretação do dispositivo.

Iniciar-se-á essa abordagem pelos possíveis argumentos utilizados por aqueles que concordam com a vedação imposta às Juntas Comerciais pelo DNRC.

Decorrendo, pois, do princípio constitucional da legalidade a máxima de que 'ninguém é obrigado a fazer, ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei', não cabia ao DNRC normatizar a matéria inserindo proibição não prevista na lei, que lhe é hierarquicamente superior, a qual se propôs a regulamentar. A opção do legislador, em não proibir a constituição da EIRELI por pessoa jurídica, fica ainda mais clara quando se verifica que o texto original do Projeto de Lei nº 4.605/09, que culminou na Lei nº 12.441/11, dispunha expressamente que a EIRELI somente poderia ser constituída por uma pessoa natural, ou seja, espécie do gênero, pessoa, que também abrange a espécie pessoa jurídica. Tendo havido supressão do termo 'natural' do texto final da lei, pode-se concluir que o legislador pretendeu com tal ato, permitir/não proibir a constituição da EIRELI por qualquer pessoa, seja ela da espécie natural, seja ela da espécie jurídica.

Diante do acima exposto, DEFIRO a liminar pretendida, determinando que a Autoridade Impetrada, mantenha a singularidade acionária da 2ª Impetrante até decisão final do presente processo, sem qualquer risco de dissolução e/ou efeito jurídico semelhante/similar, ou mesmo situação de irregularidade, com a perda da responsabilidade limitada até o limite das quotas subscritas e integralizadas, sob pena de multa única de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Intime-se para cumprimento e requisitem-se as informações. Publique-se.

O inteiro teor da decisão foi extraído do artigo de Leonardo PESSOA (2012, p. 5 e 6)

5.1 Os argumentos contrários à constituição de EIRELI por pessoa jurídica

Ao discorrer sobre os argumentos das duas correntes de pensamento, vai-se abordar não só aqueles pensamentos que podem ser citados e discriminados com fontes bibliográficas próprias, mas também os argumentos pessoalmente criados por este autor e também aqueles que se ouvem em salas de aulas, chats, blogs da internet. Como será descrito, as duas correntes de pensamento repousam em argumentos sólidos e, para a sua melhor compreensão, serão discriminados em tópicos separados.

5.1.1 A limitação da responsabilidade da pessoa humana

O primeiro argumento que pode ser lançado à baila é aquele que informa que não havia, na doutrina brasileira, nenhum clamor para a constituição de empresas individuais ou sociedades unipessoais por outras pessoas jurídicas. Ao contrário disso, quase todos os manuais de Direito Empresarial criticavam a ausência de instituto limitador da responsabilidade do empresário individual, pessoa humana.

Com efeito, desde os primeiros artigos sobre o tema, o clamor doutrinário era pela instituição de um modelo capaz de limitar a responsabilidade do empresário/comerciante individual, não de outras pessoas jurídicas.

Como salienta FIGUEIREDO (1984, p. 113 e 114), “podemos dizer que a doutrina quase unânime participa desse anseio e que a sociedade fictícia não se desestimulará enquanto não admitida a personalização da empresa ou empresário individual.”

Vale salientar que, exceto as obras que sustentavam a possibilidade da consagração da sociedade limitada unipessoal, ou algo do gênero, como MARTINS (1988b), CARMO (1989), SALOMÃO FILHO (1995), ISFER (1996) MARSHALL (2002), FERÉS (2003) e SOUZA (2009), a doutrina nacional, em sua larga maioria, questionava com veemência a impossibilidade de ingresso no regime da limitação para o empresário individual. Não a possibilidade de limitar a responsabilidade de empreendimentos unipessoais criados por pessoas jurídicas. Havia um clamor pelo fim das sociedades de fachada, mas esse clamor cingia-se ao questionamento da ausência de instituto limitador dos riscos para as pessoas naturais no exercício da empresa.

Ora, se houvesse o legislador optado pela criação de sociedades limitadas unipessoais, a exemplo do que ocorreu na Europa⁶⁷, e inserido de maneira simples e singela a opção de criação desse tipo social por uma ou mais pessoas, é evidente que se consagraria a possibilidade de constituição por pessoa jurídica.

Contudo, ao se afastar do modelo de sociedades unipessoais, argumenta-se que o legislador apenas respondeu ao clamor doutrinário de limitar a responsabilidade do empresário individual - Pessoa Humana que, por conta do vetor axiológico constitucional da dignidade, deveria ser protegido pelo ordenamento.

Na verdade, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, não era possível sustentar que fosse preciso criar uma pessoa jurídica com o fim de ser mais protegido pelo ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, do que uma pessoa natural no exercício de uma atividade idêntica a essa pessoa moral constituída.

Era realmente ilógico prever limitação de responsabilidade aos sócios de uma pessoa jurídica que exercia a mesma atividade que uma pessoa humana, sendo que, para esta última não havia limitação do risco pelo exercício da empresa. Um tratamento desigual que desfavorecia a pessoa humana no exercício da atividade econômica. Portanto, o anseio de todos era a limitação da responsabilidade do comerciante, pessoa natural.

Evidentemente, a norma posta submete o comerciante ao registro e à constituição regular de uma nova pessoa jurídica - a EIRELI. Mas como não é preciso criar uma entidade coletiva agregando outros parceiros, para alcançar esse desiderato, a pessoa humana estaria contemplada na medida em que individualmente pode se valer da EIRELI.

Destarte, a norma posta deveria, segundo este pensamento, cingir-se à aplicação apenas às pessoas humanas antes desguarnecidas pelo ordenamento. Isso porque, desde 1976, com a edição da Lei 6.404, às sociedades brasileiras já é dada a possibilidade de constituir uma sociedade unipessoal, a subsidiária integral, outro argumento utilizado pelos adeptos dessa corrente de pensamento.

⁶⁷ Para maiores detalhes sobre a evolução do instituto nos países europeus, veja-se o item 3.6) supra.

5.1.2 A existência das subsidiárias integrais

De fato, a pessoa humana era desguarnecida do ordenamento; além disso, as sociedades já possuem um instituto hábil para a formação de uma espécie de sociedade unipessoal originária com responsabilidade limitada: as subsidiárias integrais.

Conforme salienta BRUSCATO (apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 205), “às sociedades brasileiras já é dada a formação de sociedade unipessoal, nos termos da Lei n. 6.404/76.” Assim, entende que não há justificativa para estender o regime das EIRELs para as pessoas jurídicas.

Como visto no Item 3.1, acima, a subsidiária integral é uma sociedade unipessoal, constituída por meio de um ato de vontade de uma outra sociedade brasileira.

Então, já existe, no ordenamento pátrio, um mecanismo hábil para a constituição de uma pessoa jurídica com limitação de responsabilidade por uma sociedade.

A subsidiária integral será, necessariamente, uma sociedade anônima, de capital fechado, tendo a integralidade de suas ações sob a titularidade de uma outra sociedade nacional, sua controladora. (CRISTIANO, 1986, p. 39).

Conforme salienta PIMENTA (2011, p. 560), a subsidiária integral foi criada também no sentido de evitar as *sociedades unipessoais de fato*, “compostas por apenas dois sócios, dentre os quais um deles, com irrisória participação no capital social, funciona apenas como sócio de fachada para mera composição da pluralidade de sócios exigida por lei.”

Decerto, “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 do número de acionistas” foi a causa expressa na Exposição de Motivos da Lei 6.404/76 para a inserção das subsidiárias integrais no ordenamento brasileiro (apud FIGUEIREDO, 1984, p. 71).

Não há dúvida de que a permissão de constituição de EIRELI por pessoa jurídica irá servir para a formação de grupos econômicos, ou seja, para descentralizar a estrutura empresarial. Assim, como entende GONÇALVES NETO (2012, p. 129), as subsidiárias integrais já resolvem plenamente essa demanda.

Portanto, seria, nesse entender, totalmente desnecessário permitir a constituição da EIRELI por uma pessoa jurídica.

Como visto acima, era a pessoa natural que não possuía, isoladamente, nenhuma forma de constituir uma pessoa jurídica que outorgasse limitação do capital investido, muito menos podia afetar parte do seu patrimônio para o exercício da empresa com limitação de responsabilidade.

Assim, diante do clamor doutrinário de proteção à pessoa humana, aliado ao fato de que, às sociedades, já é dada a possibilidade de constituição de subsidiárias integrais, não haveria, em tese, nenhuma justificativa pertinente capaz de sustentar a criação de EIRELI por outra pessoa jurídica.

Esses são dois argumentos que se completam, mas não são os únicos utilizados para a justificação da criação das EIRELIs exclusivamente por pessoas naturais, como será visto nos próximos tópicos.

5.1.3 A utilização do termo “individual” na nomenclatura do instituto

Outro argumento utilizado por aqueles que entendem que as EIRELIs devem ser apenas constituídas por pessoas naturais é aquele que informa que o termo “individual”, na nomenclatura do instituto, faz presumir que o mesmo se aplica somente aos indivíduos, pessoas humanas.

Segundo GONÇALVEZ NETO (2012, p. 129), “a expressão ‘individual’ evoca indivíduo que, no contexto, significa ‘ser pertencente à espécie humana, homem’”.

Realmente, como visto na análise de Direito Comparado⁶⁸, o termo *individual*, quando utilizado nos países alienígenas, referiam-se a institutos consagrados para o uso de pessoas naturais. Foi assim que ocorreu no Peru, Paraguai e Chile, com as Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada daqueles países, e também em Portugal, com o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada.

Por certo, quando se visava a estender a aplicação do instituto às pessoas morais, as leis estrangeiras adotaram, regra geral, o termo “*unipessoal*”, ou apenas mantiveram a sociedade limitada com a mesma nomenclatura e adicionaram a possibilidade deste tipo societário ser constituído pelo ato de vontade de uma pessoa (negócio unilateral) ou pelo acordo de duas ou mais (contrato plurilateral).

⁶⁸ Veja o item 3.6) supra

O termo “individual” está contido na gênese da criação do instituto e, desde o projeto apresentado na Câmara, já há a sua referência. Tanto o projeto do deputado Marcos Montes, quanto o projeto do deputado Eduardo Sciarra, referiam-se à criação da empresa *individual* e do empreendimento *individual*, respectivamente⁶⁹.

No momento inaugural, como visto, os dois projetos continham vedação expressa à criação do instituto por pessoas jurídicas no *caput* dos artigos projetados. Como sabido, embora a vedação explícita à constituição por pessoa jurídica tenha sido extraída do *caput*, o termo individual na nomenclatura do instituto se manteve na redação final. Assim, mais um argumento surge, conseqüentemente. Trata-se da *mens legislatoris*, ou seja, a intenção do legislador. É o próximo argumento que será descrito, pois o termo adotado complementa a ideia de que o legislador tinha como desejo apenas conceber um instituto voltado exclusivamente para a pessoa humana.

5.1.4 A intenção do legislador (*mens legislatoris*)

O argumento repetido por todos aqueles que se filiam a esta corrente de pensamento é o da intenção do legislador. Segundo GONÇALVES NETO (2012, p.129) os “motivos que levaram o legislador à edição da norma (*mens legislatoris*), os quais conduzem o idêntico resultado, visto que todos os projetos de lei que tramitaram no Congresso Nacional visaram à proteção do empresário individual”.

Conclui, em seguida, o mesmo autor, afirmando que tal entendimento “está na própria exposição de motivos da lei que a introduziu no sistema jurídico pátrio”.

Outrossim, Gladston MAMEDE (2013, p. 22 - 23) se filia a esse entendimento ao afirmar que “a interpretação sistemática, bem como a *mens legislatoris* (intenção do legislador) atestam que a figura foi criada para albergar a titularidade do capital por pessoa natural exclusivamente”.

Realmente, não há a menor dúvida de que a intenção do elaborador do projeto era permitir apenas à pessoa natural à criação de empresas individuais.

O *caput* do então art. 985-A, do projeto inicial 4.605/09, do deputado Marcos Montes, estava assim redigido:

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

⁶⁹ Maiores informações no item 4.4) acima.

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

Entretanto, como visto⁷⁰, no substitutivo do deputado Marcelo Itagiba, a parte final do preceito acima projetado saiu do *caput* e foi deslocado para o §2º do atual Art. 980-A e a vedação expressa no *caput* foi omitida. Relembre-se:

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

(...)

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

Essa omissão, como já visto, não foi justificada pelo elaborador do substitutivo. Assim, parte da doutrina entende que subsiste, mesmo após a alteração, a intenção do legislador em promover o instituto apenas para as pessoas naturais.

Além disso, se o intérprete da norma vislumbrar sua inserção aliada ao dispositivo vetado pela presidência da República, o argumento da intenção do legislador fica ainda mais robusto. Em conformidade com isso, relembre-se o vetado § 4º, do Art. 980-A:

§ 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.

Ressalte-se que o dispositivo vetado se refere explicitamente à pessoa natural, excluindo do rol da proteção da responsabilidade limitada o patrimônio de uma eventual pessoa jurídica titular da EIRELI.

Todavia, apesar da explícita vedação no *caput* do artigo projetado, diferentemente do afirmado por GONÇALVES NETO (2012, p.129), na justificativa inicial do projeto, não constam as razões que levaram o elaborador a optar pela constituição exclusivamente por pessoa natural.

⁷⁰ Veja-se item 4.4) acima.

O artigo reproduzido na justificativa do projeto assim se manifesta:

poderá cercar-se dos cuidados necessários, como, por exemplo, determinar que uma mesma pessoa física ou jurídica não possa ser titular de mais de uma empresa individual de responsabilidade limitada.

Perceba-se, assim, que a justificativa do projeto contempla a possibilidade de criação do então EIRL por pessoa jurídica, mas, em *contrario sensu*, o *caput* projetado vedava essa possibilidade.

Outrossim, também não há, no substitutivo, qualquer explicação ou vontade declarada de manter a proibição ou permitir a constituição de EIRELs por pessoas jurídicas. Igualmente, nas razões do veto, também não há nenhuma referência à possibilidade ou não de a EIREL ser constituída por pessoa jurídica.

O argumento, portanto, desemboca em outro: aquele cujo entendimento é o de que a permissão da constituição por pessoas jurídicas irá desvirtuar a finalidade da Lei.

5.1.5 O desvirtuamento da finalidade da Lei: a possibilidade de formação de grupos econômicos

A união dos argumentos da proteção à pessoa humana do empresário, a existência das subsidiárias integrais no Direito Societário Brasileiro, aliado ao termo individual na nomenclatura do instituto e à intenção do elaborador do projeto, desembocam no argumento do desvirtuamento da finalidade da Lei ao permitir a constituição de EIRELs por pessoas jurídicas.

Segundo GONÇALVES NETO (2012, p.129), “a interpretação teleológica da norma direciona-se no sentido de contemplar, exclusivamente, a pessoa natural como titular do capital do novel instituto”.

Para AGUIAR JÚNIOR (1989, p. 09) essa forma de interpretação tem o seguinte significado: “a interpretação teleológica supera a lógica formal e dirige sua atenção para o bem jurídico tutelado pela norma, isto é, para o fim que a norma procura alcançar.”

Portanto, em sede de interpretação teleológica, o que se busca é evidenciar a finalidade da Lei. Nesse sentido, a parte da doutrina que prega a vedação à

constituição por pessoa jurídica entende que a norma procurava alcançar a proteção do empresário individual, e somente ele.

Nesse entendimento, a finalidade da Lei estaria desvirtuada quando se vislumbra a possibilidade de constituição também por pessoas jurídicas, servindo esta à formação de grupos econômicos e externalizando demasiadamente os riscos da atividade produtiva - sendo, portanto, reprovável desvirtuar a sua finalidade ao contemplar essa permissão.

O desvirtuamento da Lei, segundo GONÇALVES NETO (2012, p.130), abriria espaço para “*desdobramentos nefastos*”, tais como:

- a) ficaria permitido o surgimento de cadeias de EIRELI(s), uma dando nascimento a outra ou outras;
- b) não haveria como negar o direito de constituição de tal empresa por sociedades simples, dentre elas as cooperativas, ou por associações, fundações, partidos políticos e organizações religiosas;
- c) as sociedades brasileiras poderiam não mais se responsabilizar pelos atos de suas filiais (substituindo-as por EIRELIs); e
- d) as sociedades estrangeiras adotariam conduta idêntica, deixando de abrir filiais para operar no Brasil (o que torna letra morta o conjunto das disposições que tratam da autorização para seu funcionamento no território nacional e, bem assim, a norma que só permite a constituição da subsidiária integral por sociedade brasileira).

Em outras palavras, os grupos econômicos criados pelas EIRELIs iriam desvirtuar o princípio da responsabilidade integral, pois, com a sua formação, as pessoas jurídicas componentes do grupo, em tese, seriam independentes e, portanto, cada uma só iria ser responsável pelas suas próprias obrigações, gerando externalidade negativa na distribuição exagerada dos riscos empresariais em diversas pessoas independentes dotadas de autonomia patrimonial.

Seria, assim, mais interessante, ao invés de abrir filiais, constituir novas EIRELIs que detenham patrimônio próprio e independente. Com isso, ficariam imunes a uma eventual responsabilidade gerada por atos cometidos nesses estabelecimentos.

A responsabilidade, que seria integral e abraçaria os atos praticados nas filiais, seria minorada diante da existência de um sujeito de direito autônomo, pela aplicação de regra geral do art. 20, do Código Bevilacqua, segundo a qual “*as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*”.

Assim, diante de todos os argumentos acima transcritos, uma parte considerável da doutrina nacional se inclina em vedar a constituição de EIRELI por pessoa jurídica.

Entretanto, os argumentos da segunda corrente de pensamento são igualmente sólidos. Destarte, é preciso conhecê-los com o fim de concluir qual seria a melhor posição possível para o tema.

5.2 Os argumentos favoráveis à constituição de EIRELI por pessoa jurídica

A possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica não é uma interpretação ilógica e desprovida de fundamentos sólidos. Como será visto abaixo, vários também são os argumentos que identificam a EIRELI como um instituto apto a ser constituído por qualquer pessoa, seja ela natural ou jurídica.

Na verdade, na primeira impressão do preceito ora debatido, não há a menor dúvida de que a EIRELI pode ser constituída por pessoa jurídica e isso já decorre da interpretação lógico-gramatical do dispositivo, posto que não há vedação expressa à constituição de EIRELI por pessoas jurídicas. Ora, em sede de Direito Privado, o que não é expressamente proibido é, em tese, permitido.

A literalidade do dispositivo e o princípio da legalidade ampla do Direito Privado servem de base para o primeiro argumento favorável à constituição de EIRELI por pessoa jurídica. Passa-se, então, a resumi-lo.

5.2.1 A interpretação lógico-gramatical, o princípio da legalidade no Direito Privado (o que não é proibido é permitido)

O princípio da legalidade assume diferentes feições quando aplicado no Direito Público e quando utilizado no âmbito do Direito Privado.

No Direito Público, o princípio da legalidade é interpretado de maneira estrita, ou seja, ao agente público só é permitido fazer o que a Lei expressamente autoriza.

Entretanto, no âmbito privado, o princípio da legalidade assume uma característica ampla, no qual, ao particular, lhe é permitido fazer tudo aquilo que não seja expressamente proibido.

Ao tratar da matéria da Legalidade, DI PIETRO (2007, p. 59) aduz:

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo que a lei não proíbe.

Esse é um Direito Fundamental e está expresso no Art. 5, II da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Discorrendo sobre o preceito acima, o constitucionalista José Afonso da SILVA (2003, p. 235) assim se manifesta:

Esse dispositivo é um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade-base das demais), confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona *liberdade* e *legalidade*. Dele se extrai a idéia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por *normas jurídicas preceptivas* (que impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: *a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítima*.

Trata-se do princípio da liberdade jurídica negativa de Hans KELSEN (1976, p. 338), segundo o qual não há lacunas no ordenamento, pois o que não é proibido é permitido, conforme se segue:

Do que fica dito resulta que uma ordem jurídica pode sempre ser aplicada por um tribunal a um caso concreto, mesmo na hipótese de essa ordem jurídica, no entender do tribunal, não conter qualquer norma geral através da qual a conduta do demandado ou acusado seja regulada de modo positivo, isto é, por forma a impor-lhe o dever de uma conduta que ele segundo a alegação do demandante privado ou do acusador público, não realizou. Com efeito, neste caso, a sua conduta é regulada pela ordem jurídica negativamente, isto é, regulada pelo facto de tal conduta lhe não ser juridicamente proibida e, neste sentido, lhe ser permitida. (KELSEN, 1976, p. 338)

Esse é um princípio basilar do Direito e da sua hermenêutica. Possivelmente, como afirma SILVA (2003, p. 235), seja “um dos mais importantes do direito constitucional brasileiro”.

Conhece-se, na jurisprudência e na doutrina jurídica, o brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, ou seja, quando a lei não distingue, nós não devemos distinguir.

Veja-se que este foi, inclusive, o argumento utilizado pelo Juízo monocrático que deferiu a liminar requerida no mandado de segurança ajuizado pela Purpose Campaings Brasil Ltda.

Naquela decisão, o magistrado justificou sua convicção aludindo que a “Instrução Normativa nº 117/11, do DNRC, trouxe expressa restrição não prevista no artigo 980-A, do CC, com a redação introduzida pela Lei nº 12.441/11”. (apud PESSOA, 2012, p. 5)

Posteriormente, o Juízo, em cognição sumária, assim concluiu:

Decorrendo, pois, do princípio constitucional da legalidade a máxima de que *ninguém é obrigado a fazer, ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei*, não cabia ao DNRC normatizar a matéria inserindo proibição não prevista na lei, que lhe é hierarquicamente superior, a qual se propôs a regulamentar. (apud PESSOA, 2012, p. 6)

Realmente, em uma interpretação gramatical e literal do dispositivo em vigor, não há nenhuma proibição à constituição de EIRELI por pessoa jurídica.

De fato, o *caput* do art. 980-A aduz que a EIRELI *será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital*.

Corroborando isso, GUIMARÃES (apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 212) informa que a norma “fez alusão à possibilidade da constituição da EIRELI por uma única “pessoa”. Quando pretendeu restringir à pessoa natural, o fez no § 2º.”

Em ato contínuo, o mesmo autor propõe em seguida que “a empresa individual de responsabilidade limitada poderá ser constituída por pessoa natural ou jurídica, sendo que esta última pode figurar em mais de uma empresa dessa modalidade”. (GUIMARÃES apud AGUIAR JÚNIOR (Org.), 2012, p. 212)

Outrossim, TOMAZETTE (2012, p. 55) afirma que “nada impede no nosso ordenamento jurídico que a EIRELI seja constituída também por pessoas jurídicas”.

Afirma também que o legislador escreveu a norma “sem especificar ou delimitar” sua abrangência.

Nesse caso, o ato do DNRC, proibindo a constituição de EIRELI por pessoa jurídica, estaria, em tese, em dissonância com a legalidade, pois “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei” (DI PIETRO, 2007, p. 59).

Portanto, evidenciada concretamente a ausência de qualquer norma proibitiva expressa no *caput* do dispositivo em vigor, a tendência da interpretação gramatical e literal é em conceber a sua constituição por qualquer pessoa, seja ela uma pessoa física, ou seja, ela uma pessoa jurídica, sendo essa uma exigência da correlação entre o princípio da legalidade e o princípio da liberdade.

Esse é, por isso, o principal e o primeiro argumento de todos aqueles que cogitam a legalidade da constituição de EIRELI por pessoa jurídica. Entretanto, não é o único...

5.2.2 As experiências estrangeiras e um paralelo com as subsidiárias integrais

Outro argumento que pode servir para justificar a possibilidade de criação de EIRELI por pessoa jurídica é aquele que identifica, nas experiências estrangeiras, essa possibilidade ou, até mesmo, essa necessidade.

Como visto no item 3.6 acima, em quase todos os países estrangeiros pesquisados, é permitida a constituição de sociedades unipessoais ou institutos semelhantes por pessoas jurídicas.

Não se está, aqui, discorrendo sobre as subsidiárias integrais, pois estas dependem de outros requisitos e maiores formalidades na sua constituição. Claro está que a subsidiária integral é uma modalidade de sociedade unipessoal da espécie das anônimas e, por conta disso, deverá, como qualquer companhia, ser constituída por escritura pública, a qual conterà, dentre outros requisitos, o estatuto da subsidiária, a transcrição do recibo de depósito da parte do capital realizada em dinheiro e a transcrição do laudo de avaliação dos peritos em caso de subscrição do capital em bens (CRISTIANO, 1986, p. 87).

Além disso, a doutrina também se inclina ao entendimento de que o Conselho Fiscal é um órgão obrigatório nas subsidiárias integrais, conforme a afirmação de PIMENTA (2011, p. 565):

Embora divergente na doutrina, aderimos ao pensamento de que o Conselho Fiscal existe não apenas como instrumento de proteção da minoria societária, mas também de zelo pela legalidade das atividades dos administradores da sociedade fiscalizada, razão pela qual deve existir na sociedade subsidiária integral.

Assim, as subsidiárias integrais, como companhias que são, terão necessariamente um Conselho Fiscal e o seu estatuto disporá sobre seu funcionamento⁷¹.

Além disso, a subsidiária só poderá ser constituída por uma outra sociedade brasileira (FIGUEIREDO, 1984, p. 77). Sendo assim, é impossível qualquer outra pessoa jurídica constituir uma subsidiária. Inclusive, parte da doutrina entende que até mesmo as sociedades civis não poderia se valer desse instituto (CRISTIANO, 1986, p. 43).

O certo é que, hoje em dia, existe uma demanda por constituição de empresas unipessoais por pessoas jurídicas estrangeiras e também por outras pessoas jurídicas não societárias.

Como muito bem esclarece Romano CRISTIANO (1982, p. 180), várias entidades religiosas, beneficentes, educativas, assistenciais exercem subsidiariamente “atividades que se apresentam, sob o aspecto formal, como comerciais”.

Realmente, é flagrante o reconhecimento empírico de que instituições como essas são detentoras de editoras de livros e revistas, canais de televisão, rádios, jornais, e diversas outras modalidades de empresas.

Somente a título de exemplo, diversos julgados recentes destacaram que a Fundação Rubem Berta participava do grupo econômico da Varig, pois era a sócia controladora de diversas sociedades empresárias participantes do grupo. Veja-se o

⁷¹ Embora seja um órgão de existência obrigatória, o funcionamento do Conselho Fiscal não precisa ser permanente. Segundo TOMAZETTE (2012, p.529), “trata-se, pois, de um órgão obrigatório de funcionamento facultativo”. Assim, cabe ao estatuto estabelecer como será o funcionamento do Conselho Fiscal.

seguinte julgado, extraído dentre vários outros que contemplavam o mesmo entendimento:

Irrelevante também para configuração do grupo econômico, que a Fundação não tenha fins lucrativos, bastando para sua configuração que o seu empreendimento esteja relacionado com as demais reclamadas.

Ora, a empresa é o empregador. Assim, adotar a tese apresentada pela Fundação de que não poderia integrar o grupo econômico por ser uma entidade sem fins lucrativos, seria o mesmo que afastar o reconhecimento de instituições de beneficência, associativas recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos como empregadoras, ainda que admitissem trabalhadores como empregados.

Por último, ressalto que o processo de recuperação judicial (2005.001.072887-7) da antiga Varig já foi encerrado.

Configurado o grupo econômico, responde a Fundação Ruben Berta, solidariamente pelas parcelas deferidas no julgado. (RIO DE JANEIRO, 2012)

Ora, dúvidas não existem quanto à existência empírica de outras pessoas jurídicas, não societárias, exercerem participação - algumas vezes até o controle - de outras sociedades. Então, fechar os olhos para essas demandas não supridas pelas subsidiárias integrais é uma ingenuidade incompatível com a modernidade. Mais realista seria possibilitar a inserção destas pessoas no mercado através da constituição regular de uma EIRELI.

Enfim, resumidamente, tem-se que a constituição da subsidiária integral é um procedimento muito mais formal e oneroso do que o procedimento de constituição das sociedades limitadas unipessoais e empresas unipessoais alienígenas. Além disso, depende sempre da constituição por outra sociedade, vedada a titularidade da espécie a qualquer outra forma de pessoa jurídica.

Decerto, ressalte-se - como argumento - que, no Brasil, faltava a possibilidade de constituição de uma pessoa jurídica, dotada de responsabilidade limitada pelas pessoas jurídicas em geral, com uma constituição mais rápida, mais informal e menos onerosa, a exemplo do que ocorria em quase todos os países estrangeiros. Para os europeus, a XII Diretiva Europeia foi clara ao determinar que todos os países elaborassem normas no intuito de viabilizar pequenos e médios empreendimentos unipessoais. Evidentemente, a burocracia, o formalismo e a onerosidade típica da constituição de uma sociedade anônima eram incompatíveis com a sugestão do Conselho. Portanto, quanto a instituto com as características e vantagens acima, a legislação brasileira permanecia omissa.

Destarte, em uma breve remissão do que já foi comentado no item 2.6), acima, vale salientar que as sociedades limitadas da Alemanha, Itália e Espanha, podem ser constituídas por qualquer pessoa jurídica. Isso também é possível na Empresa Unipessoal francesa, na Sociedade Unipessoal por Quotas portuguesa e nas sociedades unipessoais colombianas e chilenas.

Somente no Paraguai, Peru e Equador, dos países pesquisados neste trabalho, continua sendo vedada a constituição das empresas individuais por pessoas jurídicas.

Portanto, em uma análise de Direito Comparado, tem-se uma nítida preponderância da possibilidade de constituição de empreendimentos unipessoais por pessoas jurídicas. Nesse ínterim, vale inclusive ressaltar a experiência portuguesa antes de adotar essa possibilidade.

Naquele país, enquanto só havia o estabelecimento individual de responsabilidade limitada, criado exclusivamente por pessoa natural, a adesão ao instituto foi mínima.

Algumas das razões de tal fracasso são expostas no trabalho produzido por José Engrácia ANTUNES (2006), intitulado: “*O Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada: Crónica de uma Morte Anunciada*”.

Como explica ANTUNES (2006, p. 430), em vinte anos de vigência do instituto, apenas 0,0001% do total de empresários individuais portugueses aderiram ao estabelecimento individual.

De fato, a sociedade por quotas unipessoal portuguesa (SQU) obtém muito mais adesão do que o modelo inicialmente instituído naquele país. Veja-se na pena de ANTUNES (2006, p. 441):

Qualquer réstia de esperança que ainda porventura fosse depositada no revigoreamento prático do já então moribundo modelo privatístico do EIRL no seio da comunidade empresarial portuguesa, ela terá tido aqui o seu derradeiro “canto do cisne” ou “golpe de misericórdia” ante a concorrência do novel modelo societário, o qual, tendo apenas no seu primeiro mês de vigência suscitado mais adesões por parte dos empresários do que o modelo do EIRL logrou obter em cerca de duas décadas, se afirmou em definitivo entre nós como o modelo regulatório da empresa individual de responsabilidade limitada.

Como sabido, uma pessoa humana só pode constituir uma única SQU. Uma outra SQU não pode ser titular de outra SQU, embora as pessoas coletivas em geral, possam constituir uma ou mais SQU (COSTA, 2002, p. 519).

Como esclarece SANTOS (2009, p.60), a atual Lei das sociedades unipessoais por quotas portuguesa determina “que o sócio tanto pode ser uma pessoa singular (humana, com mais rigor) como uma pessoa jurídica (colectiva, na expressão legal, que se reporta às entidades colectivas a que a lei atribui personalidade jurídica)”.

As pessoas colectivas no direito Luso são as fundações, associações e as diversas formas de sociedades conforme preconiza os arts. 157 e seguintes do Código Civil Lusitano.

Outrossim, conforme salienta SANTOS (2009, p. 118), por força da remissão expressa à aplicação subsidiária das regras das sociedades por quotas, no art. 270-G do Código das Sociedades Comerciais Português, o ato constitutivo da SQU deverá ser idêntico, no que aplicável, ao ato constitutivo das sociedades por quotas. Procedimento muito mais simplificado do que a constituição de uma sociedade anônima portuguesa.

Assim, note-se que a SQU portuguesa possui uma constituição razoavelmente mais simplificada do que as subsidiárias integrais brasileiras e podem ser constituídas por qualquer pessoa jurídica. Quiçá, por conta disso, foram muito mais adotadas naquele país do que o engessado EIRL.

Segundo dados do Portal Estatístico de Informação Empresarial do Instituto dos Registos e do Notariado Português (INR), em 2011, último período apurado, foram criadas em Portugal 920 (novecentos e vinte) sociedades anônimas, 66 (sessenta e seis) sociedades civis, 5 (cinco) sociedades em comandita e apenas 2 (dois) Estabelecimentos Individuais de Responsabilidade Limitada. (PORTUGAL, 2013)

Enquanto isso, foram criadas 14.204 (quatorze mil e duzentos e quatro) sociedades por quotas pluripessoais e 15.391 (quinze mil e trezentos e noventa e uma) sociedades por quotas unipessoais, SQU. (PORTUGAL, 2013)

Em resumo, em 2011, o INR de Portugal constatou que se abriram apenas dois únicos EIRLs para mais de 15 mil SQUs.

Eis uma gigantesca diferença que serve, evidentemente, para que se aprenda com a experiência lusitana e, na medida do possível, se possa interpretar o instituto

brasileiro de maneira a mais se assemelhar ao modelo de sucesso estrangeiro e menos, ao modelo manifestadamente fracassado.

O melhor entendimento, nesta concepção, é o que conduz à EIRELI brasileira como um instrumento também hábil à constituição por pessoas jurídicas em geral, pois as experiências estrangeiras sustentam essa possibilidade.

A sua maior aplicabilidade e adesão, quando essa possibilidade foi estendida, evidenciam que isso é, até mesmo, aconselhável.

5.2.3 A Diversificação de objetos, a EIRELI constituída por qualquer pessoa jurídica.

Como sabido, no momento de constituir uma pessoa jurídica, o seu(s) instituidor(es) deverá(ao) sempre definir qual será o objeto de exercício desta instituição. Como ensina GONÇALVES NETO (2012, p. 83), o objeto é “o ramo da atividade econômica a que se irá dedicar”.

Segundo o art. 35, III da Lei 8.934/94, a declaração do objeto deverá ser precisa. Outrossim, o art. 981, Parágrafo Único do Código Civil, aduz que a atividade das sociedades em geral deve se restringir a um ou mais negócios determinados.

Com efeito, determinação do objeto é condição imprescindível também para a constituição da EIRELI. Contudo, mesmo havendo a possibilidade de constituição de EIRELI para um ou mais negócios diversificados, existe um empecilho lógico quando se vislumbra o desejo de um empreendedor em constituir pessoas jurídicas para a exploração de atividades tão distintas que se tornem, ao mesmo tempo, incompatíveis sob o manto de uma mesma entidade moral.

Por exemplo, imagine-se que a mesma pessoa deseje atuar no ramo de farmácia, comercializando medicamentos e, além disso, deseje abrir e explorar uma boate, um bar, enfim, uma casa noturna. Imagine-se também que ela não vislumbra a companhia de nenhum sócio em nenhum desses dois empreendimentos.

Ora, caso ela seja uma pessoa natural, com o atual regime da EIRELI, não poderá alcançar o seu desiderato. Afinal, conforme expressamente previsto no § 2º do atual Art. 980-A, à pessoa natural só é permitido instituir uma única EIRELI e, assim, seria impossível contemplar em uma única pessoa jurídica objetos tão incompatíveis como os apresentados acima.

Por outro lado, se fosse permitida a constituição de EIRELI por pessoa jurídica, como para esta espécie não há nenhum limite quantitativo, nada impediria que a mesma pessoa jurídica instituisse duas EIRELIs diferentes e cada uma pudesse explorar uma das atividades exemplificadas.

Enfim, nada impediria que a pessoa natural instituisse uma EIRELI e esta pessoa jurídica constituisse uma, ou outras, EIRELIs, para o exercício de atividades diversificadas. Isso eximiria o seu titular da necessidade de se valer de sócios de fachada ou homens de palha para a constituição de outras sociedades para a exploração da atividade desejada.

Não seria necessário contratar com parentes, cônjuges e afins para burlar a necessidade de pluralidade de constituintes para a formação de outras sociedades.

Conforme muito bem descrito na exposição de motivos da Lei Espanhola, a sociedade unipessoal hispânica:

Satisfaz as exigências das pequenas e médias empresas - tal como reconhecido no preâmbulo - o texto em si, pelo qual esta Lei é incorporado ao Direito interno não impede que seja abrigadas pela unipessoalidade iniciativas de grandes dimensões, servindo assim às exigências de qualquer tipo de empresas. Em consonância com esta abordagem reconhecemos expressamente que uma sociedade unipessoal pode ser constituída por outra sociedade – incluindo ainda que a fundadora seja, por sua vez, unipessoal. (ESPANHA, 1995)

Considere-se, portanto, que a permissão espanhola de criação de sociedades unipessoais por outras sociedades, seja unipessoal ou não, faz com que o instituto seja apto a servir para qualquer espécie de empresa, seja de grande, média ou de pequena dimensão.

Ora, é evidente que a proibição à exploração de atividades diversificadas e inconciliáveis pela EIRELI - como decorrência lógica do fato de esta só poder ser constituída por pessoa natural, a qual só poderá constituir uma única pessoa desta modalidade - vai ensejar um incentivo indireto à manutenção da constituição de sociedades de fachada, fictícias e unipessoais de fato, pois não há outros meios juridicamente plausíveis para possibilitar a diversificação dos objetos para uma pessoa individual.

Além disso, a outra alternativa, que seria ainda pior para a economia nacional, é o desestímulo ao ingresso de um determinado agente econômico em uma nova

atividade, fato que reduziria o potencial de estímulo e fomento às atividades econômicas privadas.

Até mesmo no *novel* empreendimento individual francês, instituto muito semelhante ao estabelecimento individual de Portugal, como visto no item 3.6, mas deste se distingue no momento em que a pessoa natural pode constituir mais do que um *Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée*.

O art. 14, da Lei 658 de 2010, determina que, a partir de 1º de janeiro de 2013, é possível que sejam constituídos mais de um patrimônio de afetação francês por pessoa. Por conseguinte, observa-se que, atualmente, não pode ser considerada nenhuma aberração o fato de uma única pessoa instituir duas ou mais pessoas jurídicas, seja porque na prática mercantil isso já vem ocorrendo, através da criação de sociedades unipessoais de fato e fictícias, seja porque já é permitido, no exterior, até mesmo a criação de vários patrimônios de afetação autônomos.

Ora, se é possível até mesmo à criação de patrimônios de afetação autônomos, mais fácil é sugerir a possibilidade de criação de outros sujeitos autônomos. Ou seja, até mesmo quando não se atribui personalidade ao instituto, as legislações tendem a permitir que o empreendedor se dedique a um ou a vários ramos de atividade diferentes e, às vezes, inconciliáveis.

Não é interessante para o Estado que uma determinada pessoa deseje diversificar a exploração das atividades econômicas, mas seja compelido ou a se valer da responsabilidade ilimitada; ou a instituir uma sociedade de fachada e fictícia; ou a ter que buscar no mercado um sócio de confiança que compartilhe a sua pretensão econômica e deseje também investir na mesma atividade, algo que é cada vez mais difícil no mercado.

Não se está, aqui, a sugerir grandes empreendimentos com captação ampla e pública de recursos, mas sim, atividades de pequeno e médio porte com captação privada de recursos.

Outrossim, quando a matéria é a diversificação de objetos e a criação de EIRELI por pessoa jurídica, não se pode esquecer também de que esse permissivo implicará na possibilidade de qualquer pessoa jurídica constituir uma EIRELI. Seja uma sociedade, seja uma outra EIRELI, ou sejam outras espécies de pessoas jurídicas.

À guisa de ilustração, tome-se como exemplo um museu revestido na forma de uma fundação sem qualquer finalidade econômica. Nada impediria que essa

pessoa constituísse uma EIRELI para explorar, por exemplo, a loja de recordações e lembranças do museu, ou a lanchonete inserida dentro das suas instalações. Não seria preciso, outrossim, outorgar a responsabilidade desse comércio para outras pessoas.

Evidentemente, o lucro desta(s) EIRELI(s) deverá ser atribuído à fundação, que reverterá esses valores em prol da sua finalidade altruísta. Entretanto, dada à eminente finalidade econômica da circulação de produtos, como no caso de venda de alimentos ou de lembranças, é mais adequado separar os objetos em duas ou mais pessoas jurídicas distintas, fazendo com que, aquela que tenha objeto mercantil, recolha os seus tributos de maneira compatível com a sua natureza.

Isso é mais adequado do que se fazer vista grossa ao permitir que uma fundação ou associação amplie o seu objeto e insira no seu contexto a comercialização e circulação de produtos, ou que seja obrigada a outorgar a exploração econômica dessas atividades a outras pessoas estranhas, ou finalmente que seja estimulada indiretamente, a constituir sociedades de fachada.

Como sabido, as outras formas de pessoas jurídicas de Direito Privado possuem incentivos e isenções fiscais e, portanto, não se submetem às mesmas regras tributárias exigidas às pessoas jurídicas de caráter mercantil. Assim, a criação de EIRELI por estas entidades serviria como um meio de ampliar a arrecadação tributária. Além disso, serviria também como um mecanismo de evitar que as suas finalidades sejam desvirtuadas através do exercício de atividades típicas de empresários.

Conforme muito bem destaca sobre o tema das atividades lucrativas subsidiárias de entidades sem fins lucrativos, CRISTIANO (1982, p. 181) informa que:

As entidades de que estamos tratando, em geral altamente benéficas à coletividade, deveriam poder exercer o comércio diretamente, em caráter subsidiário. Elas têm direito a isso, porque os tempos mudaram, criando problemas como a luta econômica pela sobrevivência, e a necessidade de adequação às técnicas modernas. Mas, por enquanto, não podem; e os motivos são apenas formais.

Vamos explicar. Para que alguém possa exercer, legalmente, atividades mercantis é preciso que se faça registrar, como comerciante, no Registro do Comércio. Ocorre que este só pode admitir pessoas, físicas ou jurídicas, que se apresentam sob uma das seguintes formas: firma individual, sociedade em nome coletivo, sociedade de capital e indústria, sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações, sociedade em conta de participação, sociedade por quotas de responsabilidade limitada e

sociedade anônima. Uma Ordem religiosa, por exemplo, não é nada disso; logo, não conseguiria registro. A empresa personificada, justamente por ter personalidade própria e permitir a subscrição ou aquisição da totalidade de suas ações por uma única pessoa jurídica, de natureza civil ou comercial, resolverá da melhor forma possível tais problemas.

O argumento, portanto, é de que a EIRELI pode servir como meio de viabilizar o exercício de diversos objetos diferentes quando é permitida a sua constituição por pessoa jurídica, pois esta, diferentemente do que ocorre necessariamente com a pessoa natural, poderá constituir mais de uma EIRELI. Assim, é possível determinar, através da descentralização das funções, a constituição de outras pessoas com objetos incompatíveis entre si. Outrossim, permitiria que outras pessoas jurídicas exercessem atividades mercantis subsidiárias.

5.2.4 A aplicação subsidiária das regras das sociedades limitadas

Conforme expresso no § 6º do seu artigo de regência, a EIRELI utiliza como fonte subsidiária as regras das Sociedades Limitadas.

Destarte, o outro argumento que reforça o entendimento de que a EIRELI poderá ser constituída por qualquer pessoa jurídica é exatamente aquele que vê nas Sociedades Limitadas essa permissão.

Conforme ensina LUCENA (1996, p. 191), “toda pessoa jurídica pode ser sócia de uma sociedade por quotas, de responsabilidade limitada.”

Em sentido semelhante GONÇALVES NETO (2012, p. 192), comentando sobre o art. 997 CC, aplicável às Sociedades Simples e às Limitadas, afirma que a pessoa jurídica sócia das sociedades “poderá ser qualquer daquelas indicadas no art. 44” do Código Civil.

Percebe-se, dessa maneira, que quaisquer das sociedades brasileiras podem ter no seu quadro social qualquer espécie de pessoa jurídica. A única exceção é a sociedade em nome coletivo, atualmente em flagrante desuso, a qual a Lei proíbe expressamente como sócias as pessoas jurídicas no art. 1039 CC⁷².

Assim, como ocorre na própria sociedade simples pura, as sociedades limitadas em geral podem ter qualquer espécie de pessoa jurídica no seu quadro

⁷² Outra exceção se dá nas sociedades em comandita, as quais, os sócios comanditados deverão ser pessoas naturais, entretanto os comanditários podem ser pessoas jurídicas.

social. Consoante com isso, e da sua aplicação subsidiária, não há motivos que justifiquem a interpretação da constituição da EIRELI como restrita apenas às pessoas naturais.

Na verdade, mesmo havendo, desde 1976, a possibilidade de constituição de subsidiárias integrais no regime do anonimato, a constituição de sociedades limitadas, tendo como controladoras outras sociedades anônimas, é muito comum.

Nessa ótica, segue-se a afirmação de LUCENA (1996, p. 191-192):

Se observava com certa frequência uma anônima tornar-se sócia de uma limitada, após a vigência da Lei nº 6404, de 1976, o fato tornou-se corriqueiro, mercê de expressa autorização constante ao artigo 2º, parágrafo 3º, cuja dicção é a seguinte: “A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais”. Autorizou-se e disciplinou-se, destarte, às expressas, a constituição de holdings coligadas, controladoras e controladas (arts. 243 e seguintes), os grupos de sociedades (arts. 265 e seguintes) e o consórcio de sociedades (arts. 278 e 279), os quais ocorrem, quase que com exclusividade, entre anônimas e limitadas.

Realmente, não há nenhum obstáculo à constituição de Sociedades Limitadas por outras sociedades, tampouco por qualquer outra pessoa jurídica. Entretanto, mais uma vez, é necessária a adesão de um outro sócio para alcançar esse objetivo.

Como sabido, a constituição de uma sociedade limitada depende do acordo de vontade de duas ou mais pessoas. Assim, mesmo sendo comum a constituição de sociedades limitadas por pessoas jurídicas, há sempre a necessidade de se obter a adesão, no seu ato constitutivo, de uma outra pessoa, seja ela física ou jurídica.

Veja-se então que, mais uma vez, a proibição da constituição de EIRELI por pessoa jurídica irá gerar, como consequência lógica e, ao mesmo tempo, indesejável, a formação de sociedades de fachada, se valendo de *homens de palha* ou *testas de ferro* para fins de suprir a exigência legal de pluralidade de participantes na subscrição das quotas da sociedade em formação.

Ao impor a aplicação subsidiária às regras das sociedades limitadas, no § 6º do art. 980-A, o legislador infraconstitucional aproximou a interpretação do instituto a esta outra espécie de pessoa jurídica e, não sendo proibida expressamente a constituição de EIRELI por pessoa jurídica - pois foi omissa a regra específica do

instituto - o intérprete da norma deve focar seus olhos às regras de aplicação subsidiária do instituto.

Afinal, ao se impor a aplicação subsidiária das regras das Sociedades Limitadas, o legislador confessa a aproximação da EIRELI com tipo social em comento.

Nesse contexto, ao focalizar as regras das sociedades limitadas, não se vislumbra nenhum obstáculo para a constituição de Sociedades Limitadas por qualquer outra pessoa jurídica. Na verdade, conforme amplamente conhecido, é muito comum ter sociedades limitadas com pessoas jurídicas em seus quadros sociais. Não é, também, nenhuma surpresa afirmar que, muitas vezes, essa pessoa jurídica é o sócio controlador da sociedade limitada constituída.

Discorrendo sobre a concentração empresarial, Eduardo Secchi MUNHOZ (2002, p. 99) informa que a “C&A Modas Ltda., Nestlé Industrial e Comercial Ltda., Ford do Brasil Ltda., General Motors do Brasil Ltda., Volkswagen do Brasil Ltda., Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda., Esso Brasileira Petróleo Ltda., entre outras”, são exemplos de sociedades limitadas inseridas no contexto dos grupos econômicos. Naturalmente, são controladas por outras sociedades.

Com efeito, já existe, empiricamente, Sociedades Limitadas que se afastam do regime jurídico das subsidiárias integrais, mas são controladas de fato por outras pessoas jurídicas, a exemplo do que ocorrerá com a EIRELI se puder ser constituída por estas pessoas morais.

Enfim, qualquer pessoa jurídica já existente que deseje evitar as formalidades da constituição e do regime jurídico das subsidiárias ou não seja uma sociedade brasileira, já se vale, hoje em dia, da possibilidade de constituição de Sociedades Limitadas. Apenas precisam, para atingir seu desiderato, agregar ao quadro social do ente em formação um sócio qualquer, seja ele um verdadeiro parceiro, seja ele um “*presta nome*”.

Por isso, evidenciando que há uma lacuna no *caput* do dispositivo e, diante da remissão expressa às regras das sociedades limitadas, deve-se interpretar as normas da EIRELI para torná-la mais compatível com o instituto jurídico mais próximo, no qual não há nenhuma proibição de formação por outras pessoas jurídicas.

Logo, levando-se em consideração as regras provenientes das Sociedades Limitadas, essa segunda corrente de pensamento entende que a interpretação do

caput do art. 980-A, cumulado com o seu § 6º faz concluir que a EIRELI pode, a exemplo das sociedades limitadas, ser constituída não somente por pessoa natural, mas também por qualquer pessoa jurídica.

5.2.5 A alteração do caput do art. 980-A na tramitação do projeto de Lei, a supressão do termo natural, a intenção do legislador

Como já informado acima, no item 4.4, o projeto inicial da EIRELI contemplava, no *caput* do então art. 985-A, uma vedação expressa à constituição desta entidade por qualquer espécie de pessoa jurídica.

No entanto, como sabido, essa vedação foi suprimida no decorrer do andamento do projeto de Lei nº 4.605/09. Mais precisamente, a supressão foi constatada no substitutivo apresentado pelo deputado federal Marcelo Itagiba (PSDB-RJ) à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados Federais.

Tal fato leva algumas pessoas a entenderem que, diante dessa supressão, se comprova que o desejo do legislador brasileiro foi o de promover o instituto ora em comento também para o pálio das pessoas jurídicas.

Esse foi o entendimento do magistrado da 9ª Vara da Fazenda Pública Estadual do Rio de Janeiro, que deferiu a liminar requerida por Purpose Campaings Brasil Ltda, conforme expressa nas suas palavras:

Tendo havido supressão do termo 'natural' do texto final da lei, pode-se concluir que o legislador pretendeu com tal ato, permitir/não proibir a constituição da EIRELI por qualquer pessoa, seja ela da espécie natural, seja ela da espécie jurídica. (apud PESSOA, 2012, p. 6)

De fato, tendo o termo natural sido suprimido do *caput* do art. 980-A, é possível argumentar que, efetivamente, o legislador pretendia “permitir/não proibira constituição de EIRELI por qualquer pessoa”, como dito.

Veja-se, portanto, que todas as duas correntes de pensamento se abrigam nos argumentos da intenção do legislador ou, mais precisamente, na interpretação teleológica do *novel* instituto.

Esse debate é extremamente intrigante e de conclusão difícil. Na verdade, é uma prova inequívoca de incapacidade e incompetência por parte do legislador brasileiro.

Diz isso porque, enquanto em outros países, como na Espanha e em Portugal, por exemplo, a exposição dos motivos das Leis estudadas foi minuciosamente explicativa, capaz de sanar muitas das questões que envolvem as interpretações dos dispositivos legais inseridos nos seus ordenamentos, no Brasil isso não ocorreu. No solo pátrio, especificamente no que toca à EIRELI, uma questão tão importante quanto esta não fica claramente resolvida na justificativa do elaborador do projeto, muito menos nos pareceres dos relatores das comissões em que o projeto tramitou.

Como visto no item 5.1.4, a *contras sensu* do expresso no *caput*, a justificativa do projeto de Lei do deputado Marcos Montes contemplava a possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica. Isso porque o elaborador do Projeto, ao invés de discorrer sobre o seu próprio embrião, preferiu reproduzir, nas suas razões, um artigo publicado e elaborado por outra pessoa. Veja-se nos seus exatos termos:

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 o ótimo artigo publicado na Gazeta Mercantil de 30 de junho de 2003, pág. 1 do caderno “Legal e Jurisprudência”, sob o título “Sociedade limitada e a nova lei”, de autoria do Prof. Guilherme Duque Estrada de Moraes, que é Diretor Vice-Presidente do Instituto Hélio Beltrão e um estudioso da matéria:

Ocorre que o artigo reproduzido na justificação do projeto abraça a criação de sociedades limitadas unipessoais por pessoas físicas e também por pessoas jurídicas. Trata-se de um trabalho acadêmico em prol das sociedades unipessoais e/ou empresas individuais. Relembre-se, a essa altura, as palavras do Prof. Guilherme Duque Estrada de Moraes, reproduzidas na justificação do projeto:

Não faltarão, assim, referências ao legislador brasileiro, que poderá cercar-se dos cuidados necessários, como, por exemplo, determinar que uma mesma pessoa física ou jurídica não possa ser titular de mais de uma empresa individual de responsabilidade limitada.

Entretanto, diferentemente do que estava explícito no trabalho do Doutrinador, sem manifestar qualquer outra razão para o seu convencimento, o deputado Marcos Montes apresentou um projeto que vedava a constituição da então EIRL por pessoa jurídica, no *caput* do projetado art. 985-A.

Na sua justificação, o deputado Marcos Montes não demonstra nem explica por quais razões desejava impedir a constituição da EIRL por pessoa jurídica, mas, não há dúvida sobre a sua intenção de proibir a constituição do *novel* instituto por outras pessoas, isso de acordo com a redação originária do seu projeto.

Outrossim, com a mesma displicência e incorrendo em omissão semelhante, o Relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o deputado federal Marcelo Itagiba (PSDB-RJ), suprimiu a vedação do *caput* sem também manifestar-se explicitamente se desejava possibilitar, com a alteração por ele sugerida, a constituição de EIRELI por pessoa jurídica ou se desejava manter a vedação constante no projeto a ele encaminhado. Omitiu-se neste quesito.

O fato é que a sua intervenção modificou sensivelmente o instituto, que até aquela altura não estava presente no rol das pessoas jurídicas de Direito Privado do art. 44 do Código Civil, e a sua norma de regência estava prevista no art. 985-A do mesmo Código, ou seja, inserida no Título II, “Da Sociedade”, no Livro da Empresa. Portanto se tratava, naquele momento, de uma espécie de sociedade unipessoal criada exclusivamente para pessoas naturais. Atente-se para que, antes da sua intervenção, até mesmo a natureza da EIRL era diferente!

De fato, foi o seu substitutivo que prevaleceu ao final. Igualmente, a norma aprovada nas duas Casas do Congresso Nacional não prevê explicitamente nenhuma vedação à constituição do *novel* instituto por qualquer pessoa jurídica. Assim, o argumento é que o legislador, aqui dito não como o elaborador do projeto inicial, mas o Congresso como um todo, desejava permitir a constituição de EIRELI por pessoa jurídica.

Afinal, não é possível acreditar que os congressistas, ao votarem pela aprovação da norma, não tenham percebido a supressão do termo natural do *caput*, na redação final do já então art. 980-A. Não é possível acreditar, repete-se, que os congressistas, ao votarem pela aprovação da redação final do projeto, imaginavam estar claro que a criação do instituto cingia-se às pessoas naturais.

Mais natural e lógico é imaginar que, no momento da votação e aprovação da Lei, os congressistas tivessem convicção, pela simples interpretação literal do

dispositivo (*caput* do Art. 980-A), que a EIRELI seria constituída por qualquer pessoa, natural ou jurídica.

Vale lembrar sempre que o substitutivo do deputado Marcelo Itagiba foi aprovado por unanimidade na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e que, além disso, nenhum outro congressista, fosse deputado federal ou senador, sugeriu qualquer outra emenda ou apresentou qualquer outro recurso com o fim de corrigir o seu texto, sendo, finalmente, com essa supressão, que o projeto tramitou nas comissões do Senado e foi aprovado nas duas Casas legislativas.

Outrossim, após aprovada a Lei no congresso, submeteu-se esta a uma profunda análise durante o ato de sanção presidencial, que culminou, inclusive, com o veto do § 4º do artigo de Lei aprovado. Assim, o Executivo também chancelou essa omissão, pois poderia vetar o dispositivo ao vislumbrar a possibilidade de constituição da EIRELI por pessoas jurídicas.

Poderia até mesmo vetar a Lei por completo e alegar, em suas razões, essa controvérsia flagrante. Não o fez e, assim, admitiu tacitamente essa possibilidade.

Diante do exposto, levando em consideração a norma como foi, ao seu final, aprovada no Congresso, essa segunda corrente de pensamento admite que a real intenção do legislador foi a de promover a criação das EIRELIs por qualquer pessoa, seja natural ou jurídica.

5.2.6 A possibilidade de criação de EIRELI de natureza simples por pessoas jurídicas

Por fim, o último argumento que se vislumbra para o deferimento da constituição de EIRELI por pessoa jurídica é aquele que vê na constituição de EIRELI de natureza simples por pessoa jurídica essa possibilidade.

Como já informado na introdução deste trabalho, atualmente os cartórios de registro civil das pessoas jurídicas estão aceitando a constituição de EIRELIs por pessoas morais.

Ora, como sabido, somente as Juntas Comerciais dos Estados da Federação são subordinadas tecnicamente, às orientações do DNRC, conforme expresso no art. 6 da Lei 8.934/94. Exatamente por isso, os cartórios de registro de pessoas jurídicas de atividades civis já se valem dessa lacuna legal para constituir

formalmente EIRELIs por pessoas jurídicas à revelia do DNRC e das demais entidades da administração pública.

Tomando como exemplo o sítio do Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas de Belo Horizonte, na internet, têm-se os seguintes informes publicados:

DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA PARA REGISTRO DE ATO DE CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

1)Requerimento, assinado pelo representante legal da empresa individual, solicitando o registro, dele devendo constar o seu nome por extenso, cargo, identidade e residência. Legislação: Lei nº 6.015/73, art. 121. Dec. nº 1.800/96, art. 40. Código Civil, art. 1.151.

2)Original e cópia(s) do ato de constituição, com firma reconhecida, visados por advogado, com a indicação do nome e número de inscrição na respectiva Seccional da OAB, dispensado o Visto quando se tratar de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte. Legislação: Dec. nº 1.800/96, art. 34, I. Lei n.º 8.906/94, art. 1º, II, § 2º - Estatuto da Advocacia. Lei Complementar 123/2006 - Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, art. 9º, § 2º. Código Civil, art. 980-A.

3)Prova de identidade da pessoa natural, titular da empresa individual, mediante apresentação do original ou cópia de um dos seguintes documentos: cédula de identidade, certificado de reservista, carteira de identidade profissional.

Em caso de pessoa jurídica titular: se sediada no país, certidão simplificada do Registro na Junta Comercial (NIRE) ou no Cartório competente e número do CNPJ. Legislação: Dec. nº 1.800/96, art. 53, III, letra “d”. Código Civil, art. 997, 1.150 e 1.054. Legislação: Dec. nº 1.800/96, art. 34, V.

4) No caso de menor de 16 anos, assinatura do representante. Sendo maior de 16 e menor de 18 anos, sujeito aos efeitos da menoridade, assinaturas do menor e do assistente. Legislação: Código Civil, artigos 3º, 4º, 5º e 1.634, V.

5) O ato de constituição deverá mencionar:

I) qualificação do(a) titular pessoa natural: nome, nacionalidade, estado civil, profissão, documento de identidade, órgão expedidor e número do CPF, domicílio e endereço de residência completo, ou seja: rua/avenida, número, Bairro, Cidade, Estado. CEP.

-qualificação de titular pessoa jurídica: se sediada no país: nome, número de registro na Junta Comercial (NIRE) ou no Cartório competente, número do CNPJ e endereço completo, ou seja: rua/avenida, número, Bairro, Cidade, Estado, CEP. Nome, qualificação e endereço completos de seu representante legal. Legislação: Dec. nº 1.800/96, art. 53, III, letra “e”. Código Civil, arts. 980-A, 1.054 e 1.150.

II) denominação ou firma, seguida da expressão EIRELI, objeto, prazo de duração, sede e foro: endereço completo e das filiais, se houver, ou seja: rua/avenida, número, Bairro, Cidade, Estado, CEP. Legislação: Dec. nº 1.800/96, art. 53, III, letra “e”. Código Civil, arts. 980-A e 1.054.

Constar do ato de constituição que a empresa individual de responsabilidade limitada é de natureza simples.

III) capital social, devidamente integralizado, não inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País, expresso em moeda corrente, podendo compreender qualquer espécie de bens, suscetíveis de avaliação pecuniária; Legislação: Código Civil, art. 980-A.

IV) a(s) pessoa(s) natural(is) incumbida(s) da administração da empresa individual, com qualificação completa: nome, nacionalidade, estado civil, profissão, documento de identidade, Órgão Expedidor e número do CPF,

domicílio e endereço de residência, ou seja: rua/avenida, número, Bairro, Cidade, Estado. CEP.

Obs. Caso entenda necessárias, o titular poderá mencionar outras cláusulas. (CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS DE BELO HORIZONTE, 2013)

Constata-se que o informe publicado no domínio do site do Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas de Belo Horizonte (2013, p. 01) é claro ao permitir a constituição de EIRELI por pessoa jurídica.

Não é possível inferir ou julgar que se trata de uma ação ilegal ou de má fé dos Cartórios Cíveis, pois a boa-fé se presume diante de uma norma lacunosa e tecnicamente falha. Além disso, e pior, há uma chancela tácita da Receita Federal, que atualmente está percebendo os tributos de todas as eventuais EIRELIs já constituídas por pessoas jurídicas em todos os Cartórios de Registro Civil em que tal constituição foi permitida.

Assim, se está diante de uma grave situação gerada por um tratamento desigual entre a espécie.

Como já observado⁷³, a EIRELI poderá ser constituída para prestar serviços de qualquer natureza e há a Resolução nº 02, da Comissão Nacional de Classificação (CONCLA) do IBGE, que classifica e atribui o CNPJ às EIRELIs que exercem atividades de natureza simples para fins tributários (BRASIL, 2011). Essa resolução é fruto da Nota COSIT nº 446, da Receita Federal, e nela não há um posicionamento claro sobre a possibilidade ou não de ser constituída por pessoa jurídica, pois se limitou em firmar parecer sobre que a EIRELI poderia, sim, ter como objeto atividade de natureza não empresária, declinando a competência deste registro para os Cartórios Cíveis. Para tanto, utilizou como fundamento o §5º, do Art. 980 –A CC e a aplicação subsidiária das regras das sociedades limitadas.

De fato, as EIRELIs de natureza simples se constituem regularmente e obtêm, em ato contínuo, o seu CNPJ. Após cumprir as outras formalidades exigidas, passam a exercer sua atividade recolhendo tributos e dirigindo-se a todas as instâncias públicas como um ser autônomo e independente do seu titular.

Portanto, não pode aquela pessoa jurídica que constitui, de boa-fé, uma EIRELI em um Cartório de Registro Civil e, sob a sua égide, recebe um CNPJ e

⁷³ Veja-se o item 4.6.5.

inicia as suas atividades, pagando os seus tributos e exercendo o seu objeto de maneira lícita, ser considerada, para qualquer fim, uma entidade irregular.

Caso fosse do desejo da administração pública impedir tais fatos que -frise-se - são públicos e notórios, já teriam sido alvos de medidas administrativas e judiciais com o fim de limitar a constituição de EIRELI simples às pessoas naturais. A própria conduta permissiva ou, no mínimo, omissa, do Ministério Público e de todas as outras entidades administrativas municipais, estaduais e federais, demonstram que a proibição partiu exclusivamente do DNRC ou que, pelo menos, não é compartilhada por todas as instâncias e esferas públicas. Não é, pois, conhecida nenhuma medida tomada no intuito de contestar ou impedir tais fatos junto aos Cartórios Cíveis.

Na verdade, enquanto se discute judicialmente a possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica na Junta Comercial, as EIRELIs de natureza simples, constituídas por pessoas jurídicas nos Cartórios Cíveis, continuam o exercício das suas atividades sem qualquer empecilho ou contestação.

Portanto, diante da possibilidade de constituição de EIRELI de natureza simples por pessoas jurídicas, no âmbito dos Cartórios de Registro Civil, pode-se concluir que poderia ser também permitida no âmbito das atividades empresárias sob o pálio das Juntas Comerciais Estaduais. Dever-se-ia, assim, deferir um tratamento igual à espécie.

5.3 Balanço conclusivo argumentos contrários e favoráveis a constituição da EIRELI por pessoas jurídicas

Enfim, estes foram, os principais argumentos das duas correntes de pensamento. São argumentos robustos, que tornam a interpretação do *novo* instituto extremamente controversa. Evidencia-se que não há nenhum posicionamento que seja isento de críticas sólidas. Destarte, o contexto hermenêutico do instituto fica nebuloso e o trabalho do exegeta, ainda mais difícil.

Resumidamente, a corrente de pensamento contrária à constituição de EIRELI por pessoa jurídica entende que o instituto se baseia em uma demanda já reconhecida pela proteção ao empresário, pessoa natural, no exercício das atividades econômicas. Entendem que as subsidiárias integrais já suprem as necessidades dos grupos empresariais, e que a utilização do termo individual na nomenclatura do instituto revela a intenção do legislador de impedir a sua

constituição por pessoa jurídica. Outrossim, afirmam que a possibilidade de criação de grupos empresariais desvirtuariam a finalidade legislativa.

Entretanto, a corrente oposta, argumenta que não há nenhuma proibição expressa na Lei, que as experiências estrangeiras sugerem e aconselham a possibilidade de constituição por pessoa jurídica e que as subsidiárias integrais não suprem todas as demandas observadas no mercado. Neste sentido, a EIRELI seria um mecanismo de diversificação dos objetos de exploração econômica. Outrossim, observam que não há nenhum empecilho nesta permissão quando se vislumbra a aplicação subsidiária das regras das sociedades limitadas, que a real intenção dos legisladores foi permitir essa hipótese e, além disso, já existem EIRELIs de natureza simples sendo constituídas pelas pessoas jurídicas nos Cartórios de Registro Civil.

Assim, diante desse controvertido contexto, deve-se analisar o atual cenário de proibição de constituição de EIRELI por pessoa jurídica nas juntas comerciais para que, a partir de então, eventualmente, se possa sugerir novos caminhos de interpretação da EIRELI.

Nesse intuito, é preciso valer-se da Análise Econômica do Direito com o fim de trazer a lume a ideia de eficiência, objetivando-se contribuir nessa difícil tarefa de interpretar a EIRELI.

Destarte, antes de se fazer uma análise econômica normativa do Direito, ou seja, antes de se pensar no que *o Direito deve ser*, é preciso fazer uma análise do Direito Posto e do seu atual contexto econômico diante da interpretação hoje dada ao instituto. Enfim, fazer uma análise econômica positiva do Direito, pensar no que *o Direito é*. Observando as nuances institucionais brasileiras.

Na verdade, é preciso mergulhar nos reflexos econômicos e sociais da EIRELI no cenário nacional antes de afirmar qual seria o caminho mais eficiente para a interpretação do instituto pesquisado.

Necessário, então, iniciar outro capítulo para analisar o atual Direito posto e seus reflexos econômicos em uma possível inserção das EIRELIs no contexto dos grupos econômicos, através da possibilidade da mesma ser constituída por pessoas jurídicas. A partir deste entendimento, será possível através da função integradora, interpretativa e fundante do princípio da eficiência, revelar qual interpretação é apta a promover os melhores benefícios sociais com o menor custo.

6 ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA DA EIRELI

Como visto no 2º capítulo deste estudo, a Economia possui uma íntima ligação com o Direito. A teoria neoinstitucional da Economia, vertente dela, chamada por alguns apenas como Economia dos Custos de Transação (ECT) (ZYLBERSZTAJN, 1995, p. 15), atribui às instâncias institucionais uma relevância nunca antes vista.

Como sabido, a análise econômica clássica cingia a sua análise aos custos provenientes dos preços dos fatores de produção e o incipiente custo de oportunidade. Para ela, os custos derivados das instituições de regulamentação dos contratos não eram considerados.

Entretanto, diante da evolução do conceito de custos de transação, os critérios das análises econômicas hoje dependem também de uma observação das formas de distribuição de Direitos e Deveres do ambiente institucional que o agente econômico está inserido.

Para tanto, como afirma ZYLBERSZTAJN (1995, p. 49), diante de uma incompletude, a economia adiciona o elemento da eficiência aos critérios de justiça, isso para buscar que a justiça esteja compatível com a ideia de maximização de riquezas. Veja-se:

A depender da causa da incompletude, o sistema judicial pode agir de uma maneira distinta, sendo a sua função derivar regras sociais e princípios que possam nortear soluções segundo critérios de justiça. A visão econômica adicionaria critérios de eficiência, se possível, associados ao critério de justiça.

O economista, na sua tese, destaca esse papel diante de omissões relativas aos contratos. Entretanto, a premissa estabelecida acima é perfeitamente aplicável no caso ora em debate, pois a omissão legislativa no *caput* do artigo que regulamenta a EIRELI pode também ser preenchida pela hermenêutica que leva em consideração a ideia de eficiência.

Ou seja, diante da incompletude, é preciso destacar qual interpretação será capaz de gerar melhor resultado econômico para a Nação, com o menor custo social.

O que se intenta é fazer uma análise econômica normativa do Direito. Conceituada como “mudanças visando ao aperfeiçoamento das normas; vale dizer,

formular normas que produzam os incentivos para que as pessoas se comportem da maneira que melhor atenda aos interesses sociais”. (SZTAJN, 2005, p. 77)

Para tanto, inicialmente é preciso fazer uma análise econômica positiva, ou seja, analisar o comportamento decorrente do atual sistema legal (ROEMER, 2001, p. 13).

Na verdade, são análises complementares, “os estudos sobre o comportamento regulado (positivo) desempenham uma função importante na formulação de políticas e, por isso, contribuem para a análise econômica normativa do direito.” (POSNER 2002, p.70).

Assim, antes de fazer uma análise normativa e decidir como o Direito *deve* ser para se tornar mais eficiente, é preciso analisar o contexto institucional atual diante da impossibilidade de constituição de EIRELI, nas Juntas Comerciais, por pessoas jurídicas e definir o que é mais eficiente.

6.1 O fomento à atividade produtiva (mens legis)

Como foi destacado no item 2.2 do presente trabalho, o Direito deve admitir para si sua parcela de responsabilidade no fomento ao desenvolvimento econômico da nação. Experiências empíricas demonstram que, regra geral, as políticas neoinstitucionais de Análise Econômica do Direito, obtém bons resultados nos países em desenvolvimento. A doutrina atual informa que a aplicação das teorias neoinstitucionais melhoram “medidas de desenvolvimento, tais como, níveis de renda *per capita*, taxas de mortalidade infantil e taxas de alfabetização.” (DAVIS; TREBILCOCK, 2009, p. 249)

De fato, a interpretação jurídica deve estar alinhada com a expectativa econômica de um país como o Brasil, o qual urge usufruir, em maior escala, da sua potencialidade produtiva e inserir milhares de pessoas no contexto da atividade econômica produtiva.

Na atual conjuntura macroeconômica mundial, baseada em mercados globalizados, o Brasil não pode prescindir de qualquer iniciativa privada legítima, pois isso agrega valor às riquezas em circulação no País e é a força motriz do crescimento econômico.

As trocas eficientes⁷⁴, com a devida correção/compensação de externalidades negativas, são a base fundamental do crescimento econômico sustentável, como visto. Nesse sentido, em uma linha desenvolvimentista, resumidamente, o que se deseja é maximizar a circulação de riquezas, agregar valor aos fatores de produção, estimulando a atividade econômica privada, mesmo aquela unipessoal.

O projeto de Lei da EIRELI sempre foi baseado na tentativa de aquecer a economia e fomentar o desenvolvimento. No projeto de Lei enviado à Câmara, o autor do anteprojeto, deputado Marcos Montes, assim se manifestou:

acreditamos que o Estado terá grandes ganhos no aumento da arrecadação e a economia como um todo evoluirá com a formalização e melhor organização de um segmento importante dos negócios. (BRASIL, 2009)

No mesmo sentido, o anteprojeto do deputado Eduardo Sciarra manifestava-se assim:

Entendemos que, num momento como o atual, de crise financeira mundial, é preciso dinamizar e flexibilizar a atividade negocial, inclusive como forma de impulsionar a economia brasileira. (BRASIL, 2009)

Em outra prova da intenção legislativa, a Mesa Diretora da Câmara definiu que a Lei deveria ser enviada para a Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio e manteve essa decisão, mesmo depois que a Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público pediu a revisão do despacho inicial e a redistribuição do projeto para a sua Comissão. O teor da fundamentação da Mesa Diretora, que classificou a EIRELI no contexto da Comissão de Desenvolvimento, indeferindo o pedido da Comissão de Trabalho, é claro nesse sentido, conforme os seus argumentos:

O Projeto de Lei n. 4.605/09 trata de matéria relativa a instituição de empresa individual de responsabilidade limitada, alterando a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, não sendo tal matéria afeta ao campo temático ou área de atividade da Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público.(BRASIL, 2009)

⁷⁴ Os teoremas da eficiência estão descritos no item 2.1) acima.

No parecer final do Senado, o senador Francisco Dornelles (PP/RJ) também se manifestou pela aprovação do projeto, evidenciando sua importância econômica, inclusive como meio de diminuição dos custos de transação, como transcrito abaixo:

Em muitos casos, a pessoa natural simplesmente deixa de exercer uma atividade econômica organizada em virtude dos elevados custos de transação. Dados da junta comercial do Rio de Janeiro indicam que apenas cerca de dez mil pessoas se inscreverem no registro de empresário no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2010, que conta com uma população de cerca de 13 milhões de pessoas. (BRASIL, 2011)

Portanto, percebe-se que a intenção da Lei sempre foi a de fomentar a economia através da adoção de um modelo institucional desenvolvimentista aliado à ideia, manifestada expressamente nos pareceres, de diminuição dos custos de transação. O Congresso entendeu que o Projeto era afeto à Comissão de Desenvolvimento Econômico e as justificativas dos projetos e os pareceres das comissões sustentam essa intenção fomentadora da atividade produtiva privada.

Assim, enquanto que a *mens legislatoris* da EIRELI é indefinida, no que toca a sua constituição por pessoa jurídica, pois todas as duas correntes de pensamento se abrigam neste argumento, tendo estas duas posições, fortes motivos para a sua convicção, a *mens legis*, ou seja, a intenção da Lei, em sua última instância, é a de fomentar a atividade produtiva e gerar crescimento/desenvolvimento econômico. Não há dúvida de que o aspecto desenvolvimentista da norma foi o motivo basilar de sua inserção no ordenamento.

A pesquisa sobre a intenção do legislador adentra em uma seara subjetiva nebulosa e imperfeita. Contudo, a intenção da Lei é de fácil e objetiva constatação: impulsionar o desenvolvimento econômico.

Diante desse aspecto, conforme ensina Fernando ARAÚJO (2008, p. 109), toda vez que o Estado demova ou inviabilize alguma transação, estará ele, ao mesmo tempo, empobrecendo. Nesse sentido, em termos estritamente pragmáticos, deve-se observar se a interpretação atual está maximizando a geração de riquezas e diminuindo os custos de transação das atividades produtivas?

Para responder a essa pergunta, inicialmente deve-se ter como premissa o fato de que as instituições públicas devem estar aptas a corrigir/compensar as externalidades negativas geradas pela atividade desenvolvida e o agente econômico, regra geral, deseja exercer sua atividade de maneira lícita.

É evidente que, no sentido desenvolvimentista, a interpretação que irá facilitar em maior escala as trocas eficientes é aquela que permite a constituição de EIRELI por pessoa jurídica, pois cada vez que um empreendedor qualquer deixar de exercer uma atividade econômica por conta desta vedação, o potencial produtivo da Nação está sendo, ao menos neste episódio, sacrificado.

Enfim, se houver ao menos uma única pessoa que deixe de exercer uma determinada atividade produtiva por conta da proibição do DNRC, haverá uma consequência lógica de minorar o investimento privado na economia, fato que destoa da ideia de maximização de riquezas.

A ausência de qualquer investimento privado, por mínimo que seja, possui um custo social que não pode ser negligenciado pelo Direito. Quando se imagina que apenas uma única pessoa deixou de investir na economia, os números parecem ser irrisórios diante de toda potencialidade produtiva do Brasil. Contudo, a trincheira de atuação do Direito Privado é em face de cada pessoa individualmente considerada. Assim, para maximizar a potencialidade de investimento e de trocas eficientes, pragmaticamente, deve-se deferir a constituição de EIRELI pelas pessoas jurídicas.

Em uma abordagem de análise econômica positiva do Direito, apenas no que toca ao fomento à atividade produtiva, a atual interpretação não maximiza a potencialidade de investimento na geração e circulação de riquezas. Levando-se em consideração o aspecto desenvolvimentista e a intenção da Lei de fomento à economia, a posição da segunda corrente de pensamento é mais alinhada a uma maior captação de recursos, geração de emprego e renda e também à maximização de valor dos fatores de produção.

Entretanto, é possível que as externalidades negativas geradas por essa interpretação possam ser capazes de tornar essa medida ineficiente em longo prazo. Ou seja, caso esse crescimento seja baseado em externalidades negativas não compensadas ou em acúmulo excessivo de capital em longo prazo, em detrimento da concorrência e da distribuição de riquezas, a eficiência inicial de fomento às trocas pode ter um custo social capaz de tornar inaconselhável essa medida. Assim, é preciso analisar outros aspectos desta vedação hoje constante no registro do comércio brasileiro, para, ao final deste capítulo, concluir qual é a interpretação, em tese, mais eficiente.

6.2 Análise econômica positiva dos grupos econômicos.

Nas suas considerações sobre os “efeitos nefastos” que poderiam ser gerados pela possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica, GONÇALVES NETO (2012, p. 130) aduz que tal permissivo traria como consequência maléfica a formação de grupos econômicos.

Contudo, será a formação de grupos econômicos nefasta para a sociedade? Torna-se essencial, portanto, conhecer a disciplina jurídica dos grupos de empresa para, posteriormente, concluir sobre quais são as externalidades geradas pela entidade coletiva ora sob contestação e, somente então, responder a essa questão.

Evidentemente, serão trazidos à lume apenas alguns aspectos dos grupos econômicos, pois, dada à amplitude da sua dogmática, todas as regulamentações e interpretações sobre o fenômeno grupal importariam um esforço hercúleo, entretanto desnecessário para as conclusões deste estudo.

Assim, será focado este trabalho o atual contexto dos grupos em um paralelo com a EIRELI, ou seja, as suas normas em vista da possibilidade da inserção da EIRELI no seu contexto.

De fato, as regulamentações normativas sobre grupos de sociedades são objeto de análise da doutrina jurídica nacional já há algum tempo. A formação de grupos de pessoas jurídicas para a centralização do controle administrativo e para a diversificação de objetos de atividade é uma realidade inexorável. Segundo REQUIÃO (2008, p. 273), após a Segunda Guerra Mundial, “no campo do direito comercial ocorreu uma verdadeira revolução com o desenvolvimento das idéias e técnicas dos grandes grupos societários, consequência da concentração econômica das empresas”.

Em entendimento semelhante MUNHOZ (2002, p. 85) afirma:

É unânime o entendimento de que o processo de concentração empresarial tem caracterizado a evolução do sistema de produção capitalista. A origem desse movimento pode ser identificada ainda na segunda metade do século XIX, tendo sofrido uma aceleração marcante, sobretudo, a partir da segunda metade do século XX.

Realmente, hoje não é nenhuma surpresa ouvir-se falar de multinacionais e outras corporações gigantescas, que reúnem intensa atividade econômica,

espalhadas em diversas cadeias de pessoas jurídicas sob o controle de um determinado grupo de pessoas.

Em vista dessa realidade fática, o Direito não poderia ficar omissivo. Assim, se desenvolveu, com o passar dos anos, intensa produção bibliográfica para desmistificar os grupos e também para criar meios de corrigir os abusos e as externalidades negativas por eles geradas.

Esse balanço entre a licitude da formação de grupos e o abuso de direito dos seus participantes deve se iniciar pela própria compreensão das espécies e formas de constituição dessa modalidade de concentração econômica.

6.2.1 Grupos de coordenação e grupos de subordinação.

A doutrina aponta que existem duas espécies de grupos econômicos: os grupos de coordenação e os grupos de subordinação.

Os grupos de coordenação também são chamados de grupos igualitários (LOBO, 1978, p. 41), paritários ou horizontais (PIMENTA, 2005, p. 27). Segundo Jorge LOBO (1978, p. 41), esses grupos “originam-se da reunião de empresas independentes sob uma direção única sem relação de dominação e de dependência entre as sociedades-membros.” Nas palavras de MUNHOZ (2002, p. 116), “o elemento unificador dessa espécie de grupo não é o controle, mas a direção unitária, que exige um grau mínimo de orientação comum das diversas sociedades, em prol da consecução de um determinado objetivo.”

Neles, há uma relação paritária entre as pessoas jurídicas. Há um objetivo comum, o que faz nascer o desejo pela parceria, mas nenhuma delas controla a outra. Um exemplo típico desta espécie de grupo é um consórcio formado por sociedades independentes para a realização de determinada obra.

Como não existe uma verdadeira relação de dependência econômica, parte da doutrina “não os classifica como espécie de grupo, mas como mera associação de empresas”. (MUNHOZ, 2002, p. 117).

Independente dessa divergência, as regulamentações para essa espécie de grupo não são aplicáveis no caso de constituição de EIRELIs por pessoas jurídicas. Afinal, se for possível essa modalidade de constituição, necessariamente a EIRELI será controlada de fato pela pessoa que é titular única do seu capital.

É possível que as EIRELIs, em geral, atuem conjuntamente com outras pessoas em relações paritárias, como consórcios ou outras *joint ventures* contratuais, mas sempre será ela, internamente, controlada exclusivamente pelo detentor único do seu capital.

Destarte, os grupos que poderiam ser formados pela constituição, por pessoa jurídica, de EIRELI, seriam necessariamente grupos de subordinação, sob a sua ótica interna.

No grupo de subordinação, ou grupo vertical, há uma relação de hierarquia entre as pessoas que o compõem. As entidades “agrupadas se encontram entre si numa relação hierárquica de dependência: aqui a direcção económica unitária coexiste com a simultânea situação de interdependência das sociedades.” (ANTUNES, 1993, p. 53). Nestes grupos o poder de controle é um elemento unificador.

Do ponto de vista económico, nos grupos de subordinação, há uma orientação única, necessariamente seguida pelas sociedades subordinadas, seja em prol do interesse da sociedade dominante, seja em prol de um interesse global do grupo. Daí se afirmar que o poder de controle é o elemento unificador dos grupos de subordinação. (MUNHOZ, 2002, p. 116)

Aquele que detém o controle e o comando é uma *holding* (TOMAZETTE, 2012, p. 607). Ou seja, pessoa jurídica que “têm como característica diferencial e objeto principal a participação relevante em uma atividade económica de terceiro, em vez do exercício de atividade produtiva ou comercial própria” (CARVALHOSA, 1997, p. 15). São as chamadas *holdings* puras, as *holdings* que não possuem nenhuma outra atividade, senão deter o controle e a participação em outras pessoas jurídicas. Entretanto, a *holding* também pode desenvolver atividade própria, além de exclusivamente participar de outras pessoas jurídicas e controlá-las. Nesse caso, são chamadas de *holdings* mistas. (TOMAZETTE, 2012, p. 603)

Na possibilidade de se permitir a constituição de EIRELI por outra pessoa jurídica, a sua titular será sua controladora. Sendo assim, necessariamente haverá uma relação de hierarquia e subordinação. A EIRELI será a entidade controlada e o seu titular será o seu controlador.

O conceito de controle é um conceito legal que provém das alíneas a) e b), do art. 116, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), e do art. 1.098, I, do

Código Civil. Segundo a Lei, controlador é aquele que detém direitos de sócio que lhe assegura, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral, o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e, além disso, o controlador deve usar efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Uma crítica correta sobre essa determinação normativa se dá pelo fato de que a Lei não “reconhece, explicitamente, o controle administrativo ou gerencial, nem o controle externo” (COMPARATO, 1976, p. 96). Na verdade, a Lei 6.404/76 supôs que o poder de controle estaria necessariamente ligado à “propriedade de ações ou quotas de capital” (COMPARATO, 1976, p. 96).

Segundo Fábio Konder COMPARATO (1977, p. 49), o controle administrativo e gerencial é:

aquele não fundado na participação acionária, mas unicamente nas prerrogativas diretoriais. É o controle interno totalmente desligado da titularidade das ações em que se divide o capital social. Dada a extrema dispersão acionária, os administradores assumem o controle empresarial de facto, transformando-se num órgão social que se auto perpetua por cooptação.(...)

A perpetuação dos administradores no poder é obtida, sobretudo, com a utilização de complexos mecanismos de representação de acionistas em assembleia (*proxy machinery*), explorando-se ao máximo o absenteísmo do corpo acionário.

Já o controle externo pode ser vislumbrado no Controle Econômico, quando “o controle societário será exercido, de fato, por credor ou credores da sociedade” (PIMENTA, 2005, p. 146), como também pode ser visto no Controle Contratual, este que se caracteriza quando:

Ao firmarem entre si um contrato de parceria empresarial, por exemplo, duas ou mais sociedades podem acordar que os atos de controle referentes a uma ou mais dentre as participantes serão praticados de acordo com a vontade exclusiva de outra das sociedades contratantes. Ocorrerá, por assim dizer, uma “transferência contratual” do controle societário. (PIMENTA, 2005, p. 147)

Dessa forma, a EIRELI seria, sob a sua ótica interna, sempre submetida a um grupo de subordinação, podendo até mesmo ser a pessoa de comando do grupo, como também controlada internamente por outra pessoa jurídica. Mas não sofrerá com o controle interno gerencial, pois não há pulverização e dispersão do seu

capital, necessariamente atribuído a apenas uma pessoa. Entretanto, poderá sofrer também com o poder de controle econômico e o poder de controle contratual como é possível em qualquer espécie de sociedade.

Não há, até o momento, nenhum obstáculo, no que se refere à classificação dos grupos, que vede, impeça ou desvirtue a Lei para a inclusão das EIRELs no âmbito da atuação dos grupos empresariais. Tão somente uma necessária adequação diante da certeza da concentração do seu capital em apenas um único titular.

6.2.2 Grupos de fato e grupos de direito.

Ainda na classificação dos grupos econômicos, a doutrina pontua duas formas de apresentação. São os grupos de fato e os grupos de direito.

Os grupos de direito são “aqueles cuja criação resulta da utilização de um dos instrumentos jurídicos que a lei previu taxativamente para tal feito” (ANTUNES, 1993, p. 45). No caso brasileiro são formados por convenção formalmente registrada nos termos do art. 269, da Lei 6404/76.

Conforme ensina OLIVEIRA (1979, p. 589), a convenção dos grupos de direito lembra um contrato de sociedade, mas todos os seus participantes continuam com os seus próprios objetos e não surge, com o registro da convenção, nenhuma nova pessoa jurídica nem se extingue a personalidade jurídica e autonomia dos seus participantes.

Os grupos de direito podem surgir de parcerias com um objetivo comum de dois ou mais participantes, ou apenas “uma mútua interação e negociação para permitir que cada uma das filiadas e a sociedade de comando possam melhor realizar seus próprios e respectivos objetos” (PIMENTA, 2005, p. 28).

Nos grupos de direito regulamentados por convenção, haverá sempre uma sociedade de comando (art. 269, II, LSA); portanto será sempre um grupo de subordinação.

Segundo PIMENTA (2005, p. 29), “esta relação de subordinação ou controle é sempre de natureza societária, ou seja, pautada sobre a participação da controladora (sociedade de comando do grupo) no capital votante da(s) sociedade(s) controlada(s)/filiada(s).”

Já os grupos de fato, “definem-se negativamente como todos aqueles que não se baseiam nos instrumentos previstos na lei para a constituição dos grupos de

direito” (MUNHOZ, 2002, p. 119). Apresentam-se das mais variadas formas, desde simples participações sociais, também na simples formação de contratos verbais ou escritos, ou até mesmo na constituição de subsidiárias integrais com o controle total do capital. Podem surgir através de parcerias empresariais e *joint ventures* em geral, sem a necessidade de participação expressa no capital, isto é, através de contratos com objetivos de cooperação integrada entre as partes envolvidas.

Porém, em que pese à existência ou não de convenção coletiva no grupo, sendo ele de fato ou de direito, a participação em outras sociedades, bem como a constituição de controladas, devem ser escrituradas nos balanços patrimoniais das controladoras por força dos art. 176, § 5, IV, b; art. 247, II e art. 248 da Lei 6.404/76, lei de regência no que se refere às demonstrações contábeis no País.

Em uma análise positiva, a formação de EIRELI por pessoa jurídica serviria, em tese, tanto para constituir os grupos de fato, quanto para integrá-las nos grupos de direito e, mais uma vez, é possível estender as suas normas de regência para a aplicação das suas disposições no contexto também das EIRELIs. Nada veda, impede ou desvirtua a Lei diante dessa possibilidade concreta.

Portanto, cingindo-se à classificação dos grupos econômicos, não se vislumbra nenhum obstáculo para a formação de EIRELI por pessoas jurídicas. Outrossim, não seria preciso acrescer às classificações tradicionais novas espécies de grupos além daqueles já sedimentados na doutrina jurídica nacional.

6.2.3 O choque de interesse entre controladas e controladoras (o abuso do poder de controle)

Outro tema largamente estudado por aqueles que se dedicam a escrever sobre os grupos econômicos é o choque de interesse entre controladas e controladoras.

Ora, evidenciando a existência de relações de subordinação em um grupo empresarial, não há nenhuma surpresa ao se inferir que, em determinadas situações, possam existir interesses divergentes entre a controlada e a sua controladora e uma possível conduta abusiva desta última.

Os conflitos de interesse no âmbito dos grupos de subordinação ocorrem, na sua maioria, no exercício do Direito de Voto.

Não por outro motivo, o art. 115, da Lei 6.404/76 se refere, explicitamente, ao Abuso do Direito de Voto como o meio de conduta a deflagrar o conflito de interesse.

Tratando deste artigo de Lei, GUERREIRO (1983, p. 29) informa que:

Reconhece-se, em primeiro lugar, que o interesse particular de cada sócio, não como sócio, mas como pessoa, pode conflitar com o interesse da sociedade. A Lei 6.404 acolhe tal dicotomia nos §§ 1º e 4º do art. 115. No §1º, verifica-se a vedação ao próprio voto eivado de interesse conflitante com o da companhia. No § 4º, prescreve-se a anulabilidade da deliberação tomada em decorrência do voto do acionista que tem interesse conflitante com o da companhia, tanto quanto a reparação indenizatória a que esta se legitima.

Como sabido, a EIRELI não contará, para a sua formação, com o investimento de nenhuma minoria. Não existem, na EIRELI, “outros sócios”. Portanto, há quem sustente que, no caso de sociedades unipessoais e institutos correlatos, não se aplica nenhuma das formas de conflito de interesse entre sócios, pois não haveria nenhum outro interesse interno a ser considerado. Sobre isso, assim se pronuncia COMPARATO (1977, p. 35):

Na sociedade unipessoal, não há nenhum outro interesse interno a ser levado em consideração, na aplicação das normas legais, além do interesse do titular único do capital social. Por isso mesmo, perdem eficácia todas as regras postas para regular conflitos de interesse entre sócios.

Efetivamente, em uma análise *interna corporis* da distribuição do capital, não há uma pluralidade de interesses capaz de possibilitar qualquer ação legítima em se tratando de sociedades unipessoais ou da EIRELI brasileira, pois nela não há conflito de interesse “entre sócios”,

Ademais, não há como se aplicar na EIRELI algo correlato à ação prevista no art. 246, § 1º da Lei 6.404/76, pois essa ação cabe apenas aos acionistas minoritários. Assim, reduzem-se as possibilidades de conflito. Entretanto, ainda é possível vislumbrar condutas abusivas e prejudiciais à coletividade vinculada à instituição EIRELI.

A evolução das sociedades unipessoais no contexto da Europa Ocidental fez evoluir o conceito de pessoa jurídica para uma instituição dotada de interesse autônomo, mesmo quando o seu capital é concentrado em um único titular. Trata-se do reconhecimento do interesse institucional da preservação da empresa, que recai

sobre todas as pessoas jurídicas constituídas para o exercício de atividades produtivas. Sobre esse quesito, vale reproduzir as palavras de SALOMÃO FILHO (1995, p. 50):

Evidentemente, conceber o *Unternehmensinteresse* como interesse à preservação da empresa, concepção que das sociedades com participação operária propaga-se para todo o Direito societário, permite superar as restrições teóricas existentes contra a limitação de responsabilidade sem pluralidade de interesses. Uma vez definido o interesse social, pouco importa se é um ou se são vários sócios a persegui-lo. Importa apenas criar garantias equivalentes àquelas existentes para a sociedade unipessoal. Evidentemente, tal tarefa tornou-se mais fácil em presença de uma efetiva representação de interesses em conflito, i.e., nos casos de sociedades unipessoais sujeitas à *Mitbestimmung* (co-gestão). Nessas últimas, as mudanças organizativas introduzidas contribuíram para a procedimentalização da atividade social, com a conseqüente diminuição de poderes do sócio único. Com relação às sociedades não obrigadas a admitir a participação operária, tornou-se necessário impor deveres mais rigorosos de publicidade e documentação dos negócios realizados.

Em face disso, ainda que não haja o que falar sobre choque de interesse entre sócios, é possível vislumbrar o choque do interesse da controladora da EIRELI com os seus *stakeholders* em geral, isto é, seus trabalhadores, consumidores, credores e o próprio Estado, isso baseado no interesse social, *externa corporis*, de preservação da empresa.

Especificamente, o choque de interesses entre a controladora e a EIRELI restringem-se aos efeitos do poder de controle sobre as pessoas estranhas ao seu capital. E isso é perfeitamente possível.

Portanto, ultrapassada a questão sobre a possibilidade ou não de conflito de interesse, é preciso identificar em quais situações é possível enquadrar o controlador da EIRELI como uma pessoa que exerce abusivamente o seu poder, gerando danos a terceiros que possuem relação com a sua controlada e, a partir daí, identificar se há mecanismos de compensação para esses possíveis danos.

Cingindo-se às possibilidades já previstas na Legislação, é possível identificar algumas situações de abuso do poder de controle que podem ser percebidas nas ações do controlador de uma EIRELI.

Dividir-se-á essa possibilidade de conduta em uma interpretação inicial do art. 115, da Lei 6.404/76 e, posteriormente, das disposições previstas no art. 117, da mesma Lei, pois são fontes normativas que tratam especificamente sobre o tema e

podem servir de alicerce também na interpretação das condutas do controlador de uma EIRELI -frise-se - seja ele uma pessoa natural ou seja ele uma pessoa jurídica.

O *caput* do art. 115, da Lei 6.404/76 informa que o acionista deve exercer o seu direito de voto no interesse da sociedade e considera abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou para obter para si, ou para outrem, vantagem indevida.

Conforme o § 1º do dispositivo, não poderá, o acionista, votar na deliberação que aprova o laudo dos bens atribuídos para a formação do capital, na aprovação de suas contas como administrador e em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular. Sendo que a deliberação tomada em decorrência do voto do acionista que detém o interesse conflitante é anulável e este responderá pelos danos causados à companhia e pela transferência para ela das vantagens que tiver auferido, conforme § 4º do mesmo artigo.

É evidente que, na EIRELI, o preceito acima é, em parte, inaplicável. Ora, não há deliberação sobre o laudo de avaliação de bens para a formação do capital. Além disso, quando o seu titular é o seu administrador, não há também nenhuma deliberação colegiada para a aprovação de suas contas.

Tais fatos podem facilitar a subcapitalização para a formação do capital e também eventuais fraudes na elaboração das demonstrações contábeis e demais contas da administração, pois não há como essas matérias serem submetidas ao crivo deliberativo colegiado dos outros participantes do capital investido na formação da pessoa jurídica. Não há, na EIRELI, o controle *interna corporis* exercido pelos sócios/acionistas minoritários, como ocorre nas sociedades em geral.

Utilizando-se a fonte subsidiária da EIRELI, em um paralelo com as normas vistas acima, como a mesma se submete às regras das sociedades limitadas, o art. 1074, § 2º do Código Civil, determina que nenhum sócio pode votar matéria que lhe diga respeito diretamente; outrossim, o art. 1078, § 2º, também informa que, na necessária deliberação anual das contas da sociedade, os administradores e conselheiros fiscais não tomarão parte.

Porém, isso também não se aplica às EIRELIs, pois caso o seu administrador seja o seu titular, ele terá a prerrogativa de aprovar as suas próprias contas e, no caso de a mesma ser administrada por terceiro, o seu titular controlador possui meios de subordinar os administradores ao seu próprio interesse particular,

utilizando como instrumento de pressão, a prerrogativa de destituir, a qualquer momento, o seu administrador.

Contudo, há formas de combate dessa nítida possibilidade de externalidade negativa a terceiros eventualmente prejudicados pela subcapitalização e pela fraude nas contas e demonstrações contábeis. Nas normas de regência supletiva da EIRELI, insertas no Código Civil, há expressamente a responsabilidade do titular pela exata estimação dos bens conferidos ao capital, pelo prazo de 5 (cinco) anos (art. 1.055, § 1º). Outrossim, há a obrigação de reposição das quantias e dos lucros retirados, a qualquer título, em prejuízo do capital (art. 1.059). Além disso, qualquer decisão do titular da EIRELI, que seja contrária ao seu ato constitutivo ou à lei, torna ilimitada a sua responsabilidade (art. 1.080).

Portanto, mesmo sem haver a formalidade de uma reunião ou assembleia colegiada, o titular da EIRELI deverá manter a sua escrituração em dia, levantando as demonstrações contábeis fieis à realidade, que informem a posição e os numerários obtidos com o exercício da empresa, tanto para a controladora, quanto para a controlada, e deverá dar publicidade as suas contas e demais alterações do seu ato constitutivo, como qualquer outra sociedade limitada, através das devidas averbações em seu registro.

Caso descumpra esses preceitos, poderá vir a responder pelos prejuízos causados a terceiros, seja pela subcapitalização, seja pelo desrespeito ao patrimônio mínimo expresso no capital, ou seja, pelo agir em desconformidade com o seu ato constitutivo ou a Lei. Haveria, nesses casos, responsabilidade direta e pessoal do titular do poder de controle, através da aplicação específica dos arts. 1055 §1º, 1059 ou 1080, do Código Civil, conforme o caso. Há, portanto, potencial compensação dos eventuais danos causados por estas condutas abusivas do controlador.

Já no se refere ao art. 117, da Lei 6.404/76, o dispositivo impõe responsabilidade pessoal do controlador pelos danos causados por abuso do seu poder de controle. Ademais, dispôs, no seu § 1º, de um rol de condutas que são consideradas como exercício abusivo desse poder.

Dentre elas, se destacam alguns preceitos que possuem o nítido objetivo de evitar danos à coletividade estranha ao capital e que, por conta disso, podem ser também aplicados, por analogia, à EIRELI.

A alínea *a)* do § 1º, do art. 117, determina que o controlador, sob pena de responsabilidade pessoal, não pode orientar a companhia para fim lesivo ao interesse nacional, como também favorecer outra sociedade brasileira ou estrangeira em prejuízo da economia nacional.

O preceito acima é uma ferramenta institucional relevantíssima, principalmente no campo de atuação das instituições públicas de controle à concentração econômica, à livre concorrência e à evasão de divisas. Constitui instrumental muito afeto ao Direito Público, a serviço dos órgãos de proteção à ordem econômica constitucional, sob a tutela da nova Lei 12.529/11. Em tese, também pode ser utilizado em grupos formados por EIRELI.

É importante, também, para a defesa de ameaças externas geradas por sociedades estrangeiras que, em abstrato, podem se utilizar da constituição das EIRELIs para mitigar os riscos dos seus empreendimentos, em prejuízo do interesse nacional. Além disso, podem incorrer em evasão de divisas e não cumprir com as obrigações contraídas no território nacional.

Dada à relevância da possibilidade de constituição de EIRELI por estrangeiros, reservou-se, adiante, um momento próprio para discorrer sobre as externalidades típicas do investimento externo nas atividades econômicas⁷⁵.

Já nas alíneas *b)* e *c)*, do artigo de Lei ora em comento, destaca-se a proteção de atos abusivos como operações societárias⁷⁶, alterações de atos constitutivos e outros, que são cometidos em prejuízo de eventuais trabalhadores e investidores da companhia. Tal instrumento pode ser utilizado também na EIRELI, como ferramenta à tutela dos trabalhadores e eventuais investidores da empresa. Nesses casos, evidentemente, o preceito deve ser aliado às normas de regência compatíveis com a própria natureza do crédito pretendido.

Assim, aqueles devem se valer também das normas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho e estes, através de uma interpretação extensiva das normas com o fim de tutelar o investimento, não só proveniente de participação no capital e aquisição de outros valores mobiliários, como também, os investimentos de natureza diversa, como o mútuo.

Nas alíneas *d)*, *e)* e *g)*, há a previsão de responsabilidade pessoal do controlador que elege administrador e/ou fiscal moral ou tecnicamente inapto; o

⁷⁵ Veja o item 6.3 abaixo.

⁷⁶ Transformação, fusão, incorporação e cisão.

induz a praticar ato ilegal e promove a sua ratificação; também quando aprova contas sabidamente irregulares.

Ressalte-se que esses são outros mecanismos que podem ser utilizados para a tutela de eventuais credores insatisfeitos por práticas abusivas dos controladores. Podem servir de instrumental para a argumentação da tutela do crédito até mesmo nas relações tributárias para a satisfação dos débitos junto às fazendas públicas, ou qualquer outro credor induzido a erro por contas ou demonstrações contábeis fraudadas pelo administrador da EIRELI com a conivência ou indução do seu titular.

Podem ser um instrumento apto a dissuadir tais práticas abusivas e, aliado ao art. 1059 e 1080, do Código Civil, podem servir de meio de argumentação jurídica para demonstrar o abuso e, com isso, impor a responsabilidade direta e pessoal do controlador e do administrador da EIRELI pelos danos causados.

Por fim, o último e relevante instrumento de proteção ao abuso do poder de controle, que pode ser utilizado também na EIRELI, pela via da analogia, está contido na alínea *f*) do § 1º do art. 117. Trata-se da prevenção do abuso nos contratos entre a controladora e controlada, através de contratações não equitativas e favorecimento do titular do poder de mando.

Em outros países, a preocupação na contratação entre o empreendimento unipessoal e o seu titular é flagrante e vem expressa nas suas legislações de regência. As próprias Diretivas da CEE, tanto a diretiva revogada quanto a atual, determinam que os contratos entre as entidades unipessoais e os seus titulares devem ser lavrados em ata e assumir a forma escrita.

Percebe-se que os institutos estrangeiros correlatos à EIRELI, possuem regras próprias com o fim de evitar a externalidade causada pela dilapidação patrimonial revestida na forma de um contrato entre o titular e a sua controlada.

Em Portugal, por exemplo, o art. 270 F, que regulamenta a Sociedade Unipessoal por Quotas, inserido no Código das Sociedades Comerciais, regulamenta, amiúde, essa possibilidade, indicando que tais contratos devem servir para a persecução do objeto da sociedade, devem assumir a forma escrita, serem anexados às prestações de contas e registrados, sendo que a violação do preceito gera responsabilidade ilimitada do sócio controlador. (SANTOS, 2009, p. 107).

Outrossim, na empresa individual de responsabilidade limitada chilena, o art. 10, da Ley 19.857/2003, condiciona a validade do negócio à adoção da forma escrita e ao registro no notariado público.

Já a Lei da empresa unipessoal colombiana (Ley 222 de 1995) é ainda mais rígida ao determinar, no seu art. 75, que a contratação entre a empresa unipessoal e o seu titular, ou entre empresas unipessoais com titular comum são ineficazes de pleno direito. Nota-se que, nesse caso, opto-se por simplesmente tornar ineficaz tal conduta, independente da sua forma ou da equitatividade ou não das suas prestações.

Segundo LÓPEZ (2012, p. 228), tal proibição foi objeto de ação de inconstitucionalidade, mas a corte constitucional colombiana considerou que o dispositivo “busca objetivos constitucionalmente válidos, como assegurar a transparência dos mercados e evitar fraude a terceiros”.

Contudo, o mesmo autor informa, posteriormente, que um dos motivos que tornavam a Empresa Unipessoal menos atrativa para os empresários do que a nova Sociedade Anônima Simplificada foi exatamente essa vedação.

Atente-se para o seu comentário:

Esta proibição gerou como consequência que a EU perdeu atrativo, pois o seu constituinte viu-se limitado nas suas possibilidades de operar e de realizar negócios.

Como já mencionamos, esta desvantagem se enfatizou com a chegada da SAS unipessoal, a qual compartilha com a EU a maioria das suas vantagens, porém não tinha a limitação operativa que mencionamos para a EU, trazendo como consequência uma diminuição do uso da EU para ser substituída pela constituição de SAS unipessoais. (LÓPEZ, 2012, p. 229)

No caso brasileiro, como o legislador foi omissivo nesse aspecto, não há instrumentos preventivos nem limitativos no que se refere aos contratos entre a EIRELI e o seu titular, seja ele pessoa jurídica ou natural. Assim, o controle só pode ser feito pelas vias repressivas, através da utilização da alínea f) do § 1º do art. 117 da Lei do Anonimato, mesmo tendo a EIRELI subordinação subsidiária à lei das limitadas. Afinal tal conduta é contrária à boa-fé, princípio geral dos contratos.

Ora, caso seja percebido que existe um contrato entre a EIRELI e o seu titular em condições não equitativas ou estranhas ao seu objeto, tal fato deve ser considerado como um abuso do poder de controle do titular e, com isso, possibilitar as ações de responsabilidade em face do controlador pelos prejuízos eventualmente causados a terceiros.

Com efeito, não há nenhum obstáculo para a utilização dessa analogia, fazendo valer as normas previstas na Lei das sociedades anônimas e os

princípios gerais do direito contratual. Com isso, se buscará, eventualmente, a responsabilidade pessoal do controlador da EIRELI por abuso no poder de controle na contratação não equitativa entre a controladora e sua controlada.

Notório é que, mesmo diante do fato de a Lei da EIRELI não prever expressamente nenhuma proteção para o choque de interesse entre a controlada e a sua controladora e o conseqüente abuso do poder de controle, é possível estender a responsabilidade civil pela conduta abusiva do controlador para o seu patrimônio pessoal, se utilizando, ora das regras previstas para as sociedades limitadas, ora das normas específicas de responsabilidade do controlador previstas no art. 117 da Lei 6.404/76, bem como através da utilização de princípios gerais do direito contratual como a boa-fé e a função social.

Tais medidas são salutares com o fim de se evitar que condutas abusivas dos controladores sejam capazes de gerar externalidades negativas não compensadas. Lembrando-se sempre que essas externalidades também podem ocorrer em grupos formados apenas com sociedades, pois, como já visto, as limitadas são utilizadas constantemente para a formação dos grupos de empresas, bem como podem ocorrer também em uma EIRELI constituída por uma pessoa natural.

6.2.4 O papel dos grupos econômicos na economia moderna

Como já salientado, a formação de grupos econômicos é uma realidade inexorável. Inicialmente, os grupos de empresas eram vistos como verdadeiros motivadores de crises endêmicas no Direito Societário, mas essa concepção negativa vem sendo paulatinamente alterada diante da realidade empírica do fenômeno grupal.

Na dupla crise da pessoa jurídica, observada por José Lamartine Corrêa de OLIVEIRA, (1979, p. 591), o doutrinador explica que “o grupo de sociedades pode eventualmente servir de elemento detonador de aspecto novo da própria *crise de sistema*.”

Isto, pois, segundo o doutrinador, a esfera de interesses e o quadro patrimonial das sociedades integrantes do grupo ficam totalmente alterados, diante da subordinação das controladas aos interesses das controladoras.

Com efeito, a doutrina jurídica do século passado é marcada pela aversão à concentração econômica dos grupos. No Brasil, uma prova desse receio estava

consagrada na Constituição Federal de 1946, conforme a redação do então art. 148, da antiga Carta Magna:

Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Essa repressão refletia a necessidade de fomentar a concorrência e evitar que a concentração importasse em dominação do mercado e em um aumento arbitrário dos lucros em prejuízo da coletividade atendida pelas empresas.

Entretanto, conforme salienta SALOMÃO FILHO (1995, p. 189), as constituições que se seguiram não mais se referiam expressamente à repressão às uniões ou agrupamentos de empresas, sendo que a atual Constituição Federal de 1988 protegeu o valor da livre concorrência através de princípio estampado no art. 170, IV, se omitindo quanto à repressão aos grupos.

Essa omissão da repressão específica aos grupos se mostra mais atual, pois não há como fugir da realidade econômica manifestada na sua formação. Além disso, os grupos econômicos não se formam apenas como via ou tentativa de monopolizar mercados ou influenciar diretamente na concorrência de determinados setores da economia.

Conforme destaca MUNHOZ (2002, p. 99), os grupos “não ficam restritos às grandes empresas, mas são utilizados também pelas pequenas e médias”. Neste contexto, “dada a facilidade de constituição de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, os empresários as utilizam com frequência para limitar os riscos de suas atividades em áreas diferentes.” (MUNHOZ, 2002. p. 100)

Somente a título ilustrativo, os grupos podem ser formados para mitigar riscos, para diversificar objetos de exploração econômica, para alcançar objetivos ou realizar determinada atividade, cuja consecução seja impossível sem a cooperação de outras pessoas, ou apenas para a centralização da administração de determinadas empresas.

A existência, *de per se*, de um grupo não importa necessariamente em uma concentração exagerada de renda, um meio de inviabilizar a concorrência ou aumento arbitrário de lucros. Nessa diretriz, o direito societário, ultimamente, vem

assimilando a realidade grupal. Vejam-se algumas palavras de ARAUJO e WARDE JÚNIOR (2012, p. 14):

O direito societário, há um bom tempo, já vem se acostumando com a realidade grupal, acomodando, cada vez mais, por especialização (ou, eventualmente, por meio de outras estratégias), antigas tensões, sem de descuidar das novas, desafios próprios de um fenômeno cambiante em constante evolução.

Certamente, o Direito Societário já tendo incorporado a realidade dos grupos, deve se valer do seu ferramental - não apenas para evitar a concentração em detrimento da livre concorrência, matéria mais afeta, inclusive, ao Direito Econômico de natureza pública - mas também das regulamentações dos grupos econômicos formados como os mais variados objetivos.

Como muito bem destacado por ARAUJO e WARDE JÚNIOR (2012, p. 18), o neoinstitucionalismo, sob a luz de robustos fatos, assumiu que a estrutura grupal serviria em determinadas situações como meio de “equacionar, da melhor maneira possível, determinados custos de transação”.

A formação de grupos hoje em dia pode até ser considerada como a principal forma de organização da empresa. Veja-se a afirmação de Eduardo Secchi MUNHOZ:

dados empíricos permitem concluir que, no Brasil, a exemplo dos países desenvolvidos antes mencionados, o fenômeno dos grupos de sociedades penetrou a tal ponto na realidade que podem ser considerados a principal forma de organização da atividade empresarial.(MUNHOZ, 2002, p. 100)

Outrossim, conforme destaca ANTUNES (1993, p. 36), as sociedades hoje em dia não podem ser consideradas isoladamente, pois o protagonista do sistema econômico globalizado é a *empresa plurissocietária*.

Na verdade, os grupos são excelentes formas de organização empresarial e o seu papel na economia moderna é o de tornar as empresas mais eficientes e rentáveis. Sendo este o melhor entendimento sobre o fenômeno concentracionista.

Pode-se afirmar, portanto, que o fenômeno concentracionista procura responder, em linhas gerais, à aspiração das empresas por uma maior eficiência produtiva e alocativa e pelo controle das vicissitudes geradas pela concorrência. Em outros termos, por meio da concentração, procuram as empresas maior poder de mercado e maior rentabilidade, lutando por sua

sobrevivência em um ambiente econômico cada vez mais exigente e seletivo. (MUNHOZ, 2002, p.89)

Não restam dúvidas, então, de que “os grupos de sociedades são um modelo organizacional, entre tantos outros à disposição dos agentes econômicos, bastante adaptado ao exercício legítimo de grandes atividades empresariais” (ARAUJO; WARDE JÚNIOR, 2012, p. 18).

Em vista disso, a EIRELI poderia servir a esse contexto das grandes atividades, como também ao contexto de grupos de médias e pequenas empresas, dada a sua fácil constituição e a sua maleável estrutura organizacional.

Não há dúvidas que existem falhas regulatórias. Em uma análise específica sobre o tema, WARDE JÚNIOR (2012, p. 149) alerta sobre algumas destas falhas, apesar de ponderar que não se trata de “uma crise do capitalismo, mas sim uma crise de regulamentação”.

Evidentemente, não se irão abordar todas as falhas de regulamentação dos grupos, pois esse não é o objeto deste estudo. Apenas cinge-se nas alterações e externalidades oriundas da possível inserção das EIRELIs no seu contexto. Nesse caso, algumas considerações são necessárias.

Uma das principais falhas apontadas na regulamentação dos grupos e foco principal do trabalho de WARDE JÚNIOR (2012, p. 115), está no controle oculto nas sociedades anônimas que pertencem ao novo mercado da BM&FBovespa e que, por conta disso, deveriam, em tese, ter ausência de controle interno.

Tal falha na regulamentação dos grupos, no entanto, não se aplica ao caso de eventuais grupos formados por EIRELIs, pois esta jamais terá o seu capital aberto ao público e o seu controle sempre será flagrantemente exercido pelo titular único do capital. Diante disso, não há razão para temer essa falha regulatória.

Ainda que assim seja, como muito bem descreve ACOSTA (1998, p. 15), a regulamentação dos grupos e as empresas unipessoais devem, em certa medida, relativizar princípios clássicos do Direito Societário como a personalidade jurídica e a responsabilidade limitada dos sócios. Matéria que será vista mais à frente quando da abordagem sobre a mitigação da responsabilidade limitada no Brasil.

Por conseguinte, nas modernas economias baseadas em mercados globalizados, a formação de grupos econômicos é uma realidade inexorável. A sua formação não implica necessariamente uma tentativa de limitar a concorrência ou a

formação de oligopólios, já que grupos podem ser formados para a realização de gigantescos empreendimentos, mas também podem ser constituídos para a exploração de atividades de médio e pequeno porte. A formação deles é apenas mais um instrumento, dentre tantos outros que existem ao alcance do agente econômico, para diminuir os custos de transação na exploração de determinada atividade.

Evidentemente, existem falhas na regulamentação dos grupos econômicos no Brasil, mas o que se pergunta, é: a inserção das EIRELIs, no contexto dos grupos, é capaz de aumentar as externalidades negativas eventualmente geradas pelos grupos econômicos?

Sobre essas externalidades, então, se discorrerá a seguir.

6.2.5 As externalidades dos grupos econômicos

Não há dúvida de que a formação de grupos econômicos serve para o aumento do capital em circulação, a diminuição do custo de transação nos mercados e a diversificação de objetos de exploração econômica dos empreendedores.

Consoante isso, a formação de grupos é salutar para a economia, pois diminui os custos de transação dos empreendedores e aumenta a produtividade e a eficiência na alocação de recursos, trazendo, como consequência lógica, um maior valor aos fatores de produção, maior distribuição de empregos, maior arrecadação de tributos e diminuição do ônus estatal para a satisfação de determinadas demandas de consumo. Trata-se de um método escolhido pelos empreendedores com o fito de serem mais eficientes na realização dos seus respectivos objetos de atuação. Como diminui o custo de transação e facilita as trocas, em uma perspectiva inicial, gera externalidades positivas.

Segundo Richard Posner, o alto custo de transação em determinado mercado é um incentivo indireto à formação de cartéis e de preços monopólicos. (2003, p.290)

Em tais condições, os agentes econômicos costumam atuar de forma oportunista, em uma sofreguidão parasitária. Tal “disfunção oportunista”, segundo ARAÚJO (2008, p.114), “consiste essencialmente no facto de uma das partes, ou até ambas reciprocamente, poderem fazer degenerar a prometida conduta de

cooperação numa conduta de apropriação de ganhos à custa dos interesses e expectativas da contraparte”.

Essa “sofreguidão parasitária” e oportunista é percebida no mercado, mesmo na ausência da possibilidade de as EIRELIs se inserirem nos grupos econômicos.

Como já descrito, as sociedades limitadas já atuam constantemente nos grupos de empresas (LUCENA, 1996, p. 192) (MUNHOZ, 2002, p. 99), e a elas já é permitida a utilização de instituto parecido com a EIRELI - as subsidiárias integrais.

Porém, para os médios empreendedores, a formação de grupos - via EIRELI - seria uma forma de diminuir os custos operacionais exigidos para a constituição de subsidiárias, estas que, também, como visto, não atendem todas as demandas de formação de empresas, pois sua constituição é limitada às sociedades nacionais, não podendo ser constituída por estrangeiros nem por outras espécies de pessoas jurídicas.

Ademais, nenhuma sensível modificação ou externalidade negativa seria sentida na permissão das EIRELIs formadas por pessoas jurídicas, exceto na possibilidade de facilitação do abuso do poder de controle, aspecto que também pode ser vislumbrado através das subsidiárias e das sociedades unipessoais de fato.

Como visto⁷⁷, é fácil, para o controlador do empreendimento unipessoal, qualquer que seja ele, subcapitalizar o seu capital, desrespeitar a sua intangibilidade e também fraudar as suas contas. Também está demonstrado, entretanto, que existem mecanismos normativos aptos a corrigir e compensar os prejudicados por esses desvios e abusos.

Destarte, em uma análise de eficiência, baseada nos termos de “Kaldor-Hicks”, se há a compensação potencial das trocas e a possibilidade efetiva de internalização das externalidades negativas, a troca é eficiente.

Ademais, condutas oportunistas e defraudadoras são esperadas em qualquer economia capitalista, pois isso decorre da própria natureza egoística humana. Quando esse for o caso, deve-se buscar a punição dos agentes e a compensação dos prejudicados, através da responsabilidade civil, administrativa e penal dos culpados.

⁷⁷ Veja-se o Item 6.2.3.

Porém, macroeconomicamente, deve se avaliar se essas condutas episódicas são capazes de, pragmaticamente falando, tornar um instituto ineficiente como um todo, ou seja, se a eventual - mas já esperada- perda de alguns, é suficiente para inviabilizar o ganho social obtido com o instituto em análise.

Portanto, em uma análise do atual contexto dos grupos econômicos, não se vislumbram, na possibilidade de constituição de grupos por EIRELIs, maiores externalidades negativas, senão aquelas que já são sentidas na economia atual em que é vedada essa possibilidade.

Todavia, a conclusão da análise positiva do contexto atual - em que a EIRELI não pode ser constituída por pessoa jurídica - só será possível após a análise de outros fatores deste ordenamento. Principalmente dos que garantem a internalização das externalidades, pois, caso os prejudicados detenham apenas um potencial de compensação inexecuível concretamente, a maximização da atividade produtiva, com a abertura do acesso à EIRELI a qualquer pessoa jurídica, pode se mostrar socialmente ineficiente a longo prazo.

Nesse ponto, deixar-se-á de abordar especificamente os grupos econômicos e passar-se-á a descrever outras características do atual contexto institucional brasileiro.

Inicialmente, essa abordagem se fará em um estudo específico e pragmático da responsabilidade limitada e nos mecanismos de internalização do custo social proveniente da atividade econômica, que se reflete através da mitigação da limitação de responsabilidade.

6.3 A distribuição de risco e a mitigação da responsabilidade limitada no Brasil

Como foi visto na evolução histórica da limitação da responsabilidade nas atividades econômicas, este instituto sempre se baseou na redução dos riscos com o fim de atrair investimentos privados nas atividades. A base fundamental da limitação da responsabilidade é o incentivo ao investimento dos particulares. É o aporte do capital privado na atividade econômica!

A necessidade de desenvolvimento econômico impõe ao Estado o desejo de atrair o investimento privado, desonerando-o desse múnus. Quando o ente privado investe o seu capital na atividade, atende determinadas demandas da coletividade independente de investimento público. Além disso, gera a circulação de produtos e

serviços, aumentando as rendas privadas e a captação de receitas públicas em consonância com a ideia de maximização de riquezas.

Mas, quando o risco do investimento é muito alto, a possibilidade de ruína pessoal desestimula o investimento. Dessa forma, o meio encontrado para fomentar o desenvolvimento foi, desde a *Societates Publicanorum*, em Roma, exatamente a limitação da responsabilidade do investidor.

A limitação da responsabilidade reduz drasticamente o custo de agência, entendido como os recursos despendidos pelo empreendedor para o monitoramento da atividade. Caso a responsabilidade seja ilimitada, necessariamente, o agente deve se cercar de diversos mecanismos de salvaguardas que aumentariam enormemente o custo de transação das atividades, refletindo esse custo, evidentemente, nos preços dos produtos e serviços oferecidos nos mercados privados. Ou então - o que é pior - na ausência de investimento em determinados setores da economia, impondo ao Estado a obrigação de atender diretamente determinadas demandas de consumo.

Discorrendo sobre o tema, SALOMÃO FILHO (1995, p. 176) informa que a limitação da responsabilidade serviu como “meio de controlar os riscos econômicos em atividades *per se* muito arriscadas.” Como, por exemplo, cita os armadores nas navegações marítimas das distantes colônias.

Entretanto, para o autor, nos “tempos modernos, desaparecidos tais fatores, cumpre indagar das justificativas para a responsabilidade limitada”. Segundo este, hoje em dia, o instituto da limitação da responsabilidade pode servir, não como um meio de “proteção contra da ruína pessoal, mas sim, como garantia de exercício da atividade com o máximo de poder e o mínimo de risco possível (o comportamento de *free rider*)” (SALOMÃO FILHO, 1995, p. 176).

Em pensamento diametralmente oposto, alguns doutrinadores entendem que os riscos econômicos dos empreendimentos são, atualmente, tão grandes quanto na época das grandes navegações. Em relação a isso, vale reproduzir algumas palavras de Roger ISCHER (apud WARDE JÚNIOR, 2007, p. 147).

Nos dias atuais, submeter-se ao ‘risco ilimitado de uma empresa’ significa estar em perigo de ser totalmente arruinado pelo efeito de circunstâncias independentes a sua vontade [...] mencionaremos as medidas imperativas do Estado, a instabilidade monetária, a variação de preços, a escassez de crédito, a nacionalização de bens no estrangeiro, a falência de clientes e de

bancos, a voracidade fiscal, em fim, um conjunto de problemas que chamamos de 'crise econômica'.

De fato, além das crises econômicas, o risco da atividade empresarial no Brasil ainda é maior por conta da intensa mitigação da limitação da responsabilidade no sistema normativo nacional.

Na verdade a limitação da responsabilidade hoje em dia, no caso brasileiro, não é um instituto no qual o empreendedor possa confiar.

Um argumento sempre utilizado por aqueles que desejam impedir a constituição da EIRELI por pessoas jurídicas é, exatamente, a limitação da sua responsabilidade e a conseqüente possibilidade de frustração dos créditos gerados pela atuação dos responsáveis pela EIRELI (GONÇALVES NETO, 2012, p. 130).

Porém, a limitação de responsabilidade, atualmente, passa por uma situação paradigmática. Para WARDE JÚNIOR (2007, p. 163 e seguintes), a limitação da responsabilidade passa por um momento de crise. Já para SALAMA (2012, p. 02), a situação ainda é mais grave, apontando, inclusive, "o fim da responsabilidade limitada no Brasil".

Em correta afirmação, SALAMA (2012, p. 02) informa que, na prática, a responsabilidade ilimitada é a regra geral no País.

Em discurso semelhante, TOKARS (2007, p. 43) alega que a desconsideração da personalidade jurídica, hoje em dia, é uma regra, não apenas uma exceção. Em seu arrazoado, esse autor afirma que "os efeitos desta ampliação de âmbito de aplicação da desconsideração são desastrosos. Amplificaram-se absurdamente os riscos impostos aos empreendedores." E complementa, aduzindo que essa excessiva mitigação se traduz em um desestímulo ao empreendedorismo.

Em afirmação semelhante SOUZA (2009, p. 497) destaca que "a impossibilidade de limitação patrimonial, ou a falta de garantia de seu bom e estável funcionamento, compromete o desenvolvimento do mercado, porque desestimula a iniciativa empresarial."

Entretanto, mesmo sendo reconhecido esse desestímulo à empresariedade, a limitação de responsabilidade no Brasil é extremamente mitigada.

De fato, não há porque os doutrinadores temerem a irresponsabilidade do titular da EIRELI pelas dívidas constituídas por esta pessoa, levando em consideração, exclusivamente, o instituto da limitação da responsabilidade.

Evidentemente, a irresponsabilidade pode ocorrer pelos mais variados fatores, principalmente pelas condutas fraudulentas; porém, no Brasil, dificilmente será por conta do instituto da limitação de responsabilidade.

Conforme ensina o escol de Luiz Gastão Paes de Barros LEÃES (2000, p. 239), a sucessão de passivos empresariais só ocorre quando resulta da vontade das partes ou quando se opera *ex vi legis*.

Em se tratando de sucessão de passivos por conta da legislação, os credores de uma pessoa jurídica brasileira - na qual os seus titulares têm, em tese, responsabilidade limitada ao seu aporte de capital - possuem um ferramental robusto para a proteção de eventuais créditos não satisfeitos. A sucessão obrigacional ocorre, ora através de responsabilidade subsidiária direta, às vezes até mesmo revestida de desconsideração da personalidade jurídica imotivada, ora como imposição legal de responsabilidade solidária.

Podem-se ver, abaixo, alguns exemplos normativos elucidadores que poderão servir no caso em que EIRELI seja constituída por uma pessoa jurídica:

No que toca aos eventuais credores trabalhistas de uma EIRELI formada por pessoa jurídica, a Consolidação das Leis do Trabalho, art. 2, § 2º, impõe a responsabilidade solidária do controlador pelas dívidas trabalhistas da sua controlada, conforme se segue:

Art. 2º [...]

§ 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.

No mesmo sentido, os eventuais consumidores não satisfeitos, que venham a sofrer por danos causados pelos produtos ou serviços prestados pela EIRELI, também podem buscar a satisfação da obrigação no patrimônio do seu titular, por força do art. 28 da Lei 8.078/90, do Código de Defesa do Consumidor, a seguir:

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

[...]

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

[...]

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

No que se refere a obrigações junto à seguridade social, a responsabilidade solidária do controlador da EIRELI também decorre de Lei expressa, de acordo com o teor do art. 30, IX da Lei 8.212/91:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

[...]

IX - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei;

Em caso de dano causado ao meio ambiente, o controlador também irá responder pelas obrigações da sua controlada, através de responsabilidade subsidiária, revestida de desconsideração da personalidade jurídica imotivada, como preceitua o teor do art. 4º, da Lei 9.605/98.

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Em sentido semelhante, a nova Lei 12.529/11, de proteção à ordem econômica, impõe responsabilidade ao controlador de uma EIRELI, no caso de dano provocado por infração à ordem econômica, consignada na redação do art. 33, que impõe solidariedade obrigacional ao grupo, e no art. 34, parágrafo único, que expressa verdadeira responsabilidade subsidiária revestida de desconsideração da personalidade jurídica, veja-se:

Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Além, disso, caso ocorra um fechamento irregular do estabelecimento da EIRELI, sem a satisfação dos débitos tributários, por força do art. 135, III, do Código Tributário Nacional, o sócio controlador e o administrador da EIRELI poderão vir a responder pessoalmente pelos débitos fiscais. Isso porque é considerada uma ilegalidade o fechamento do estabelecimento sem a devida baixa no registro, o que só se viabiliza diante da apresentação de certidões negativas de débitos tributários. Segue-se o teor do dispositivo comentado:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
[...]
III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Trata-se de responsabilidade de terceiro pelos débitos tributários, que ainda pode ser cumulado com o art. 5, V, do Decreto-Lei 1.598/77. Este impõe, de maneira expressa, a responsabilidade pessoal dos administradores da pessoa jurídica pelos débitos tributários, como se pode ver a seguir:

Art 5º - Respondem pelos tributos das pessoas jurídicas transformadas, extintas ou cindidas:
[...]
V- os sócios com poderes de administração da pessoa jurídica que deixar de funcionar sem proceder à liquidação, ou sem apresentar a declaração de rendimentos no encerramento da liquidação.

Portanto, pode-se perceber que o ferramental normativo hoje existente no Brasil faz, realmente, acreditar, como defendido por SALAMA (2012, p 02), que não existe limitação de responsabilidade em solo pátrio, principalmente quando se trata de grupo empresarial. De fato, como leciona ACOSTA (1998, p. 19), em termos de grupos econômicos, princípios “sagrados” como a limitação de responsabilidade são reexaminados.

Na verdade, segundo o mesmo autor, “existe um valor diferente em jogo na determinação da aplicabilidade da responsabilidade limitada segundo se trate de

uma sociedade de capital autônoma e independente e de uma sociedade de capital inserida em um grupo empresarial” (ACOSTA, 1998, p. 21).

Exatamente por conta disso, vê-se uma mitigação de responsabilidade ainda mais atuante quando se trata de grupos econômicos. Consoante a este entendimento, até mesmo nos contratos de mútuo e em relações contratuais análogas, junto às instituições financeiras, a outorga do crédito normalmente depende de garantias reais ou fidejussórias. Assim, até mesmo nesses casos há, regra geral, garantias para o adimplemento das obrigações.

A necessidade de comprovação de alguma fraude ou abuso de direito configurado pela confusão patrimonial ou desvio de finalidade para a utilização da regra geral de desconsideração da personalidade jurídica, estampada no art. 50 do Código Civil está, atualmente, totalmente esvaziada.

Decerto, a tutela dos credores normalmente se dá pela utilização das normas típicas das relações em análise e, com isso, se valem dos dispositivos legais acima apontados.

A limitação da responsabilidade, portanto, via de regra, poderá ser mitigada, ou por meio de responsabilidade pessoal por abuso do poder de controle, como visto⁷⁸, ou por meio da utilização dos preceitos legais acima transcritos.

Os credores contratuais, que aderem voluntariamente a uma relação jurídica equitativa com a EIRELI, conhecem do regime de limitação da responsabilidade do seu titular e, com isso, possuem a prerrogativa de assumir ou não o risco do inadimplemento. São os chamados credores voluntários. Nesses casos, a limitação da responsabilidade se justifica pela adesão voluntária ao pacto e também pela ausência de parte vulnerável na relação jurídica.

Contudo, a tutela legal deveria também focar os seus instrumentos para a proteção da responsabilidade extracontratual, ou aquiliana, pois, nesse caso, não há uma relação anterior entre aquele que detém o direito subjetivo e aquele que possui o dever jurídico. Nessas circunstâncias, é possível vislumbrar a ineficiência causada pela externalidade negativa do inadimplemento do débito. Mormente tendo em vista que nenhuma das normas que impõem responsabilidade solidária ou subsidiária vistas acima é adequada para a situação jurídica gerada pelo dano causado por ato

⁷⁸ Veja-se o item 6.2.3, acima.

ilícito a uma pessoa que jamais assumiu o risco de negociar com o agente. Esses são os chamados credores involuntários.

Segundo SILVA (2004, p. 447), os “credores involuntários são aqueles que não podem se proteger contratualmente nem assumir o risco de negociar com a sociedade sem recursos financeiros”.

Esses, em algumas situações, podem se valer das normas protetivas contra o abuso do poder de controle⁷⁹ e impor a responsabilidade pessoal do controlador da EIRELI pelos danos causados por condutas abusivas. Entretanto, em algumas situações, nem mesmo essas normas podem servir ao caso concreto. Assim, há a real possibilidade de existir, em uma determinada situação jurídica, a externalidade negativa causada pelo inadimplemento de obrigação derivada de delitos civis, cumulada com a utilização do instituto da limitação de responsabilidade.

O problema dos credores involuntários é de difícil solução, pois não há proteção adequada para esses credores nas normas brasileiras.

No Direito norte-americano, para salvaguardar essa situação, segundo SILVA (2004, p. 448), há a desconsideração da personalidade jurídica quando o capital é incompatível com a natureza dos riscos que se pode esperar da atividade desenvolvida pelo agente. Também, quando o capital era compatível com os riscos do negócio e, posteriormente, reduzido em prejuízo de eventuais credores involuntários.

Em consonância com esse entendimento, HALPERN; TREBILCOCK e TURNBULL (1980, p. 149), discorrendo sobre os credores involuntários, afirmam que:

Quando uma empresa impõe unilateralmente custosa outra parte através de procedimentos ilegais, envolve considerações semelhantes⁸⁰. Mais uma vez, pode-se argumentar que os diretores da empresa devem ser pessoalmente responsáveis para esta classe de credor. No geral, quando essa exceção se aplica, o fato iria ajudar amplamente a corporação, tal regra iria minimizar os custos de informação que os proprietários teriam de enfrentar no monitoramento riqueza do outro, reduziria os custos de transação dos credores em cumprimento de reivindicações, e se mostraria como incentivos para adotar custos de precauções.

⁷⁹ Veja-se o item 6.2.3, que trata do abuso do poder de controle.

⁸⁰ Neste momento, os autores se referem à responsabilidade pessoal dos diretores e administradores do empreendimento.

Realmente, os riscos da atividade devem ser levados em consideração no momento de fixar o valor do capital da empresa, pois, evidentemente, quando ela é capaz de responder pelos seus próprios atos ilícitos, não há interesse de agir, para buscar no patrimônio do seu titular ou administrador, a satisfação do débito.

A subcapitalização em relação aos riscos normalmente esperados no negócio pode até ser mitigada pela utilização do princípio da boa-fé objetiva; porém, no sistema normativo brasileiro ainda não há nenhum dispositivo que imponha, expressamente, a exigência de compatibilidade entre a atividade desenvolvida e o capital aportado para o negócio. Certamente, se trata de uma falha na regulação normativa nacional.

Mas, nas lições de WARDE JÚNIOR (2007, p. 158), existem ainda outros caminhos para a salvaguarda dos credores involuntários, como se segue:

A limitação de responsabilidade afirmar-se-ia como solução eficiente, ressalvado o problema dos *involuntary creditors*, para os quais a desconsideração da personalidade jurídica torna-se – juntamente com os requisitos de capital mínimo, o seguro obrigatório e a responsabilidade dos administradores – um instrumento de redistribuição de custos.

Decerto, não há como negar que, nos casos de credores involuntários, a ideia do capital mínimo da EIRELI é salutar para garantir o adimplemento daqueles que sofrem prejuízos por atos ilícitos extracontratuais.

Nesse diapasão, os credores involuntários, não tutelados por nenhuma daquelas normas acima apontadas de responsabilidade subsidiária ou solidária, podem efetivamente sofrer com a limitação da responsabilidade do titular da EIRELI. Por outro lado, a existência de capital mínimo e a garantia desse valor como patrimônio mínimo do ente, conforme comando expresso no art. 1.059, do Código Civil, faz com que a EIRELI seja, inclusive, mais apta a evitar essa ineficiência do que as sociedades limitadas em geral, que não possuem a exigência do capital mínimo na sua constituição.

Diferentemente do que ocorre nas sociedades limitadas, que podem ter um capital ínfimo, fato inclusive corriqueiro, a determinação de capital mínimo da EIRELI serve como um instrumento apto a diminuir essa possibilidade de externalidade negativa, diante do fato de que, ao menos se garante, em tese, a existência de um patrimônio não inferior a 100 (cem) salários mínimos no acervo da empresa.

Assim, independentemente do acerto ou erro do legislador brasileiro em mitigar excessivamente a responsabilidade limitada, fato que não se propõe concluir neste curto espaço de discussão, o temor e receio da irresponsabilidade do titular da EIRELI pelas suas obrigações, por conta exclusivamente da sua responsabilidade limitada, deve ser minorado, pois na prática mercantil, essa limitação é uma exceção à regra geral.

Outro ponto que merece algumas palavras quando o assunto é a limitação da responsabilidade, é o chamado “risco moral”. Na doutrina norte-americana, é conhecida e difundida a teoria do risco moral (*moral hazard*), principalmente em questões relativas a contratos de seguro. Segundo essa teoria, o agente econômico possui mais informações do que a seguradora, sendo que esta última possui uma expectativa de conduta baseada nas informações prestadas pelo segurado. Porém o primeiro pode assumir riscos não calculados no momento da contratação, exatamente pela assimetria de informação existente entre as partes (HALPEN; TREBILCOCK; TURNBULL, 1980, p. 140).

Em um paralelo com a teoria do risco moral, os agentes econômicos possuem mais informações sobre o seu negócio do que as entidades governamentais e também os seus contratantes. Assim sendo, não há, *a priori*, uma definição exata de quais riscos eles estão dispostos a assumir e qual será a sua conduta após a formação do contrato. Destarte, há uma elevação natural do custo de informação daqueles que contratam com o agente econômico, mormente tendo em vista a sua limitação de responsabilidade, que pode ser um fator a contribuir para a assunção de maiores riscos pelo agente.

No entanto, regra geral, o titular da EIRELI será responsável, solidária ou subsidiariamente, pelas obrigações da pessoa jurídica por ele constituída e controlada. Principalmente quando se trata de grupo de subordinação em que a EIRELI for constituída por outra pessoa jurídica. Assim, reduz-se sensivelmente o custo de informação das pessoas que contratam com entidades de responsabilidade limitada no País. Nesse caso, não há a necessidade de se preocupar excessivamente com o chamado risco moral.

Em outras palavras, a mitigação excessiva da responsabilidade limitada do titular da EIRELI, no Brasil, faz com que a teoria do risco moral seja inaplicável, pois não há como conceber que, aqui, uma pessoa assuma maiores riscos do que o que se pode esperar fiando-se no instituto da limitação de responsabilidade.

Portanto, a EIRELI, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, como meio de formação de grupo de subordinação, possui responsabilidade limitada do seu titular apenas na redação da sua nomenclatura. Trata-se de uma verdadeira falácia livresca, pois, de fato, perante a tutela jurisdicional e as normas positivas do ordenamento brasileiro, a responsabilidade do titular da EIRELI é, normalmente, ilimitada, sendo a limitação uma rara exceção a essa regra.

6.4 A captação de recursos externos (a formação de EIRELI por estrangeiros)

Uma preocupação constante entre os defensores da tese de que a EIRELI não deve ser constituída por pessoa jurídica é o fato de que, tal imposição também resguardaria a economia nacional das externalidades negativas da evasão de divisas e irresponsabilidade de estrangeiros, que se serviriam do instituto em “sofreguidão parasitária”, reveladora de disfunções negativas no mercado.

Como sabido, a sociedade estrangeira só pode funcionar no Brasil após pedido de autorização endereçada ao Poder Executivo, preceito estampado no art. 1.134, do Código Civil. Todavia, poderia esta, em tese, se valer das EIRELIs para alcançar seu desiderato, independente de autorização, pois, para fins de Direito, a EIRELI seria nacional se organizada em conformidade com as Leis do Brasil, possuindo sede administrativa em território nacional, independente da origem do seu titular, conforme expresso no art. 1.126, do Código Civil.

Para GONÇALVES NETO (2012, p. 130), isso seria um dos efeitos nefastos da possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica, conforme assim se manifestou:

As sociedades estrangeiras adotariam conduta idêntica, deixando de abrir filiais para operar no Brasil (o que torna letra morta o conjunto das disposições que tratam da autorização para seu funcionamento no território nacional e, bem assim, a norma que só permite a constituição da subsidiária integral por sociedade brasileira).

As sociedades têm sistematicamente evitado pedir autorização para funcionar no Brasil. Com a flexibilização do conceito de sociedade brasileira pela Emenda Constitucional 6/1995, que aboliu a categoria de empresa brasileira de capital nacional, elas passaram a constituir sociedades no território nacional, normalmente agregando-se a um sócio brasileiro. Sendo-lhes permitida a criação de EIRELIs, fica removida a última barreira: criam uma pessoa jurídica brasileira totalmente autônoma, sem parceiros e formalmente desvinculada da matriz que, assim, livra-se de responder pelas obrigações que contrair em nosso território.

De fato, conforme o próprio GONÇALVES NETO (2012, p. 130) informa, as sociedades estrangeiras constituem regularmente outras sociedades nacionais se valendo da possibilidade de agregar um sócio ao seu empreendimento e, com isso, evitam os pedidos de autorização.

O entendimento majoritário da doutrina é que essa possibilidade de investimento no capital de sociedades nacionais não se cinge apenas às sociedades anônimas, como faz crer o *caput* do art. 1.134, mas para qualquer outra espécie de sociedade (GREBLER; GREBLER, 2004, p. 405 – 406)(GONÇALVES NETO 2012, p. 596).

Esse entendimento foi, inclusive, objeto de enunciado na V Jornada de Direito Civil:

Enunciado nº 486: Art. 1.134: A sociedade estrangeira pode, independentemente de autorização do Poder Executivo, ser sócia em sociedades de outros tipos além das anônimas.

Assim, percebe-se que a participação estrangeira em sociedades já é amplamente concebida pela doutrina pátria. Igualmente, as juntas comerciais do Brasil, muito antes do recente enunciado, já promoviam o registro, atuando em conformidade com as normas do DNRC.

A instrução normativa nº 98/2003, do DNRC, no item 1.1, determina que, para a constituição de sociedade limitada, a sociedade estrangeira sócia deverá apresentar os seguintes documentos: *i)* prova de existência legal da empresa e da legitimidade de sua representação (representante legal ou procurador); *ii)* inteiro teor do contrato ou do estatuto; *iii)* procuração estabelecendo representante no Brasil com poderes para receber citação; *iv)* tradução dos referidos atos, por tradutor matriculado em qualquer Junta Comercial. (BRASIL, 2003, p.10)

Além disso, evidentemente, a sociedade constituída deverá ter administrador residente no País, com poderes para representá-la judicial ou extrajudicialmente em território nacional.

Por certo, esse entendimento é o mais acertado. Não se justificava, à época do lançamento do Código Civil, que a atuação de sociedades estrangeiras fosse limitado apenas à participação em sociedades anônimas. Sobre isso, seguem-se os argumentos manifestados por GREBLER e GREBLER (2004, p. 407)

O fato é que, durante décadas, a tradição jurídica nacional, refletindo a realidade econômica e social vigente no País, acolheu sem restrições a possibilidade de as sociedades estrangeiras participarem do capital de sociedades limitadas brasileiras, sendo paradigma disto o fato de que 32 entre as 100 maiores empresas sob o controle estrangeiro se revestem de forma de sociedades limitadas.

Não se pode ignorar, tampouco, o estágio em que se encontra a economia mundial, caracterizada pela ampla comunicação entre mercados, na qual os investimentos em atividades produtivas conduzem a internacionalização da atividade econômica e a integração dos Estados. Não se conceberia que nos dias atuais, em que países têm se reunido em blocos regionais e a atividade produtiva se espraia pelos países receptivos ao investimento estrangeiro, se levantassem obstáculos de natureza formal a um dos principais veículos de captação de recursos externos, como é a participação de sociedade estrangeira em sociedade limitada brasileira.

Conforme salienta GREBLER e GREBLER (2004, p. 407), o Banco Central, em 2001, concluiu um censo que contabilizou uma cifra total de R\$ 351,7 bilhões em investimento estrangeiro no capital de sociedades.

Em dados mais atuais, o investimento externo em participação no capital de sociedades, em 2010, chegou à casa dos US\$ 587,2 bilhões, conforme o censo de 2010-2011, último registro publicado pelo Banco Central do Brasil. (BRASIL, 2013)

Observe-se que, se for levada em consideração a taxa de câmbio, o valor de investimento atual é, aproximadamente, 3 (três) vezes maior do que há 10 (dez) anos atrás, ou seja, uma fonte robusta de captação de recursos para a atividade produtiva nacional.

O crescimento do investimento externo no Brasil é festejado pelos economistas. Pois constituem fontes não negligenciáveis de fortalecimento do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro. São, sem dúvida, um reflexo da estabilidade da economia nacional desde o fim do século passado, como também refletem o fortalecimento progressivo das instituições democráticas brasileiras. Neste sentido, veja-se a lição de MUNHOZ (2002, p. 98):

as empresas, de origem estrangeira, para desenvolverem negócios no Brasil, costumam constituir sociedades por quotas de responsabilidade limitada ou sociedades por ações, ou seja, sociedades brasileiras controladas por estrangeiras, integrando, portanto, um grupo empresarial. Nos últimos anos, sobretudo após a implantação do Plano Real, em 1994, o Brasil tem sido repetidamente apontado como um dos países que mais receberam investimentos estrangeiros, entre outras razões, pelo tamanho de sua população e, portanto, de seu mercado potencial, cuja consequência é o aumento dos grupos de sociedades – sociedades brasileiras controladas por estrangeiras.

Por conseguinte, em uma análise macroeconômica do atual estágio dos mercados globais, estes baseados na livre transferência dos fatores de produção e em uma maior comunicação e interação em blocos econômicos, o Brasil não pode prescindir de se mostrar atrativo para o investimento externo, captando recursos de investidores alienígenas e movimentando esses capitais dentro do seu solo.

O fenômeno da globalização dos mercados e das empresas multinacionais é inexorável. Como salienta MUNHOZ (2002, p. 86), em função do desenvolvimento dos meios de comunicação e transporte, “a *globalização* integrou os mercados nacionais diversos, implicando a intensificação da circulação de bens, serviços, capitais e tecnologia em escala mundial”.

Então, como seria a inserção da EIRELI nesse contexto? Seria ela capaz de gerar mais externalidades negativas do que aquelas já observadas?

Em uma análise positiva, as sociedades estrangeiras ou pedem autorização para funcionar - fato que tem sido sistematicamente evitado, como sabido pela doutrina (GONÇALVES NETO, 2012, p. 130) (MUNHOZ, 2002, p. 98) - ou podem investir em sociedades já constituídas. Ou, ainda, podem se valer da constituição de outras sociedades nacionais com a participação de outros sócios.

Quanto ao pedido de autorização e o investimento em sociedades já constituídas, não há nada o que crescer, pois a EIRELI nacional não é um instrumento apto para estes fins. Todavia, a constituição de novas sociedades com a participação de outros sócios necessita de alguns esclarecimentos.

De fato, esses sócios podem ser reais investidores e parceiros que irão decisivamente contribuir para a formação do capital social ou podem ser apenas *testas de ferro* ou *homens de palha* inseridos no contexto do capital da sociedade a ser constituída, apenas para cumprir com o requisito formal de pluralidade de participantes.

Quando se valem deste expediente, formação de sociedades unipessoais de fato, costumam constituir sociedades limitadas nas quais a sociedade estrangeira é detentora do poder de controle. Em termos pragmáticos, como visto, várias sociedades estrangeiras se valem da formação de sociedades limitadas para exercer a sua atividade no País, MUNHOZ (2002, p. 99), alerta que fazem isso, por exemplo, as multinacionais titulares das marcas, Esso, Ford, C&A, General Motors, Nestlé, Volkswagen, dentre outros.

Assim, revela-se que, caso exista realmente um investidor estrangeiro mal intencionado, que deseje, em “sofreguidão parasitária”, desrespeitar as Leis e gerar externalidades negativas, ele já pode se valer da constituição de uma sociedade limitada unipessoal de fato e dela, caso queira, fazer derivar outras subsidiárias.

Na verdade, a necessidade de formalizar-se junto a um sócio aumenta o custo de transação do investimento, mas não impede as condutas defraudadoras!

Discorrendo sobre a necessidade de a subsidiária integral ser constituída somente por outra sociedade nacional, DOLINGER (1976, p. 69) não concorda com o temor do legislador, pois, para ele, “causa espécie que a lei demonstre não confiar em seu próprio sistema de controle”.

Realmente, levando em consideração os sistemas de controle atual, tanto na Lei 6.404/76, quanto no ordenamento em geral, não há porque temer a nacionalidade do titular de uma empresa estabelecida no País.

Em termos econômicos, segundo ROSSETTI, (2006, p. 439), as intervenções regulatórias e de controle estatal do mercado privado visam a, de maneira genérica, reprimir os abusos do poder econômico, implantar mecanismos redistributivos e fazer o controle das externalidades negativas.

Essa intervenção é desejável para uma economia mais justa, pois é certo que os agentes econômicos, na busca individualista do lucro, podem gerar tais externalidades negativas. Contudo, assumindo um viés antieconômico e antidemocrático, alguns doutrinadores do Direito Privado pátrio vêm assumindo uma postura de aversão à burguesia, numa visão contrária ao exercício pleno da autonomia, que reflete aversão pelo estímulo à empresariedade. Esta que é a energia mobilizadora dos outros fatores de produção.

Ora, o Direito Empresarial é movido essencialmente por interesses patrimoniais privados. Quando passa a ser instrumento de uma interpretação retrógrada e anacrônica de aversão à burguesia mercantil, as consequências são indesejáveis, pois isso inviabiliza e desestimula o investimento nas empresas.

Na verdade, se a atividade envolver maiores riscos sociais, a necessidade de autorização prévia ainda existe, pois – todos sabem - para os serviços como os de telecomunicações, telefonia, seguros em geral, mineração, planos de saúde e etc. são necessárias autorizações prévias de órgãos ou agências governamentais.

Outrossim, toda instituição financeira deve ser uma sociedade anônima ou cooperativa de crédito, conforme expresso no art. 25, da Lei 4.595/94 e também necessita de autorização do Banco Central.

Além disso, em caso de concentração em detrimento da concorrência, podem-se adotar as medidas preventivas administrativas previstas na nova Lei de Defesa da Concorrência, Lei 12.529/11.

O controle pode ser também repressivo, tanto pelas disposições penais previstas na própria Lei 12.529/11, como na Lei 11.101/05, Código de Defesa do Consumidor e no art. 22 da Lei 7492/86, que trata da evasão de divisas, e outras tantas normas de proteção aos trabalhadores, consumidores e fisco.

Também é possível controlar os abusos por meio de responsabilidade civil ao controlador, na forma vista acima, em caso de abuso do poder de controle, como também por meio da desconsideração da personalidade jurídica da EIRELI e pela responsabilidade solidária ou subsidiária do seu titular e/ou administrador, como visto acima.

Evidentemente, com o passar dos anos e a maior facilidade de circulação das informações, mesmo residindo no exterior, o titular da EIRELI não pode se eximir das suas responsabilidades, seja através da utilização do ferramental previsto no Direito Internacional, seja através da responsabilização direta dos administradores da pessoa jurídica, estes necessariamente residentes no País.

Portanto, como afirmado outrora por FIGUEIREDO (1984, p. 81), trata-se de um temor desnecessário manter a necessidade do empreendimento unipessoal, no caso discorrido pelo autor das subsidiárias integrais; mas, no caso atual, da EIRELI, ser constituída apenas por sociedades nacionais.

Ora, o Brasil e a doutrina jurídica precisa deixar de temer os famigerados *capitalistas estrangeiros*, em uma flagrante manifestação do “*complexo de vira-latas*”⁸¹ nacional, e enfrentar de vez a economia globalizada de mercado na qual está inserido, atraindo investimentos externos e potencializando a sua capacidade de produção e consumo.

Evidentemente, deve se acautelar através de mecanismos de intervenções corretivas típicas de um Estado Democrático de Direito.

⁸¹ O termo “complexo de vira-latas” foi imortalizado na profecia do escritor Nelson Rodrigues em um artigo sobre futebol, antes da Copa da Suécia de 1958, segundo o autor: “por “complexo de vira-latas” entendo eu a inferioridade em que o brasileiro se coloca, voluntariamente, em face do resto do mundo.” (RODRIGUES, 1993, p. 51)

Na verdade, conforme já previsto pelo Manual de Atos de Registro da EIRELI, aprovado pela instrução normativa nº 117/2011, do DNRC, no item 1.1, ela já pode, hoje, ser constituída nas juntas comerciais, por pessoas físicas residentes e domiciliadas no exterior. Para tanto, devem apenas juntar ao pedido de inscrição: *i)* fotocópia autenticada de seu documento de identidade; *ii)* procuração estabelecendo representante no País, com poderes para receber citação; *iii)* tradução da procuração por tradutor matriculado em qualquer Junta Comercial, caso passada em idioma estrangeiro. (BRASIL, 2011, p. 9)

Portanto, o receio da possível irresponsabilidade do estrangeiro já foi, ao menos no que toca a sua constituição por pessoa física, mitigado pela possibilidade de a EIRELI ser constituída por um titular residente em outro país. Nada mais acertado do que isso, para fins de integrar e inserir o Brasil como rota apta ao investimento estrangeiro. Principalmente nas transações internacionais junto aos parceiros econômicos do País, como por exemplo, daqueles que participam do MERCOSUL. Isso é um passo natural da globalização dos mercados.

Com efeito, conforme arremata (DOLINGER, 1976, p. 69-70), “com todo esse sistema de controle, não se entende bem porque o grupo de sociedades e a subsidiária integral só possam ficar em mãos de sociedade brasileira”.

De fato, não há como entender isso, posto que, se for exigida a documentação semelhante àquela exigida para sócios estrangeiros nas sociedades limitadas e se for realmente respeitado o limite mínimo de capital e a sua intangibilidade, será salutar a facilitação do acesso do capital estrangeiro à economia nacional. Com a redução do custo de transação inerente à constituição de EIRELI por pessoa jurídica, isso, com toda certeza, serviria como um atrativo ao investimento externo na economia, aumentando, por consequência, o capital em circulação no território nacional.

Malgrado isso, é consensual que os empreendedores mal intencionados já podem se valer da constituição de sociedades limitadas unipessoais de fato. Porém, aqueles estrangeiros (sociedades) que desejem realmente exercer, de forma lícita, a sua atividade, poderiam se valer também da constituição de EIRELI e, assim, diminuir o custo de transação inerente à manutenção da minoria, o que, em algumas situações, é muito aconselhável, como será visto no tópico abaixo.

Tal fato aumentaria o potencial de arrecadação de receitas tributárias e a geração de emprego e renda em um mercado ainda mais competitivo, derivação

automática de um maior investimento estrangeiro nas atividades produtivas nacionais.

6.5 O custo dos minoritários

Para o exercício de qualquer atividade econômica, é indicado que o agente faça um planejamento de custos para promover o seu objeto de forma a maximizar a eficiência produtiva dos recursos investidos.

Todo agente econômico desenvolve a sua atividade em busca de eficiência na alocação de seus limitados recursos. No Direito patrimonial privado, as atividades econômicas, regra geral, são realizadas como meio de se alcançar a maximização do investimento realizado pelo agente.

Toda vez que o empreendedor deseja ampliar a sua rede de atuação, várias opções são abertas para alcançar o seu desiderato. Conforme ensina PIMENTA (2011, p. 566-567), a expansão pode-se dar mediante simples ampliação de seus ativos patrimoniais, ou por meio de vinculação, em maior ou menor escala, com outras pessoas.

A ampliação dos ativos pode-se dar por meio de operações societárias como a incorporação, ou por meio de constituição de novos estabelecimentos. Nesta forma de expansão, o patrimônio pessoal da entidade se amplia em um corpo único.

Já a vinculação a outras pessoas, pode ocorrer através de relações contratuais não personificadas ou por meio de participação formal no capital de outra pessoa jurídica.

As relações contratuais são as *joint ventures* em geral.

Já a participação no capital pode-se dar através do engajamento em um empreendimento como detentor minoritário, majoritário ou único titular do capital necessário para o exercício da atividade desejada.

A decisão sobre a forma mais adequada e eficiente de expansão depende das características próprias de cada caso concreto sob análise do empreendedor. As circunstâncias próprias da situação efetivamente vivida servirão de base para se decidir qual é o melhor meio de investimento e, não há, a *priori*, nenhuma fórmula específica que o determine.

Discorrendo sobre o tema, PIMENTA (2011, p. 570) informa que a vinculação, através de simples relações contratuais, possui como principal ponto atrativo o baixo

investimento inicial, e como desvantagem, a fragilidade do vínculo que une as partes envolvidas.

Nessa situação, a relação contratual tende a ser mais eficiente quando o objeto é específico e temporário. Quando se determina especificamente o início e o fim da relação e as obrigações a ele incidentes.

Entretanto, quando se busca uma relação duradoura e efetiva, o mais apropriado pode ser a participação formal no capital, pois as relações contratuais não personificadas são incompletas e incapazes de solucionar todas as questões que envolvem um vínculo perene.

No que toca à participação formal no capital, se o agente quiser deter o comando gerencial e administrativo do empreendimento, em uma atuação típica de grupo vertical, necessariamente terá que ser um controlador majoritário ou deter a totalidade do capital.

Para deter o controle majoritário, o custo inicial é menor, pois a “controladora não precisa adquirir ou integralizar a totalidade das ações da controlada, bastando-lhe, ao contrário, o percentual suficiente à aquisição do *status* de controladora”. (PIMENTA, 2011, p. 572).

Porém, os custos *ex post*, entendidos como custos após a aquisição do controle, podem ser maiores quando não se detém a totalidade do capital do empreendimento. Tal custo é representado, principalmente, pelo custo da manutenção e satisfação da minoria que participa do capital investido na empresa.

Esse custo não pode ser esquecido pelo planejamento estratégico do empreendedor, pois o investimento inicial menor pode, em longo prazo, se mostrar ineficiente diante das despesas posteriores geradas no cumprimento das legítimas expectativas dos outros participantes do empreendimento.

Conforme esclarece PIMENTA (2011, p. 573) existem várias vantagens no controle total do capital: *i)* a possibilidade de conflitos entre os participantes e, destes, com o corpo administrativo, inexistente; *ii)* há larga autonomia de atuação e de alterações estratégicas; *iii)* o custo das deliberações é reduzido a zero; *iv)* não há direito de preferência em caso de alienação, total ou parcial, da participação no capital; *v)* não há a necessidade de distribuir dividendos; *vi)* não há custo ou receio do exercício do direito de recesso; *vii)* não há necessidade de garantir ou promover o acesso dos minoritários aos órgãos da empresa (administrativos ou fiscais) e *viii)* as informações gerenciais, negociais e tecnológicas são mais protegidas.

Ora, conforme amplamente discutido na doutrina jurídica, existe uma enorme zona de conflito que separa o poder de controle e os sócios/acionistas minoritários de uma sociedade. Por conta dos embates entre os dois pólos desta zona, rios de tinta já foram gastos para discorrer sobre os abusos do poder de controle.

Conforme salienta JENSEN e MECKLING (2008, p. 91), há custo de agência, ou seja, custo de informação, não só dos minoritários para monitorar a gestão e a conduta dos controladores, mas também dos acionistas controladores para monitorar a satisfação dos minoritários e, com isso, evitar possíveis conflitos internos. Outrossim, conforme os mesmos autores, quando existe uma minoria, o controlador administrador, se sente indiretamente mais incentivado a “se apropriar de maiores quantias dos recursos corporativos na forma de vantagens ou mordomias” (JENSEN; MECKLING, 2008, p. 91-92). Fazem isso, pois se beneficiariam sozinhos dessas vantagens e mordomias a um custo diluído também para os minoritários.

Assim, diante dos incentivos indiretos para condutas abusivas e a existência de minorias, é comum os conflitos entre os controladores e as minorias. Conflitos que geram custos e insegurança para a gestão da sociedade.

Portanto, está evidenciado que, em diversas situações, o empresário pode, tendo em vista esses custos e riscos posteriores à formação do capital, se sentir inclinado a deter a totalidade do capital do empreendimento e, com isso, se valer da constituição ou de subsidiárias integrais, ou de agregar, no quadro social, um sócio de fachada e constituir uma sociedade unipessoal de fato.

Como visto, as subsidiárias integrais possuem um custo de constituição e um custo operacional maior do que as sociedades limitadas e a própria EIRELI. Assim, caso fosse permitida a constituição desta última por pessoas jurídicas, seria, em tese, possível alcançar o objetivo de deter o controle integral de uma empresa, isentando-se do custo de transação inerente à formação de uma sociedade. Seja porque existe um elevado custo de manutenção dos minoritários. Seja porque também há custo na adesão de eventuais sócios de fachada para a constituição de uma sociedade unipessoal de fato. Seja porque o custo operacional de uma subsidiária integral também é mais elevado do que o de uma EIRELI.

Mais uma vez, vê-se que essa limitação operada pelo DNRC pode acarretar um aumento do custo das atividades econômicas e é um fomento indireto para a manutenção das sociedades fictícias. Mais uma vez, se percebe que, a limitação da

possibilidade de criação de EIRELI por pessoas físicas se mostra ineficiente e incapaz de evitar maiores externalidades negativas.

6.6 A racionalidade do mercado (o oportunismo dos agentes econômicos)

Não há como falar em racionalidade sem tocar no assunto da autonomia da vontade. O conceito de autonomia ora tratado partirá da autonomia, em Kant. A autonomia da vontade é, na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, o princípio supremo da moralidade (KANT, 2005, p. 85), e o fundamento basilar do seu imperativo categórico⁸². Para chegar a essa conclusão, o filósofo alemão partiu inicialmente do conceito de boa vontade.

A boa vontade é oriunda da razão pura e boa, independe de inclinações ou interesses. É uma boa vontade, em si mesma boa. Isto é, boa a priori, independente de inclinações do mundo empírico.

Com o fim de facilitar a compreensão, é preciso compreender a distinção entre as ações por dever e as ações conforme ao dever. (KANT, 2005, p. 27). As ações por dever são motivadas a *priori* e se fundamentam na razão pura e na boa vontade em si mesma, são isentas de interesses e móveis sensíveis e, somente elas, possuem valor moral e ético. Já as ações conforme ao dever são as ações baseadas em racionalidade de meio e fim, são baseadas em inclinações para a satisfação mediata ou imediata dos desejos e necessidades do agente. Sua motivação é a *posteriori*, portanto utilitarista.

Assim, a boa vontade em si mesma é somente a ação praticada por dever correspondente a uma “lei a priori que a determina, isto é, o dever pressupõe um princípio do querer a priori como determinante da ação.” (HERRERO, 2006, p.212) No mesmo sentido, HÖFFE(2005, p. 194) destaca que a diferença entre a moralidade e a legalidade de uma ação “não pode ser constatada na ação mesma, mas somente em seu fundamento determinante, no querer”.

Contudo, “os homens conservam a sua vida conforme ao dever, sem dúvida, mas não por dever.” (KANT, 2005, p. 27) Na verdade, como salienta Kant, é impossível, na experiência empírica, afirmar, com absoluta certeza, que a máxima

⁸²Kant sintetiza assim o imperativo categórico: “o imperativo categórico é portanto só um único, que é este: *Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.*” (2005, p. 59)

de qualquer ação é baseada puramente por dever (KANT, 2005, p. 40). Isso porque, a maioria das ações humanas tem em vista o mundo sensível, uma racionalidade pragmática, finalística e utilitarista.

Sendo assim, a aplicabilidade prática da boa vontade no mundo empírico deve levar em conta também as ações utilitaristas. Portanto, o conceito de dever pressupõe duas necessidades: “A) um princípio ou uma lei a priori. B) o respeito a esta lei para que ela possa ser determinante da ação.” (HERRERO, 2006, p.212). Então, o dever também impõe a “necessidade de uma ação por respeito à lei.” (KANT, 2005, p. 31).

Conforme ensina Marcelo Campos GALUPPO (2002, p.77), Immanuel Kant foi “o maior filósofo do século XVIII, já que toda filosofia moderna converge para a sua obra e toda filosofia contemporânea parte dela.”

Realmente, o filósofo alemão, mesmo sem o aparato da Análise Econômica do Direito, já desenvolve o seu raciocínio baseado na ideia do ser racional utilitarista. No caso, para a linha da Análise Econômica do Direito, ser racional maximizador dos seus próprios interesses.

Economistas geralmente supõem que cada agente econômico maximize algo: os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a felicidade ou satisfação); as empresas maximizam os lucros, os políticos maximizam votos, as burocracias maximizam receitas, as organizações beneficentes maximizam o bem-estar social, e assim por diante. Os economistas dizem, muitas vezes, que os modelos que supõem o comportamento maximizador funcionam porque a maioria das pessoas são racionais, e a racionalidade exige a maximização. (COOTER; ULEN, 2010, p. 36)

As ações humanas não possuem a racionalidade metafísica, pura e boa, do imperativo categórico de Kant. São, como ele mesmo destaca, conforme ao dever, ou seja, baseadas em móveis sensíveis do mundo empírico. Logo, a lei objetiva impõe uma obrigação. A lei seria, então, um instrumento de incentivo ou de desestímulo à prática das ações, ou seja, servindo para ligar, subjetivamente, a vontade das pessoas auto-interessadas com as leis formuladas objetiva e racionalmente para serem universalizadas em vista do bem comum.

A análise econômica do Direito, portanto, serve para formular objetivamente medidas jurídicas para induzir agentes auto-interessados a agir conforme o desejo maximizador de benefícios sociais. Ou seja, convergir os interesses premiando as ações socialmente desejadas ou dissuadindo as condutas indesejáveis. Isso

porque, os agentes econômicos atuam de maneira legal ou ilegal, de acordo com a maximização dos seus próprios interesses, e também de acordo com os riscos inerentes às opções diante das escolhas que enfrentam. Acerca disso, referem-se os ensinamentos de PIMENTA (2006c, p.29):

O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não. (...) Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram pela maximização de seus próprios interesses.

A autonomia privada pressupõe escolhas. Por esse pressuposto, a racionalidade do mercado impõe condutas maximizadoras de utilidades com o fito de retirar o maior proveito possível da situação institucional posta à frente dos agentes econômicos envolvidos.

Destarte, se cercam de conselhos de contadores, advogados e outros profissionais para agir racionalmente com o fim de maximizar os seus interesses lucrativos com o mínimo de risco possível. Conforme salienta COOTER e ULEN (2010, p. 26) “os advogados ajudam as empresas a maximizar seus lucros.”

Logicamente, é preciso apresentar ao agente econômico incentivos para que atue dentro da legalidade. Consoante isso, deve-se normatizar as condutas de forma que as ações ilegais possuam um custo maior do que a atuação compatível com a Lei e com o interesse social.

Ao decidir pela expansão do seu negócio, o agente econômico normalmente opta por formar pessoas jurídicas dotadas de autonomia patrimonial e limitação de responsabilidade. Veja-se a lição de SOUZA (2009, p.498):

Se a organização empresarial se propõe a reduzir custos de transação em relação à direta e desordenada contratação no mercado, sua estruturação como pessoa jurídica tenderá a reduzi-los mais, porque viabiliza a separação dos patrimônios da sociedade e de cada um dos sócios em compartimentos estanques, facilitando a obtenção de informações, e permitindo, com isso, a melhor avaliação de riscos, o que favorece a obtenção de crédito. Tudo isto tende a maximizar a eficiência da empresa, que redundará em benefício para o mercado e promove o bem-estar da comunidade.

Quanto à escolha por entes dotados, em tese, de responsabilidade limitada, a prova dessa preferência é o flagrante desuso das sociedades que impõem responsabilidade ilimitada, isto é, as sociedades em nome coletivo e as sociedades em comandita.

Diante dessa situação, o impedimento de constituição de EIRELI por pessoa jurídica e a limitação de constituição de apenas uma única EIRELI por pessoa natural praticamente impõem a necessidade de perpetuação das sociedades unipessoais de fato e fictícias.

Com efeito, os meios legais disponíveis são muito limitados, pois as subsidiárias integrais possuem um custo maior de constituição, não podendo ser constituídas por outras pessoas jurídicas ou por pessoas naturais, além de a sociedade que a institui deva, necessariamente, ser nacional.

Ora, como não há meios legais para expandir o seu negócio de maneira unipessoal e com responsabilidade limitada, o agente é levado à formação de sociedades de fachada. Nessas sociedades, a consequência mais grave é apenas civil, a responsabilidade pessoal do titular, porém, o investidor já está submetido a essa responsabilidade pela excessiva mitigação deste instituto, como visto, assim, não há motivos sólidos para desestimular essa conduta do agente econômico.

Na verdade, não existem incentivos para agir na legalidade e, com isso, obter o benefício da limitação da responsabilidade, pois, mesmo que o investidor atue alocando recursos para a precaução de qualquer atuação ilegal, a maioria dos danos que porventura possam vir a ser provocados, será o seu patrimônio pessoal sacrificado independentemente de legalidade ou não da sua gestão.

O interesse do agente econômico normalmente é o lucro e a mitigação dos seus riscos. Assim sendo, o mais sábio é possibilitar que os seus desejos expansionistas sejam alcançados através de regular constituição de novos agentes econômicos sob o seu controle. A simples proibição de constituição de EIRELI por pessoa jurídica e a limitação à constituição de apenas uma única para cada pessoa natural, não são suficientes para dissuadir o agente do seu desiderato expansionista.

Com efeito, o agente econômico pode perfeitamente ver a oportunidade de contornar essa obrigação através de constituição de sociedades de fachada. Sabendo que sua responsabilidade limitada será sempre, em regra, mitigada, pode

atuar de maneira ainda mais arriscada e irresponsável, exatamente por não vislumbrar nenhum benefício na sua atuação regular.

Além disso, quando essas proibições alcançam o seu objetivo, ou seja, impedem a constituição de sociedades unipessoais ou algo parecido, isso empobrece a Nação, pois desestimula, nesse episódio, o investimento privado.

Móveis sensíveis da vida prática influenciam diretamente na atuação humana. No campo do Direito Patrimonial Privado, segundo a doutrina, as pessoas normalmente agem de maneira pragmática e utilitarista em cálculo de meios e fins para maximizar os seus interesses (POSNER, 2007, p. 520).

Diante dessa situação, se o interesse do agente é fraudar o sistema, agindo como um oportunista em “sofreguidão parasitária”, não será nem a mitigação da responsabilidade limitada, nem a limitação imposta pelo DNRC, que irá impedir o agente.

A racionalidade oportunista do mercado deve ser incentivada em consonância com o desejo nacional desenvolvimentista, buscando-se meios de intervenção eficientes e concretos. Essa mesma racionalidade e oportunismo dos agentes econômicos podem servir para que estes concluam que a constituição de uma sociedade fictícia seja a única opção plausível para se alcançar o seu objetivo.

Mais adequado é promover a regularidade de seus objetivos de expansão, outorgando aos agentes econômicos um instituto maleável e apto ao desenvolvimento de sua atividade dentro da legalidade, sem necessidade de se valer de sócios de fachada ou outros expedientes ilegais. Como destaca SOUZA (2009, p. 496), “seria mais realista a lei admitir a unipessoalidade”.

Conforme já foi demonstrado, a satisfação das minorias societárias possui um custo posterior que não pode ser negligenciado. Outrossim, a subsidiária integral só pode ser constituída por outra sociedade, necessariamente nacional, possuindo um custo operacional maior do que a EIRELI. Entretanto, as outras espécies de pessoas jurídicas, muitas vezes, desejam expandir as suas atividades, exercer empresas às vezes incompatíveis com o seu objeto. No caso de pessoas naturais, também é comum a diversificação de objetos de exploração econômica. Pragmaticamente falando, nesse ínterim, qual será a alternativa viável, ao menor custo, para essas pessoas?

Ora, evidentemente que poderá ser, em alguns casos, a formação de uma sociedade unipessoal de fato, agregando-se apenas formalmente um sócio, o que

importará em aumento de custo de transação, mas será meio suficiente para a consecução dos objetivos expansionistas.

Da idêntica forma, se a pessoa jurídica é estrangeira, a conclusão é a mesma, pois, como tende a evitar o pedido de autorização prévia, pode se sentir inclinada a formar sociedades unipessoais de fato.

As outras alternativas seriam mais dispendiosas. Destarte, ou assumem esse custo, transferindo-os aos preços dos produtos e/ou serviços, ou, simplesmente, deixam de fazer o investimento no solo nacional, e, com isso, resulta uma diminuição da aptidão desenvolvimentista do instituto.

Na, verdade, como será visto no tópico abaixo, a EIRELI não tem atingido a adesão esperada no momento de sua consagração, sendo isso, efetivamente, um reflexo da racionalidade dos agentes econômicos no mercado, que não têm vislumbrado, na EIRELI, um instrumento apto para maximizar os seus desejos econômicos.

6.7 A baixa adesão da EIRELI nas juntas comerciais

Não há como concluir essa análise positivada atual situação da EIRELI no contexto brasileiro, sem se reproduzirem alguns dados estatísticos da sua adesão nas juntas comerciais.

Em uma análise econômica positiva das regras que atualmente são aplicadas à EIRELI, não se pode deixar de analisar, empiricamente, se o instituto pesquisado tem sido utilizado pelos empreendedores destinatários da norma. Enfim, saber se a norma possui efetividade.

Segundo a doutrina, efetividade “consiste no fato de a norma jurídica ser observada tanto por seus destinatários quanto pelos aplicadores do Direito” (NADER, 2002, p. 91). De fato, o menor grau de efetividade consiste na chamada *desuetudo*, ou seja, a norma que não é usada, porque caiu em desuso com o tempo, ou porque, simplesmente, os destinatários da norma não a utilizaram desde a sua entrada em vigor, sejam os próprios cidadãos destinatários da Lei, sejam as instâncias públicas responsáveis por fiscalizar o seu cumprimento. No jargão do cotidiano é a Lei que “*não pegou*”.

Diante da racionalidade do mercado, o empreendedor tende a escolher os caminhos mais eficientes para a maximização dos seus interesses. Diante disso,

teriam os empreendedores nacionais optado pela constituição de EIRELI para formalizar os seus empreendimentos? Enfim, a Lei da EIRELI foi uma Lei que “pegou”?

Em recente artigo publicado no jornal Carta Forense, o doutrinador mineiro Alexandre Bueno CATEB (2013, p. 02) reproduz alguns dados estatísticos da Junta Comercial de Minas Gerais, que valem ser reproduzidos, pois demonstram que a EIRELI brasileira não tem obtido a adesão esperada no momento da sua entrada em vigor. Observem-se, então, as tabelas reproduzidas no seu trabalho:

MÊS	Constituições em 2011					
	Empresário	LTDA	S/A	Cooperativa	Outros	TOTAL
Janeiro	1.559	2.205	8	2	11	3.785
Fevereiro	2.042	2.818	25	5	9	4.899
Março	2.014	2.887	16	2	9	4.928
Abril	1.772	2.540	7	5	5	4.329
Maio	2.162	3.204	7	8	3	5.384
Junho	2.068	2.989	20	5	4	5.086
Julho	2.026	2.824	11	3	3	4.867
Agosto	2.316	3.532	19	9	5	5.881
Setembro	2.110	2.941	24	4	6	5.085
Outubro	1.903	2.665	14	2	6	4.590
Novembro	1.873	2.605	29	5	5	4.517
Dezembro	1.559	2.348	12	3	5	3.927
TOTAL	23.404	33.558	192	53	71	57.278
Média	1.950,3	2.792,3	16	4,4	5,9	4.773,2
	40,86%	58,50%	0,34%	0,09%	0,12%	100,00%

MÊS	Constituições em 2012						
	Empresário	LTDA	S/A	Cooperativa	Outros	Eireli	TOTAL
Janeiro	1.522	2.179	11	6	2	26	3.746
Fevereiro	1.575	2.243	17	4	4	131	3.974
Março	1.902	2.806	27	5	3	222	4.965
Abril	1.488	2.351	18	6	7	227	4.097
Maio	1.823	2.791	16	5	5	258	4.898
Junho	1.602	2.425	10	2	6	267	4.312
Julho	1.809	2.781	29	4	8	267	4.898
Agosto	1.665	2.617	37	6	2	258	4.585
Setembro	1.503	2.210	23	5	8	241	3.990
Outubro							0
Novembro							0
Dezembro							0
TOTAL	14.889	22.403	188	43	45	1.897	39.428
Média	1.654,3	2.489,2	20,9	4,8	5	210,8	4.380,9
	37,76%	56,82%	0,48%	0,11%	0,11%	4,81%	100,00%

Como muito bem aponta o doutrinador em apreço, quando da edição da Lei, muitos imaginavam que haveria uma grande migração do regime dos empresários individuais para o *novel* instituto, como também uma paulatina redução na constituição de sociedades limitadas, pois não haveria mais, em tese, a necessidade de constituição de sociedades unipessoais de fato (CATEB, 2013, p. 01). Entretanto, os dados estatísticos comprovam que isso não ocorreu.

Em reflexão análoga, ANTUNES (2006, p. 430) aduz que a baixa adesão dos portugueses ao estabelecimento individual de responsabilidade limitada é uma prova irrefutável do seu fracasso.

Como salienta CONARD (apud ANTUNES, 2006, p. 430), os dados quantitativos servem para uma análise inteligente do comportamento empresarial, como se vê abaixo:

Uma das delícias de ensino jurídico, bem como da teologia e filosofia, é a sua liberdade da aritmética. Os dados quantitativos são geralmente considerados como irrelevantes na melhor das hipóteses, ou muitas vezes até prejudicial. Mas as quantidades são difíceis de excluir em uma discussão inteligente das normas de comportamento empresarial.

Portanto, como muito bem destacado na citação acima, os dados quantitativos, apesar de não serem primordiais para o estudo jurídico, não devem deixar de ser levados em consideração em uma discussão inteligente sobre os caminhos a serem seguidos pelas normas de Direito Empresarial. Evidentemente, os dados quantitativos servem para analisar se o instituto ora pesquisado está sendo realmente utilizado ou não pelos seus destinatários, se ele possui efetividade.

Nessa linha de pensamento, diante da baixa adesão ao instituto, cabe refletir sobre quais são os motivos que desmotivam os agentes econômicos a constituir EIRELIs.

Como informa CATEB (2013, p. 02), “percebe-se, em uma breve análise da questão, que o legislador brasileiro decidiu de forma apressada e impensada os critérios de constituição das EIRELI’s, impondo restrições desmedidas, não existentes para nenhum tipo societário, trazendo com isso transtornos e não soluções para a regulamentação da atividade econômica no Brasil.”

Duas restrições são apontadas como motivos para a baixa adesão da EIRELIs nas juntas comerciais: a fixação de capital mínimo (CATEB, 2013, p. 02) e a

impossibilidade de serem constituídas por pessoas jurídicas, neste último caso, apenas nas juntas comerciais, devido à instrução normativa do DNRC. Esta que, segundo o autor, possivelmente não tenha legitimidade para restringir o alcance da Lei. Vejam-se os seus comentários:

O DNRC editou em 22 de novembro de 2011 a Instrução Normativa nº 117, que “Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”. Neste manual (item 1.2.11), ficou estabelecido que as Juntas Comerciais não procederão ao arquivamento de atos constitutivos de EIRELI’s constituídas por pessoas jurídicas. Devemos recordar que o projeto de lei nº 4.605/2009, que motivou a elaboração da Lei nº 12.441/11, previa de forma expressa a possibilidade de uma pessoa natural ser titular do capital social. Contudo, o projeto sofreu modificações e a redação da lei promulgada, ao mencionar que “a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social”, permite a interpretação de que tal pessoa possa ser física ou jurídica.

A recomendação do DNRC é seguida pelas Juntas Comerciais, a despeito de uma possível falta de legitimidade do DNRC para regulamentar e restringir o alcance da lei, bem como por uma possível alegação de violação da garantia constitucional de que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de alguma coisa senão em virtude de lei”. Fato não menos curioso (para não dizer intrigante e preocupante), vários cartórios de registro de pessoas jurídicas permitem a abertura de EIRELI, oficialmente denominada de EIRELI/Simples pela Receita Federal do Brasil, por pessoa jurídica. Assim, há inclusive a possibilidade de uma EIRELI simples ser titular de outra EIRELI simples. (CATEB, 2013, p. 01).

Perfeitas são as colocações do autor mineiro. Realmente, o dispositivo da Lei permite a interpretação de que a EIRELI possa ser constituída por pessoa jurídica, tornando possível que seja ilegítima essa restrição operada pelo DNRC.

Evidentemente, talvez os destinatários da Lei ainda não estejam acostumados ao instituto e o desconhecimento geral de advogados, contadores e empresários, por uma ausência de maior divulgação do instituto, impeça uma maior adesão ao regime jurídico da EIRELI.

Não obstante, independente da correção ou não da medida do DNRC, de fato, há uma baixa adesão das EIRELIs nas juntas comerciais, fato que pode ser o primeiro indício para se promover uma reformulação na sua interpretação.

Fato também que deve servir de alicerce para a análise econômica normativa do instituto, com o objetivo de, diante dessa situação apresentada, buscar caminhos hermenêuticos para promover o que a EIRELI *deve ser*.

6.8 Balanço conclusivo da análise econômica positiva da EIRELI.

Após a análise de todas essas questões, antes de desenvolver uma análise normativa da EIRELI, far-se-á um breve resumo das conclusões apresentadas nesta análise positiva com o fim de fixar o entendimento sobre as nuances que cercam o *novel* instituto brasileiro e apontar definitivamente se a atual interpretação dada pelo DNRC é a mais eficiente ou não.

Segue-se, então, a enumeração das conclusões alcançadas neste estudo:

a) Enquanto a intenção *do legislador* é indefinida - pois ambas as correntes de pensamento se valem deste argumento com razões sólidas - a intenção principal *da Lei* é fomentar o desenvolvimento e a atividade econômica privada.

b) A medida que maximiza a potencialidade econômica de trocas eficientes é a que permite a sua constituição por pessoas jurídicas, pois qualquer desistência de iniciativa privada econômica causada por essa vedação, implica, ao menos nesse episódio, diminuição de transações comerciais e de trocas eficientes.

c) A EIRELI constituída por pessoa jurídica, sob a sua ótica interna, seria sempre integrante de grupo de subordinação, podendo integrar grupos de fato ou de direito, não havendo, *a priori*, nenhuma regra ou princípio, atinente às regulamentações dos grupos econômicos, que impeça ou que a desvirtue em função da sua inclusão no contexto grupal.

d) A formação de grupos de fato ou de direito, com participação no capital de outras pessoas, deve ser devidamente escriturada nos balanços e demonstrações contábeis das controladas e das suas controladoras.

e) O choque de interesses entre a controlada e controladora cinge-se às externalidades sentidas pelas pessoas estranhas ao capital da EIRELI, pois a teoria institucional da pessoa jurídica outorga a todas as pessoas morais o interesse social da preservação da empresa, como algo autônomo do interesse exclusivo do seu titular.

f) O abuso do poder de controle, gerando prejuízo à economia nacional e a terceiros que se relacionam com a EIRELI, pode ser reprimido/compensado, através da utilização dos arts. 1055,§1; 1059 e 1080, do Código Civil, e com o recurso da analogia, utilizando-se o art. 117, da Lei 6.404/76.

g) Os grupos de empresas são formados para os mais variados fins. Trata-se de mais um instrumento ao alcance do agente econômico para diminuir os

custos de transação na exploração de determinada atividade. A existência *de per se* de um grupo não importa necessariamente em uma concentração exagerada de renda ou em um meio de inviabilizar a concorrência.

h) As sociedades limitadas e as subsidiárias integrais já estão hoje inseridas no regime dos grupos econômicos e as eventuais externalidades negativas causadas por condutas oportunistas e defraudadoras já são, em certa medida, sentidas pela permissão outorgada a essas sociedades, sendo que a permissão da inserção da EIRELI no contexto grupal não irá, necessariamente, aumentar as externalidades negativas.

i) A limitação de responsabilidade se baseia na distribuição, para a sociedade, dos riscos das atividades econômicas como estímulo ao investimento privado na economia, sendo o aporte de capital em atividades de risco a base fundamental de alicerce desse instituto.

j) No que se refere aos grupos empresariais, a pretendida limitação de responsabilidade, no Brasil é, regra geral, afastada da sua aplicabilidade por diversas normas específicas do ordenamento brasileiro. Não é, na verdade, um empecilho para a satisfação da maioria dos possíveis credores de uma EIRELI.

k) Os credores involuntários podem sofrer prejuízos não satisfeitos por conta do instituto da limitação da responsabilidade, mas, no caso da EIRELI, a exigência de capital mínimo reduziria o impacto dessa possível externalidade negativa.

l) A economia nacional e a própria globalização dos mercados valorizam e incentivam o investimento de recursos externos nas economias. A EIRELI pode ser um instrumento facilitador da captação desses investimentos no País.

m) A EIRELI já pode atualmente ser constituída por pessoas naturais estrangeiras e as sociedades limitadas nacionais podem ter como sócias controladoras outras sociedades estrangeiras.

n) As atividades de maior impacto social continuam necessitando de autorização prévia para seu funcionamento, por órgãos ou agências governamentais.

o) Não há, no Brasil, instrumentos unipessoais com limitação de responsabilidade, aptos para a diversificação de objetos de exploração econômica para pessoas naturais, para outras pessoas jurídicas não societárias e para

sociedades estrangeiras, sendo a subsidiária integral incompatível para essas pessoas.

p) Os sócios minoritários, sejam eles verdadeiros parceiros, ou apenas sócios de fachada em uma sociedade unipessoal de fato, possuem custo. Existe o custo de transação para obter a adesão de outros sócios e o custo para satisfazer as suas expectativas, o que pode induzir o agente a desejar constituir um empreendimento unipessoal.

q) A racionalidade dos agentes econômicos, diante da vedação imposta pelo DNRC, além do desejo de controlar a atividade, pode inviabilizar alguns investimentos ou induzir o agente a continuar formando sociedades unipessoais de fato para contornar essa vedação.

r) Finalmente, a EIRELI não tem obtido a adesão esperada, fato que tem sido atribuído, além do desconhecimento do instituto, à exigência de capital mínimo e à vedação da sua constituição por pessoa jurídica.

Diante de todas essas conclusões, agora é possível, pragmaticamente falando, afirmar que a possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica é mais eficiente do que a sua proibição.

Conforme ensina POSNER (2007, p. 513), “da perspectiva da maximização da riqueza, a tarefa econômica consiste em influenciar seus incentivos para maximizar sua produção.”

Nessa perspectiva, a baixa adesão por conta da exigência de capital mínimo não pode, a princípio, ser modificada, pois deriva de expressa determinação legal. Além disso, essa determinação pode até ser salutar em casos de satisfação de credores involuntários.

Por outro lado, a possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica é uma interpretação viável do instituto e, ainda, isso importa em maximização do potencial desenvolvimentista dessa nova figura jurídica, maximizando a produção econômica, bem como desestimulando a perpetuação da constituição de sociedades unipessoais de fato.

Pragmaticamente falando, alguns custos sociais não compensados já são esperados em qualquer economia capitalista. Individualmente, algumas pessoas podem ser prejudicadas, mas isso não torna o instituto ineficiente. Tampouco o inviabiliza, pois o benefício social sentido pela coletividade favorecida com o

instituto compensaria, macroeconomicamente falando, as eventuais perdas individuais.

Ademais, existe uma possibilidade concreta de uma maior produtividade econômica, aliada a uma potencial compensação dos prejudicados. Portanto, em uma análise econômica positiva do Direito – identificando-se o que o Direito é - a atual interpretação do DNRC é ineficiente em termos econômicos, pois diminui a produtividade e as trocas eficientes. Os eventuais prejudicados pelos atos econômicos da EIRELI possuem a sua disposição um enorme ferramental jurídico para compensar os prejuízos eventualmente sofridos. Principalmente, diante da excessiva mitigação da responsabilidade limitada no País.

Diante das fáticas conclusões acima, passar-se-á, agora, à análise normativa da EIRELI, tendo como base o fato de que a possibilidade de constituição da EIRELI por pessoa jurídica é mais eficiente do que a sua proibição.

7 ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA DA EIRELI

Após concluir a análise econômica positiva da EIRELI e evidenciar que a permissão de sua constituição por pessoa jurídica é mais eficiente do que a proibição, levando-se em consideração o que o *Direito é*, necessário se faz corroborar esta tese, com base no que o *Direito deve ser*.

A maioria das análises econômicas normativas do Direito, exatamente pelo seu caráter prospectivo, são baseadas em hipóteses *de lege ferenda*, ou seja, em sugestões para uma futura elaboração legislativa. Porém, não é o caso deste estudo.

Não se irá abordar esse tema sugerindo alterações na legislação, mas apenas uma modificação na interpretação dada, especificamente pelo DNRC, para uma Lei que já está em vigor. Na verdade, a intenção é promover subsídios para a interpretação que será dada ao instituto na tutela jurisdicional, onde essa vedação já é questionada.

Inicialmente, é preciso ficar claro que a interpretação da norma não pode ficar adstrita somente a uma possível vontade do Legislador, esta que é, no caso da EIRELI incerta, inclusive, pois as duas correntes de pensamento, como visto, fiam-se nesse entendimento. Conforme muito bem destaca Carlos MAXIMILIANO (1961, p. 48), o exegeta, na tarefa de interpretar as normas jurídicas, deve “olhar menos para o passado do que para o presente, adaptar a norma à finalidade humana, sem inquirir da vontade inspiradora da elaboração primitiva”.

Interpretar o Direito, baseando-se apenas na vontade inicial do Legislador, reduz o Direito a uma interpretação subjetivista e engessada, pois a sua vontade não evolui nem se modifica com o tempo. A norma ora posta deve se adaptar a sua finalidade maior, qual seja, fomentar o desenvolvimento econômico/social da Nação, maximizando a atividade produtiva privada e a circulação de riquezas. Como sabido as legislações evoluem com o tempo independente de modificações do seu texto, muitas vezes as Leis apenas se amoldam a uma exegese mais moderna e atual.

O fim último da Lei é gerar recursos pela arrecadação, empregar pessoas e estimular as trocas eficientes de produtos/serviços. Enfim, maximizar a produção de riquezas e estimular o desenvolvimento econômico, alicerce do desenvolvimento social. Assim, para haver uma generalização maior de ganho social, a interpretação do dispositivo deve ser aquela que possibilita uma maior atividade produtiva. Em

suma, uma maior quantidade de transações, de trocas eficientes, uma interpretação mais eficiente, enfim.

Igualmente, não se pode ater, exclusivamente, ao termo “*individual*”, inserido na sua nomenclatura, o que, para muitos, é exclusivo da pessoa humana (GONÇALVES NETO, 2012, p. 129).

Ao se analisar mais profundamente o conceito do termo “*individual*”, este significa relativo ao próprio indivíduo, não necessariamente pessoa humana, conforme toda a explicação do verbete, nas palavras de Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA (1999, p. 1.102).

1. Respeitante a indivíduo. 2. Que diz respeito ou é peculiar a uma só pessoa. 3. Feito, cometido, executado por uma só pessoa. 4. Especial, particular, singular. 5. Aquilo que é individual; feição individual. 6. Treino ou ensaio, que consta somente de exercícios ginásticos. 7. Mostra ou exposição individual de artista plástico, etc.

Considere-se, portanto, que *individual* deriva da palavra indivíduo, mas não se restringe apenas às pessoas humanas na língua portuguesa, sendo *individual* um termo adequado a um indivíduo de qualquer espécie.

Até mesmo o termo “*indivíduo*” é caracterizado, pelo mesmo Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA (1999, p. 1.102), como sendo ora “o exemplar de uma espécie qualquer, orgânica ou inorgânica que constitui unidade distinta”, ora como “a unidade de que se compõem os grupos humanos ou as sociedades”.

Em sentido semelhante, De Plácido e SILVA (2006, p. 733), no seu consagrado *Vocabulário Jurídico*, informa que o verbete indivíduo “tanto se refere à coisa como à pessoa, indicada ou particularizada, singularmente, por seus característicos próprios, e que a diferenciam de qualquer outra. É, assim, o membro singular de qualquer espécie, ou tudo que se considera por sua unidade indivisível.”

Assinale-se, assim, que o simples argumento da utilização do termo *individual* também não é suficiente para sustentar a inviabilidade da interpretação que permite a constituição de EIRELI por pessoa jurídica. Como visto, indivíduo é um membro ou exemplar de determinada espécie, não sendo o seu uso -repete-se -exclusivo para das pessoas humanas.

Diante disso, a interpretação que permite a constituição de EIRELI por pessoa jurídica, mesmo não sendo inicialmente um clamor doutrinário, não iria desvirtuar a

finalidade da Lei, muito menos ser suprida pela existência de subsidiárias integrais no ordenamento brasileiro.

As subsidiárias possuem custo de constituição mais elevado, não podem ser constituídas por pessoas naturais, nem outras espécies de pessoas jurídicas, tampouco por sociedades estrangeiras, deixando, portanto, uma enorme fatia do mercado desamparada e induzida à criação de sociedades unipessoais de fato.

Na verdade, diante dessa incompletude legislativa, deve-se valer do princípio da eficiência com o fito de promover os melhores caminhos possíveis para o desenvolvimento econômico nacional, condição *sine qua non* para o próprio desenvolvimento social.

Como muito bem afirma ZYLBERSZTAJN (1995, p. 49):

A depender da causa da incompletude, o sistema judicial pode agir de uma maneira distinta, sendo a sua função derivar regras sociais e princípios que possam nortear soluções segundo critérios de justiça. A visão econômica adicionaria critérios de eficiência, se possível, associados ao critério de justiça.

A eficiência, portanto, exige que se reduzam os custos de transação nos mercados nacionais e que se criem estímulos às trocas eficientes e ao investimento privado na economia, com a maximização da produção de bens e serviços.

Os mecanismos de controle preventivos e repressivos, constantes no Direito Administrativo, Penal e Civil brasileiro são aptos a corrigir e compensar as eventuais externalidades negativas derivadas da constituição de EIRELI por pessoa jurídica. Em uma utilização típica de trocas eficientes pelo critério de “Kaldor-Hicks”.

Aquelas externalidades não compensadas por conta de atuações em disfunções parasitárias e defraudadoras já podem ser sentidas hoje, independente dessa vedação.

Tais externalidades negativas devem ser minoradas pelo Direito, que tem instrumentos hábeis e aptos para essa tutela, cabendo àquelas eventualmente não compensadas serem distribuídas à coletividade, como ocorre em todas as economias capitalistas.

Se houver excessiva majoração de externalidades negativas geradas por condutas oportunistas e defraudadoras, deve-se questionar a eficiência ou não do Direito Administrativo e Penal, não do Direito Patrimonial Privado, que não tem como

foco a punição de agentes fraudadores, mas a liberdade dos fatores de produção. Liberdade esta que é, segundo um dos maiores filósofos de todos os tempos, “o princípio supremo da moralidade” (KANT, 2005, p. 85).

Não é necessário, principalmente neste século XXI, temer o capitalismo e os empresários estrangeiros. Torna-se necessário, antes, assumir definitivamente o papel do Brasil na economia globalizada de mercados, facilitando e estimulando o empreendedorismo de base, alicerce de toda economia forte. O Brasil precisa enfrentar e expandir as relações com os mercados estrangeiros - não temê-los!

Por isso, com a possibilidade concreta e definitiva de tornar a EIRELI um instrumento de exploração econômica de vanguarda, não há porque se ater a conservadorismos e receios anacrônicos, tornando a nova entidade menor do que ela realmente pode ser.

No passado, vários conservadores também tinham ojeriza por sociedades limitadas. Mas o tempo mostrou que esse pensamento empobrecia as economias, pois diminuía o potencial produtivo das nações. Exatamente por isso, o instituto se difundiu em todo o mundo e hoje não é mais contestado.

Deve-se, por conseguinte, dar um passo à frente com a EIRELI, outorgando-lhe todo o seu potencial econômico, sem discursos conservadores de há muito superados.

Algumas palavras de Othon SIDOU (1964, p. 57) revelam esse conservadorismo em tom profético e merecem ser reproduzidas nesta análise:

Repetir-se-á a experiência a que se submeteu o instituto homônimo, o das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, cujo ingresso no quadro das instituições jurídicas não se fez sem a relutância dos eternos arautos do conservantismo, guardas honra da tradição, no tempo e no espaço.

Destarte, não é possível que o Direito nacional, principalmente o Direito Empresarial brasileiro, continue a perpetuar essa ideia conservadora, anacrônica e desvirtuada sobre um receio que se traduz, algumas vezes, em verdadeira aversão aos empresários, fato que há muito tempo ameaça o potencial produtivo nacional.

Acerca disso, nos longínquos anos de 1878, em um desabafo diante da crise financeira que o assolava, o Visconde de Mauá, Irineu Evangelista de SOUSA

(1878, p. 12), na exposição de motivos da sua quebra, já criticava assim a postura de aversão aos empresários reinante no País:

Desgraçadamente entre nós entende-se que os empresarios devem *perder*, para que o negócio seja *bom* para o Estado, quando é justamente o contrário que melhor consulta os interesses do paiz. Basta dizer que o resultado favoravel anima a criação de outras empresas. (SOUSA, 1878, p. 12)⁸³

Realmente, o desabafo do Barão de Mauá tem fundamento, pois é uma verdadeira desvantagem para o País a perpetuação desse pensamento de que os empresários devem perder para que o negócio seja bom para o Estado.

Em um artigo em que evidencia o Direito Empresarial e a sua função de desestímulo ao empreendedorismo, Fábio TOKARS (2007, p. 65) informa que o Direito não pode continuar funcionando como um “desincentivo ao desenvolvimento da atividade empresarial”. Ao contrário, a Economia e o Direito devem passar a se comunicar em vista da promoção de um cenário institucional de proteção e estímulo à atividade econômica privada.

Para tanto, a doutrina jurídica e a interpretação do Direito, principalmente no Direito Empresarial, deve ser mais pragmático em busca da maximização da atividade produtiva e da eficiência dos institutos econômicos do País.

TOKARS (2007, p. 65), na sua conclusão, bem destaca esse aspecto, veja-se:

1. O direito empresarial deve ser estudado sob o prisma de sua funcionalidade econômica, superando o tecnicismo que ainda domina a hermenêutica.
2. O Direito Empresarial deve ser estruturado como instrumento ao desenvolvimento econômico nacional.

Este também é o ensinamento de POSNER (2007, p. 520), conforme suas elucidativas palavras:

O fato de que, pragmaticamente interpretada, a maximização da riqueza é mais instrumental do que basilar não constitui objeção a seu uso como guia do direito e de políticas públicas. Pode ser o princípio certo para o fim em questão, ainda que só seja certo em virtude de fins que não são exclusivamente econômicos. Pelo menos pode ser o princípio geral, deixando o proponente dos desvios da maximização da riqueza o ônus da demonstração de sua conveniência. (...) O objeto de análise pragmática é

⁸³ Citação conforme a obra original.

afastar a discussão das questões semânticas e metafísicas e aproximá-la das questões factuais e empíricas. A filosofia do direito precisa enormemente dessa mudança de direção. A filosofia do direito precisa tornar-se mais pragmática.

Decerto, não há nenhum sentido em reduzir a discussão da interpretação da EIRELI a questões semânticas, ou metafísicas, ou a um tecnicismo hermenêutico vazio em conteúdo fático e desvinculado das questões econômicas que envolvem o *novel* instituto. É preciso aproximar a sua interpretação às questões empíricas do mundo sensível em que se vive, à realidade.

Deve-se, então, interpretar a EIRELI de modo a tornar esse instituto mais adaptado ao contexto econômico da globalização dos mercados. Senão, a EIRELI brasileira se tornará, a exemplo do Estabelecimento Individual português, uma *crônica de uma morte anunciada*, como muito bem descreveu ANTUNES (2006, p. 401 e seguintes). Com efeito, não se pode permitir que o *novel* instituto seja interpretado como um instrumento de limitação apenas das pessoas naturais, pois esses instrumentos eram típicos do século passado.

Por essa razão, a EIRELI não pode já nascer velha, pois a dogmática mais moderna utilizada nas mais variadas economias amplia o campo de atuação dos empreendimentos unipessoais para a constituição por pessoas jurídicas e pela ausência de limitação de constituição a apenas uma única por pessoa. O sucesso nas adesões da Sociedade Unipessoal portuguesa e da nova Sociedade Anônima Simplificada colombiana são provas irrefutáveis de que os empreendimentos unipessoais exclusivos de pessoas naturais já são institutos ultrapassados. A forma mais atual de concepção dos empreendimentos unipessoais é aquela que permite a maximização da produção.

Até mesmo no novo empreendimento individual francês, mesmo sendo um instituto exclusivo a pessoas naturais - pois já existem as sociedades unipessoais que atendem às outras pessoas jurídicas em geral - as pessoas naturais podem constituir quantos empreendimentos desejem.

Em uma análise de Direito Comparado, a formação de entidades jurídicas unipessoais por pessoas jurídicas é uma realidade amplamente difundida e com sucesso largamente reconhecido. Não há porque perpetuar esse temor e essa medida ineficiente no território nacional, lembrando-se ainda, e sempre, que as subsidiárias integrais não atendem a todas as demandas de empreendimentos

unipessoais, possuindo um custo de operacionalização mais alto do que o de uma EIRELI.

Portanto, em uma análise econômica normativa, a interpretação que a tutela jurisdicional *deve ter*, diante dos questionamentos sobre a validade ou não da vedação à constituição de EIRELI por pessoas jurídicas, é este: com base no princípio da eficiência, o Direito deve permitir a constituição de EIRELIs por todas as espécies de pessoas, medida que irá maximizar o potencial econômico do instituto.

Nesse diapasão, antes da conclusão final deste estudo, serão descritas, resumidamente, algumas nuances e consequências dessa possível interpretação do *novel* instituto jurídico.

7.1 O enquadramento da EIRELI constituída por outra pessoa jurídica

Como já salientado, a EIRELI constituída por outra pessoa jurídica será considerada como uma integrante de grupo de subordinação ou grupo vertical. Exatamente por conta disso, a sua responsabilidade limitada deverá ser mitigada pelas normas que impõem responsabilidade subsidiária ou solidária aos integrantes de grupos econômicos.

Mesmo sendo constituída por uma pessoa jurídica, a EIRELI deverá ser administrada por uma pessoa natural designada em seu ato constitutivo ou em ato separado. A destituição e a nomeação dos administradores são prerrogativas do seu titular, que pode até mesmo destituí-los *ad nutum*, mas deve sempre manter, à margem do seu registro, a qualificação das pessoas naturais responsáveis por personificar os interesses da pessoa jurídica e representá-la judicialmente e extrajudicialmente.

Outrossim, a EIRELI constituída por outra pessoa jurídica não poderá ser enquadrada como Microempresa (ME) ou como Empresa de Pequeno Porte (EPP), pois o inciso I, do § 4º, do art. 3, da Lei Complementar 123/06, veda essa possibilidade. Eis a redação do dispositivo:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas

Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

§ 4o Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;(...)

Assim, somente a EIRELI constituída por pessoa natural poderá ser enquadrada como uma ME ou EPP, desde que atenda os outros requisitos específicos listados no art. 3 da LC 123/06.

Ademais, aquele titular da EIRELI que participa de outra pessoa e já está inscrito como ME ou EPP também não poderá se valer do tratamento diferenciado outorgado pela LC 123/06, além de outras vedações similares que evitam a participação de um mesmo investidor em mais de uma pessoa beneficiada pelo enquadramento.

Isso evita que o empresário pulverize o seu patrimônio em várias pequenas pessoas jurídicas e obtenha, com todas elas, o tratamento diferenciado dispensado as MEs e EPPs, dada à possibilidade de a receita global ultrapassar os limites quantitativos exigidos no enquadramento.

Portanto, a EIRELI constituída por pessoa jurídica não poderá ser enquadrada como ME ou EPP e será enquadrada como integrante de um grupo econômico.

7.2 A EIRELI constituída por outra EIRELI

Uma das consequências lógicas da possibilidade de a EIRELI ser constituída por pessoa jurídica é a permissão de que seu titular seja uma outra EIRELI. Não há nenhum empecilho para isso. Na verdade, em termos de Direito Comparado, é muito comum que os empreendimentos unipessoais sejam constituídos por outros empreendimentos unipessoais.

Ocorre isso na Alemanha, na França desde a Lei nº 94-126, de 11 de fevereiro de 1994, na Espanha e na Colômbia, por exemplo. Portanto, isso revelaria uma maior adequação da EIRELI às novas demandas dos mercados, se tornando

um instituto de vanguarda mais apto a enfrentar os novos desafios da Economia no século XXI.

As cadeias de EIRELI poderiam, em tese, ser livremente formadas, sendo a responsabilidade limitada da instituidora mitigada, nas formas vistas nos tópicos acima: *i)* pela responsabilidade direta e pessoal do controlador por abuso do poder de controle, que pode ser configurado pela subcapitalização, pelo desrespeito ao mínimo patrimonial representado pelo capital, ou por decisão infringente à Lei ou ao ato constitutivo, ou, finalmente, com o recurso da analogia e o uso das normas previstas no art. 117 da LSA. *ii)* pela responsabilidade solidária ou subsidiária, nas normas específicas de tutela aos credores estranhos ao capital.

Como nas outras situações gerais de constituição de EIRELI por pessoa natural ou por outras espécies de pessoas jurídicas, há um ferramental normativo apto a corrigir as externalidades negativas e compensar os eventuais prejudicados pela atuação econômica da EIRELI constituída por outra EIRELI.

Nesse sentido, em consonância com esta análise econômica normativa, à EIRELI deve ser permitido constituir outra EIRELI, seja para formar grupos econômicos verticais, seja apenas para diversificar os objetos de exploração econômica de uma determinada pessoa. Trata-se, assim, de uma consequência lógica da permissão de constituição de EIRELI por pessoa jurídica.

7.3 A EIRELI como ferramenta para a diversificação dos objetos de exploração econômica

Um dos maiores avanços na permissão de constituição de EIRELI por pessoa jurídica é, exatamente, possibilitar que as pessoas físicas ou jurídicas, possuam um instrumento apto a diversificar, unipessoalmente e com limitação de responsabilidade, os objetos de exploração econômica.

Como já observado nos argumentos utilizados para a permissão de constituição de EIRELI por pessoa jurídica⁸⁴, se uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica não societária deseja ampliar os seus objetos e exercer uma empresa incompatível com o seu objeto originário, não existia, no ordenamento, nenhuma espécie de pessoa jurídica unipessoal, capaz de suprir essa demanda.

⁸⁴ Veja-se o item 5.2.3., acima.

Consoante isso, uma pessoa natural não pode constituir mais de uma EIRELI e a subsidiária integral só pode ser constituída por uma outra sociedade e nacional.

Assim, imaginando que uma pessoa física deseje explorar atividades completamente incompatíveis sob o manto de uma mesma personalidade, era necessário formalizar uma sociedade, mesmo que esta fosse unipessoal de fato. Não seria preciso ir muito longe para vislumbrar exemplos de pessoas naturais que, com um espírito empreendedor nato, desejam explorar várias atividades econômicas diferentes.

Existem inúmeros brasileiros que possuem aptidão para a realização de empreendimentos e negócios dos mais variados. Não deve assim, o Direito, frustrar e reduzir o potencial comercial deste cidadão. Evidentemente que alguns destes empreendimentos necessitam da contribuição de outros investidores e, assim, os modelos societários são mais aconselháveis. Entretanto, é possível que esse empreendedor deseje constituir e manter sozinho os seus empreendimentos. Se for possível a constituição de EIRELI por pessoa jurídica, esta pessoa pode constituir uma EIRELI com objeto de participação no capital de outras pessoas e, a partir desta pessoa, fazer derivar quantas EIRELIs desejar para a exploração das mais variadas atividades econômicas.

Isso irá reduzir o custo de transação da atividade, inerente à satisfação de sócios minoritários não desejados pelo controlador. Em igual sentido, uma associação, fundação ou entidade religiosa, também pode constituir uma ou mais EIRELIs para a exploração econômica de determinadas atividades com nítido caráter mercantil.

Como anteriormente ressaltado, entidades como estas já são, hoje em dia, controladoras de gráficas, editoras, canais de televisão, rádios e etc. Fechar os olhos a essa realidade é “querer tapar o sol com uma peneira”, como bem ilustra a sabedoria popular. Melhor seria que a Lei atribuísse a essas entidades a possibilidade de formalizar essas atividades empresariais subsidiárias, via a formação regular de EIRELIs. Isso seria muito mais compatível com a realidade existente.

Evidentemente que, neste caso, o lucro obtido com a EIRELI deve ser utilizado, exclusivamente, no objeto altruísta do seu instituidor. Marlon TOMAZETTE (2012, p. 55), defensor da constituição de EIRELI por pessoa jurídica, também já defende essa hipótese. Segundo o autor, “nada impede no nosso ordenamento

jurídico que a EIRELI seja constituída também por pessoas jurídicas, inclusive as de fins não empresariais para o exercício de atividades lucrativas subsidiárias.”

Tanto no primeiro caso (pessoas naturais), como no segundo (outras espécies de pessoas jurídicas), existe um enorme ferramental normativo para impor a responsabilidade solidária ou subsidiária do titular da EIRELI, igualmente, eventuais desvios de finalidade, confusões patrimoniais e abusos trariam como consequência a responsabilidade do seu instituidor e do seu administrador, sendo também possível, por conta disso, compensar os eventuais prejudicados por externalidades negativas.

Portanto, em uma análise econômica normativa, o Direito deve permitir que a EIRELI seja constituída por pessoa jurídica para facilitar a diversificação dos objetos de exploração econômica, e estimular os investimentos privados em outros setores da economia. Seja esse investidor uma pessoa natural, seja ele uma outra pessoa jurídica não atendida pelas regras típicas das subsidiárias integrais.

Essa forma de interpretação é capaz de potencializar a aptidão desenvolvimentista da EIRELI, em consonância com a ideia de maximização das riquezas e da produção e do princípio da eficiência.

Oxalá, seja assim também interpretada pela tutela jurisdicional brasileira, nos processos em que a vedação à constituição da EIRELI por pessoa jurídica está sendo questionada.

8 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, entende-se que o objetivo inicial deste estudo foi conquistado. Priorizou-se nele o material bibliográfico nacional com o fim de, através das teorias e conceitos já sedimentados na doutrina jurídica brasileira, serem formuladas as bases e características principais desta nova figura nacional. Com isso, entende-se que o objetivo se firmou por meio de sólidas referências. Entretanto, quando não foi possível obter necessárias informações dentro da doutrina nacional, recorreu-se a materiais estrangeiros para sedimentar os conceitos ou trazer à tona novas teorias e formas de análise jurídica.

Em uma descrição resumida dos trabalhos concluídos, explicou-se, de maneira pormenorizada, a inter-relação entre o Direito e a Economia e o papel desenvolvimentista do Direito, para fixar o entendimento da importância do princípio da eficiência, pedra de toque dos estudos econômicos, que deve também influenciar a doutrina e a hermenêutica jurídica.

Posteriormente, em um esboço histórico, mostrou-se a evolução da limitação da responsabilidade nos empreendimentos privados, desde Roma até a consagração de institutos unipessoais de responsabilidade limitada. Discorreu-se sobre a evolução dos institutos unipessoais de responsabilidade limitada no Direito Comparado e, neste ponto, fixou-se o entendimento de que a base que dá suporte à limitação da responsabilidade é o aporte de investimento privado em atividades de risco, sendo a limitação da responsabilidade um estímulo ao investimento e um difusor do desenvolvimento econômico.

Em seqüência, analisou-se a nova Empresa Individual de Responsabilidade Limitada do Brasil, descrevendo as principais tentativas de inserção de institutos análogos na legislação pátria, desde a sua primeira tentativa, até o projeto que deu origem à nova Lei. Discorreu-se pormenorizadamente sobre o Projeto de Lei que inseriu a EIRELI no ordenamento brasileiro, descrevendo, passo a passo, a sua tramitação e as alterações que o projeto inicial sofreu até a sua entrada em vigor.

Nesse mesmo capítulo, descreveu-se as principais características da EIRELI nacional, concluindo que se trata de uma nova forma de pessoa jurídica diferente das sociedades unipessoais consagradas na Europa. Quanto ao objeto, podem ser constituídas para exercer atividades empresárias ou atividades simples. Além disso, reiterou-se o papel do aporte do capital como fundamento da responsabilidade

limitada, descrevendo, neste mesmo tópico, a externalidade negativa gerada pela subcapitalização das empresas, sugerindo mecanismos para evitar esses efeitos negativos.

Em ato contínuo, mergulhou-se na maior polêmica residente na interpretação da EIRELI, a questão repousava em saber se a mesma pode ou não ser constituída por pessoas jurídicas.

Para tanto, apresentaram-se os argumentos que são utilizados para justificar a vedação à constituição de EIRELI por pessoas jurídicas, e também os argumentos utilizados por aqueles que entendem que não há nenhuma justificativa para a sua proibição.

Nessa questão, constatou-se que todas as duas correntes de pensamento repousam em argumentos sólidos e, por conta disso, passou-se a fazer uma análise econômica positiva para identificar o que o sistema jurídico é, traçando, concomitantemente, um paralelo com a proibição de constituição de EIRELI por pessoas jurídicas nas juntas comerciais estaduais.

Diante dessa meta, foi preciso analisar os grupos econômicos formados por pessoas jurídicas, os custos inerentes às formações das empresas, a atual crise da limitação da responsabilidade no País, a racionalidade dos agentes econômicos no mercado e os instrumentos de potencial internalização das eventuais externalidades negativas, como meio de garantir a eficiência das trocas, em consonância com o critério de eficiência de “Kaldor-Hicks”.

Após toda essa análise, concluiu-se que a determinação do DNRC em proibir que as juntas comerciais aceitem a constituição de EIRELI por pessoas jurídicas é economicamente ineficiente e contrária à premissa da maximização de riquezas e da produção econômica, pois essa é uma medida que diminui o potencial desenvolvimentista da EIRELI e é incompatível com um mundo globalizado de mercados fundados na liberdade dos fatores de produção.

Por conta disso, aduziu-se ainda que essa medida faz com que a EIRELI já nasça velha e é contrária ao que vem sendo utilizado na grande maioria dos países pesquisados, sendo certo que é interessante identificar o erro e o acerto das diversas legislações estrangeiras para dar subsídios a uma interpretação mais adequada e mais atual da Empresa Individual no Brasil no contexto globalizado.

Portanto, em uma análise econômica normativa que se seguiu, concluiu-se que a interpretação jurisdicional dos questionamentos sobre a possibilidade ou não

de constituição de EIRELI por pessoa jurídica deve ser isenta de tecnicismos abstratos e mais alinhada com a eficiência e com a realidade econômica do País e, neste sentido, deve-se deferir a sua formação por qualquer espécie de pessoa.

Diante de todo o exposto, reconhecida a incompletude gerada pela omissão legislativa, reconhece-se que o critério da eficiência, elevado ao patamar de princípio jurídico, deve ser levado em consideração na interpretação e na integração da norma e, por conta disso, de maneira pragmática, deve-se maximizar a produção e a aptidão desenvolvimentista do *novel* instituto jurídico, permitindo que as EIRELIs sejam constituídas por qualquer pessoa.

Espera-se, com todo esse arrazoado, que este entendimento seja, quiçá, sedimentado na tutela jurisdicional e que, com isso, o DNRC reveja o seu posicionamento, para que, assim, a EIRELI não se revele como um instituto que “já nasceu morto”, uma “lei que não pegou”, uma “crônica de uma morte anunciada”.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual - Eireli - Lei Nº 12.441/2011 e a Instrução Normativa Nº 117/2011**. São Paulo: Atlas, 2012.

ACOSTA, Pablo Andrés Córdoba. La sociedad unipersonal y los grupos societarios. **Revista de derecho privado**. nº 3, Bogotá, jan/jun 1998. p. 13 - 29
Disponível em: <<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/issue/view/72>>
Acesso em 16 de jan. de 2013.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **Revista AJURIS**. v. 16, n. 45, mar. 1989.p. 7-20, Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/458>> Acesso em: 2 fev. 2012.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Org.). **V Jornada de Direito Civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>> Acesso em 11 de fev. de 2013.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). **I Jornada de Direito Comercial**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012b. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/LIVRETO%20-%20I%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20COMERCIAL.pdf>> Acesso em 11 de fev. de 2013.

ALPA, Guido. **A análise econômica do direito na perspectiva do jurista**. Tradução: João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento editorial da faculdade de direito da UFMG, 1997.

ANTUNES, José Augusto Q. L. Engrácia. O estabelecimento individual de responsabilidade limitada: crônica de uma morte anunciada. Apud: **Revista da**

Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Ano 3. Coimbra: Coimbra editora, 2006, p. 401-442. Disponível em: <http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publs_pesquisa.formview?p_id=3442> Acesso em 08 de jan. de 2013.

_____. **Os grupos de sociedades: estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária.** Coimbra: Almedina, 1993.

ARAÚJO, Fernando. Uma análise económica dos contratos – a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. Apud: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia.** 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97 – 174.

ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Os grupos de sociedades: o estado atual da técnica. Apud: ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge (Org.). **Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 11 – 21.

ASCARELLI, Tullio. **Sociedades y asociaciones comerciales.** trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar, 1947.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. trad. Fábio Konder Comparato. Apud: **Revista de Direito Mercantil – RDM,** Ano XXXV, n.º 104. São Paulo: Revista dos Tribunais, out. – dez. 1996. p. 109-126.

AZTIRIA, Enrique. Empresa individual de responsabilidad limitada (reflexiones con motivo de un proyecto argentino de ley). Apud: **Revista de Direito Mercantil.** Vol I, São Paulo: Gazeta Mercantil, 1951. p. 642 – 680.

BARRETO FILHO, Oscar. A dignidade do direito mercantil. Apud: **Revista de Direito Mercantil.** n.º 11, São Paulo: Gazeta Mercantil, 1973. p. 11 – 21.

_____. Formas Jurídicas da Empresa Pública. Apud: **Revista da Faculdade de Direito**. v. 72. n. 1, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977. p. 397 – 409.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONNECARRÉRE, Ph.; LACOSTE, M. Laborde. **Exposé Methodique de Droit Commercial**. 3. ed. Paris: Librairie Du Recueil Sirey, 1946.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Censo de Capitais Estrangeiros no País - Anos base: 2010 e 2011**. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Rex/CensoCE/port/resultados_censos_anos_base_2011_e_2010.asp?idpai=CENSOCE> Acesso em 29 de maio de 2013.

_____. **Câmara dos Deputados: Projetos de Leis e outras proposições: Projeto de Lei 4.605/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=422915>> Acesso em: 04 de fev. 2013.

_____. **Câmara dos Deputados: Projetos de Leis e outras proposições: Projeto de Lei 4.953/2009b**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=428311>> Acesso em: 04 de fev. 2013.

_____. **Código Civil, Lei nº3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 18 de dez. de 2012.

_____. **Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislação/códigos> Acesso em: 15 de nov. de 2012.

_____. **Código Comercial, Lei nº 556 de 25 de junho de 1850.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm> Acesso em: 18 de dez. de 2012.

_____. **Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em: 22 de fev. de 2013.

_____. **Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm> Acesso em: 22 de fev. de 2013.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em: 22 de fev. de 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>> Acesso em: 22 de nov. de 2012.

_____. **Decreto nº 3.078, de 10 de janeiro de 1919.** Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/decreto/dec3708.htm>> Acesso em: 18 de dez. de 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm> Acesso em: 22 de fev. de 2013.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: Resolução Concla nº 2, de 21 de dezembro de 2011.** Disponível em:

<<http://concla.ibge.gov.br/estrutura/natjur-estrutura/natureza-juridica-2009-1>> Acesso em: 07 de dez. de 2012.

_____. **Instrução Normativa nº 93 da Secretaria da Receita Federal, de 24 de dezembro de 1997.** Disponível em:

<<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/ins/Ant2001/1997/insrf09397.htm>>

Acesso em: 29 de jan. de 2013.

_____. **Instrução Normativa nº 98 do Departamento Nacional de Registro do Comércio, de 23 de dezembro de 2003.** Aprova o Manual de Atos de Registro de Sociedade Limitada. Disponível em:

<<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/normativa/in98.htm>> Acesso em: 29 de jan. de 2013.

_____. **Instrução Normativa nº 117 do Departamento Nacional de Registro do Comércio, de 22 de novembro de 2011.** Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI, Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/dnrl200t.htm>> Acesso em: 29 de jan. de 2013.

_____. **Instrução Normativa nº 118 do Departamento Nacional de Registro do Comércio, de 22 de novembro de 2011.** Dispõe sobre o processo de transformação de registro de empresário individual em sociedade empresária, contratual, ou em empresa individual de responsabilidade limitada e vice-versa. Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/dnrl200t.htm>> Acesso em: 29 de jan. de 2013.

_____. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm> Acesso em: 24 de março de 2013.

_____. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm> Acesso em: 25 de jan. de 2013.

_____. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm> Acesso em: 25 de jan. de 2013.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 22 de fev. de 2013.

_____. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm> Acesso em: 22 de fev. de 2013.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm> Acesso em: 22 de fev. de 2013.

_____. **Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994..** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8934.htm> Acesso em: 25 de jan. de 2013.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm> Acesso em: 22 de fev. de 2013.

_____. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm> Acesso em: 22 de fev. de 2013.

_____. **Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12441.htm> Acesso em: 24 de mar. de 2012.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 22 de fev. de 2013.

_____. **Receita Federal: Nota Cosit nº 446, de 16 de dezembro de 2011.** Disponível em: <<http://www.irtdpjbrasil.com.br/NEWSITE2010/EIRELI.COSIT.pdf>> Acesso em: 07 de dez. de 2012.

_____. **Senado Federal: Portal de Atividade Legislativa: Projeto de Lei da Câmara, nº 18 de 2011.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99694> Acesso em: 04 de fev. 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal: Ação Direta de Inconstitucionalidade 4763/2011.** Requerente: Partido Popular Socialista. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Movimentação processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4637&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em 27 de fev. de 2013.

_____. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região: Agravo de Instrumento nº 0011762-98.2012.4.02.0000/RJ.** Agravante: Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Purpose Brazil LLC e outro. Relatora Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pingres-allen?proc=201202010117621&mov=1#>> Acesso em 30 de abr. de 2013.

_____. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região: Agravo de Instrumento nº 0035043-56.2012.4.03.0000/SP.** Agravante: Duque Advogados Associados e outro. Agravado: Ordem dos Advogados do Brasil Seção SP. Relator: Desembargador Federal Nery Junior. Disponível

em: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=00350435620124030000>> Acesso em 15 de jun. de 2013.

_____. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região: Agravo de Instrumento nº 0010621-17.2012.4.03.0000/SP.** Agravante: Villagarcia Consultoria Empresarial EIRELI e outro. Agravado: Junta Comercial do Estado de São Paulo e outros. Relator: Desembargador Federal Cotrim Guimarães. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=00106211720124030000>> Acesso em 15 de jun. de 2013.

_____. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região: Apelação em Mandado de Segurança nº 0002421-54.2012.403.6100/SP.** Apelante: Villagarcia Consultoria Empresarial EIRELI e outro. Apelado: Junta Comercial do Estado de São Paulo e outros. Relator: Desembargador Federal Cotrim Guimarães. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?numeroProcesso=00024215420124036100>> Acesso em 15 de jun. de 2013.

_____. **12ª Vara Federal do Rio de Janeiro: Mandado de Segurança nº 0008231-27.2012.4.02.5101.** Impetrante: Purpose Brazil LLC e outro. Impetrado: Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro e outros. **Movimentação processual disponível** em: <<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>> Acesso em 30 de abr. de 2013.

_____. **19ª Vara Federal de São Paulo: Sentença do Mandado de Segurança nº 0002421-54.2012.403.6100.** Impetrante: Villagarcia Consultoria Empresarial EIRELI e outro. Impetrado: Junta Comercial do Estado de São Paulo e outros. **Sentença de Mérito disponível em:** <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/43019150/trf-3-judicial-i-capital-sp-25-09-2012-pg-207>> Acesso em 15 de jun. de 2013.

_____. **19ª Vara Federal de São Paulo: Mandado de Segurança nº 0002421-54.2012.403.6100**. Impetrante: Villagarcia Consultoria Empresarial EIRELI e outro. Impetrado: Junta Comercial do Estado de São Paulo e outros. **Movimentação processual disponível** em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>> Acesso em 15 de jun. de 2013.

BRUSCATO, Wilges. **Empresário Individual de Responsabilidade Limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BEVILAQUA, Clovis. **Estudos de direito e economia política**. 2. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1902.

CALVÃO, Filipa Urbano. Princípio da eficiência. Apud: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Ano 7. Coimbra, 2010, p. 401-442. Disponível em: <http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publs_pesquisa.formview?p_id=4306> Acesso em 08 de jan. de 2013.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARMO, Eduardo de Sousa. Sociedade unipessoal por quotas de responsabilidade limitada. Apud: **Revista de Direito Mercantil**. Ano XXVIII, nº 75, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 1989. p. 41 – 48.

CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL DE PESSOAS JURÍDICAS DE BELO HORIZONTE. **Documentação necessária para registro de ato de constituição de empresa individual de responsabilidade limitada**. Disponível em: <http://www.cartoriopessoasjuridicas.com.br/eirele_instituicao.html> Acesso em 26 de abr. de 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. v. 4, tomo II, São Paulo: Saraiva, 1997.

CATEB. Alexandre Bueno. EIRELI? Solução ou problema? Apud: **Jornal Carta Forense**, de 01 de fev. de 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/eireli--solucao-ou-problema/10371>> Acesso em 17 de abr. de 2013.

CERVO, Fernando Antônio Sacchetim. Regime jurídico de limitação da responsabilidade do empresário individual: sociedade unipessoal e estabelecimento individual de responsabilidade limitada. Apud: **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**.n. 9, Porto Alegre: Editora Magister, jun-jul 2006, p. 67 – 76.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CHILE. **Ley nº 19.857, de 11 de fevereiro de 2003**. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=207588>> Acesso em 19 de jan. de 2013.

_____. **Ley nº 20.190, de 05 de junho de 2007**. Disponível em:<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=261427>> Acesso em 19 de jan. de 2013.

_____. **Código de Comércio, de 23 de novembro de 1865**. Disponível em:<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1974&idParte=0>> Acesso em 19 de jan. de 2013

COASE, Ronald Harry. **The firm, the market and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

_____. The Nature of the Firm: Influence. Apud: WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (ed.). **The Nature of the Firm: Origins, Evolution, and Development**. New York: Oxford University Press, 1993. p. 61-74

_____. 1991 Nobel Lecture: The Institutional Structure of Production. Apud: WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. (ed.). **The Nature of the Firm: Origins, Evolution, and Development**. New York: Oxford University Press, 1993. p. 227 – 235.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. vol. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Karine. **Un nouveau statut : l'E.I.R.L.** Disponível em: <[http://www.ccifp.fr/pt/newsletter/legislacao/legislacao/\[sept_2011\]_un_nouveau_statut:_leirlbrfonte:_advogada_karine_coelho](http://www.ccifp.fr/pt/newsletter/legislacao/legislacao/[sept_2011]_un_nouveau_statut:_leirlbrfonte:_advogada_karine_coelho)> Acesso em 05 de mar. de 2013.

COLÔMBIA. **Ley n° 222, de 20 de dezembro de 1995**. Disponível em: <<http://ccamazonas.org.co/documentos/ley222de1995.pdf>> Acesso em 19 de jan. de 2013.

_____. **Ley n° 1258 de 05 de dezembro de 2008**. Disponível em <<http://actualicese.com/normatividad/2008/12/05/ley-1258-de-05-12-2008/>> Acesso em 19 de jan. de 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Os grupos societários na nova lei de sociedades por ações. Apud: **Revista de Direito Mercantil**. Ano XV, nº 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 91 – 107

_____. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Décima segunda Directiva, de 21 de dezembro de 1989**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0667:PT:HTML>> Acesso em 09 de jan. de 2013.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. **Directiva 2009/102/CE, de 16 de setembro de 2009.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:258:0020:0025:PT:PDF>>

Acesso em 20 de maio de 2014.

COOTER, Robert e ULEN, Tomas, **Direito e Economia.** Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORREIA, António de Arruda Ferrer. **Sociedades fictícias e unipessoais.** Coimbra: Livraria Atlântida, 1958.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Empresas unipessoais. Apud: **Revista de Direito Mercantil.** Ano XXII, nº 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 1983. p. 33 – 44.

COSTA, Ricardo Alberto Santos. **A sociedade por quotas unipessoal no Direito Português.** Coimbra: Almedina, 2002.

CRISTIANO, Romano. **A empresa individual de responsabilidade limitada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. **Personificação da empresa.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **A Subsidiária intergral no Brasil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DAVIS, Kevin E; TREBILCOCK, Michael J..A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. Apud: **Revista Direito GV.** 2009, vol.5, n.1, p. 217-268.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de empresa.** vol 8. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DOLINGER, Jacob. A sociedade anônima brasileira – critério determinador de sua nacionalidade. Apud: **Revista de Direito Mercantil**. Ano XV, nº 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 65 – 70.

DORIA, Dylson. **Curso de direito comercial**. V.1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

EQUADOR. **Ley nº 27, de 26 de janeiro de 2006**. Disponível em: <<http://www.derechoecuador.com/productos/producto/catalogo/registros-oficiales/2006/enero/code/18517/registro-oficial-26-de-enero-del-2006>> Acesso em 20 de jan. de 2013.

ESPANHA. **Ley nº 02, de 23 de março de 1995**. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-7240>> Acesso em 15 de jan. de 2013.

_____. **Real Decreto Legislativo nº 01, de 2 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>> Acesso em 16 de jan. de 2013.

_____. **Creación y puesta en marcha de una empresa**. Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. . setembro de 2010b. Disponível em. <http://www.ehu.es/p200-content/eu/contenidos/manual/cef_guias/eu_guia2/adjuntos/CreacionEmpresas.pdf> Acesso em 17 de jan. de 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008

FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedade unipessoal no direito comunitário europeu. Apud: SANTOS, Theophilo de Azevedo (Coord.). **Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho**. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 173 – 203.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1999.

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de direito comercial**. Vol. 2. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos. 1952.

FIERRO, Andrés Becdach. **Las empresas unipersonales de responsabilidad limitada en el Ecuador: Análisis de su funcionalidad teórico y práctica**. Tesi para a obtenção do Título de Abogado de lós Tribunales de la República. Quito: Unversidad San Francisco de Quito. 2007. Disponível em <<http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/337>> Acesso em 22 de jan. de 2013.

FIGUEIREDO, Paulo Roberto Costa. **Subsidiária Integral: a sociedade unipessoal no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FINANCIAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD. **Statement of Financial Accounting Concepts No. 5.2008**. Disponível em: <http://www.fasb.org/pdf/aop_CON5.pdf> Acesso em 27 de fev. de 2013.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FORGIONI, Paula Andrea. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FRANÇA. **LOI n° 2010-658, de 15 de junho de 2010.** Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022355229>> Acesso em 05 de março de 2013.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral.** v. I. São Paulo: Saraiva, 2003

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Manual das companhias ou sociedades anônimas.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988.** 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GREBLER, Eduardo; GREBLER, Gustavo. O funcionamento da sociedade estrangeira no Brasil em face do novo Código Civil. Apud: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito de Empresa no Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 391 – 410.

GREMAUND, Amaury Patrick. A penetração da Economia Política no Brasil e seu ensino durante o período imperial. Apud: **Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política**. nº 8, Rio de Janeiro: 7 Letras, 2001. p. 46 – 71.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Conflitos de interesse entre sociedade controladora e controlada e entre coligadas, no exercício do voto em assembleias gerais e reuniões sociais. Apud: **Revista de Direito Mercantil**. Ano XXII, nº 51, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 1983. p.

GUIMARÃES, Aprígio. Apontamentos de Economia Política. Apud: **Revista Brasileira**. Primeiro Anno, Tomo 1, Rio de Janeiro: N. Midosi, jun/1879. p. 550 – 555.

GUSMÃO, Mônica. **Lições de Direito Empresarial**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

HALPERN Paul; Michael TREBILCOCK; Stuart TURNBULL. An economic analysis of limited liability in corporation law. Apud: **The University of Toronto Law Journal**. Vol. 30, No. 2, 1980. p. 117-150.

HAURIOU, Maurice. **Teoria dell'istituzione e della fondazione**. Milão: Giuffrè Editore, 1967.

HERRERO, Francisco Javier. **Estudos de ética e filosofia da religião**. São Paulo: Loyola, 2006.

HÖFFE, Otfried. **Immanuel Kant**; trad. Christian Viktor Hamm, Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed., São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

IDRIS, Kamil. A importância do uso de ativos de propriedade intelectual. Apud: **Revista da ABPI**. n.º 74. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, jan.-fev, 2005. p. 3-13.

ISFER, Edson. **Sociedades unipessoais e empresas individuais – responsabilidade limitada**. Curitiba: Juruá, 1996.

ITÁLIA. **Codice Civile, de 16 de março de 1942**. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=34794>> Acesso em 10 de jan. de 2013.

_____. **Decreto legislativo n. 88, de 03 de março de 1993**, Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:1993;88>> Acesso em 10 de jan. de 2013.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. Teoria da Firma: Comportamento dos Administradores, Custos de Agência e Estrutura de Propriedade. Apud: **RAE-Revista de Administração de Empresas**, v. 48, n. 2. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, abr-jun, 2008. p. 87-125, Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/download/3913>> Acesso em 15 de out. de 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**; trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O conceito jurídico de custo na avaliação do ativo fixo. Apud: **Revista de Direito Mercantil**, Ano X, nº 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 21 – 31.

_____, Luiz Gastão Paes de Barros. Aquisição de ativos e assunção de passivos empresariais. Apud: **Revista de Direito Mercantil**, Ano XXXIX, nº 118. São Paulo: Malheiros, abr – jun. 2000. p.236 – 246.

LEHUEDÉ, Eduardo Jequier. Unipersonalidad y sociedad con un solo socio; alcances de su reconocimiento en la estructura dogmática del derecho chileno. Apud: **Revista Ius et Praxis**, Ano 17, nº 2, Talca, 2011, p. 189 – 230, Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n2/art08.pdf> > Acesso em 21 de jan. 2013.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. Apud: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Volume 46, ago. 2009. p. 119 – 149, Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/14977/10029>> Acesso em 15 out. 2012.

LISBOA, José da Silva. **Princípios de Economia Política: edição comentada pelo Prof. Nogueira de Paula no bicentenário de Cayrú**. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti-editores, 1956.

_____. **Princípios de direito mercantil e leis da marinha**. Reimpressão da edição de 1815 da Imprensa Régia de Lisboa. Rio de Janeiro: Serviço de Documentação do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1963.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOBO, Jorge. **Grupo de sociedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LOBO, Maria Teresa de Almeida Rosa Cárcamo. A ordem jurídica comunitária. Apud: **Revista CEJ**, V. 1 n. 2 mai./ago. 1997, Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/100/143>> Acesso em 01 dez. 2012.

LOPÉZ, Adriana. La SAS unipersonal y la empresa unipersonal de responsabilidad limitada-similitudes, diferencias, ventajas y proyección de ambas figuras dentro del ordenamiento mercantil colombiano. Apud: **Revist@ e – Mercatoria**, Vol. 11, nº 1, Bogotá, jan/jun 2012. p. 215 – 257. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128709> Acesso em 19 de jan. de 2013.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Elementos de Economia Política**. Recife: Universal, 1854.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

LYNCH, Maria Antonieta. Comentários ao PL 4.605/2009 que cria a empresa individual de responsabilidade limitada. Apud: **Revista de Direito Privado**. Ano 10, nº 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez 2009. p. 215 – 236.

MACHADO, Sylvio Marcondes. **Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida de; FREIRE JÚNIOR, Auer Baptista. **As controvérsias da lei da “empresa” individual de responsabilidade limitada 12.441/11**. Disponível em: <[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10723)

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10723](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10723)>

Acesso em 13 dez. 2012.

MAMEDE, Gladston. **Manual de Direito Empresarial**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARSHALL, Carla C. **A Sociedade por Quotas e a Unipessoalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 22. ed. Rio de Janeiro; Forense, 1998.

_____. Transformação de sociedade por quotas em sociedade anônima. Apud: MARTINS, Fran. **Novos estudos de direito societário: sociedades anônimas e sociedades por quotas**. São Paulo: Saraiva. 1988. p. 249 – 261.

_____. Sociedade por quotas unipessoal. Apud: MARTINS, Fran. **Novos estudos de direito societário: sociedades anônimas e sociedades por quotas**. São Paulo: Saraiva. 1988b. p. 263 – 271.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 7º ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11º ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDONÇA, Jacy. **Risco Empresarial**. dez de 2003, Disponível em: <<http://www.usinadeletras.com.br/exibelotexto.php?cod=28106&cat=Artigos&vinda=S>> Acesso em 13 jan. 2013.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial**. 3º vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and beyond**. 2° ed. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2006.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Tomo XLIX, Rio de Janeiro: Borsóí, 1965.

MORAES, Rodolfo Pinheiro de. Com a palavra o vice-presidente: parecer da RFB define EIRELI como registrável no RCPJ. Apud: **RDT Brasil**, jan. 2012. p. 1397 – 1404. Disponível em: <<http://cartoriortdcampinas.com.br/wp-content/uploads/2013/01/Boletim-EIRELI.pdf>> Acesso em 7 dez. 2012.

MOEREMANS, Daniel E. Recepción de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en el proyecto de unificación civil y comercial em Argentina. Protección de lós acreedores. Apud: **Revista de informação legislativa**, Brasília, n° 107, jul/set. 1990. p. 287 – 314.

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

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NOBEL FOUNDATION. **All Prizes in Economic Sciences, 1991**. Disponível em:<http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/> Acesso em 7 dez. 2011.

NONES, Nelson. Sociedade unipessoal: uma abordagem à luz do direito Italiano, Espanhol e Português. Apud: **Novos Estudos Jurídicos**. Ano VI, n° 12, UNIVALI: Itajaí. abr 2001. p. 13 – 32.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A Dupla Crise da Pessoa Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Conceito de pessoa jurídica**. Tese (Livre-docência em Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1962.

PARAGUAI. **Ley nº 1.034, de 16 de dezembro de 1983**. Disponível em: <http://www.senado.gov.py/leyes/index.php?pagina=ley_resultado&id=3813> Acesso em 21 de jan. de 2013.

PERU. **Decreto Ley nº 21.621, de 15 de setembro de 1976**. Disponível em: <<http://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/21621-sep-14-1976.pdf>> Acesso em 21 de jan. de 2013.

PESSOA, Leonardo. **Pessoa Jurídica pode constituir uma empresa individual**. 2012. Disponível em: <<http://leonardopessoa.adv.br/novo/2012/03/pessoa-juridica-pode-constituir-empresa-individual-eireli/>> Acesso em 17 de out. de 2012.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Joint Ventures: contratos de parceria empresarial no Direito Brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

_____. Teoria da empresa em Direito e Economia. Apud: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, abr./jun. 2006. p. 55 - 74,

_____. Direito, economia e relações patrimoniais privadas. Apud: **Revista de informação legislativa**. Brasília, nº 170, abr./jun. 2006b, p. 159 – 173.

_____. **Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2006c.

_____. **Direito Societário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. Sociedade subsidiária integral, parcerias empresariais e custos da minoria societária. Apud: **Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais: Homenagem ao Prof. Osmar Brina Corrêa-Lima**. WALD, Arnaldo (et. al.). São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 557 – 579.

PIMENTA, Eduardo Goulart; GABRIEL, Fábio. A interpretação dos contratos de saúde privada sob uma perspectiva de Direito & Economia. Apud: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito Civil: Atualidades IV – teoria e prática no direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 435 – 460.

PIMENTA, Eduardo Goulart; OLIVEIRA, Fábio Gabriel de. Como o direito privado pode contribuir para o desenvolvimento nacional? Apud: **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasil/08_311.pdf>

PIMENTA, Angela; GIANINI, Tatiana. 5 ideias para começar a desatar o nó. Apud: **Revista Exame**. 22 de setembro de 2010, vol. 44. p. 162-171.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 257, de 31 de dezembro de 1996**. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1s/1996/12/302A00/47024711.pdf>> Acesso em 17 de jan. de 2013.

_____. **Decreto-Lei nº 248, de 25 de agosto de 1986**. Disponível em: <<http://digestoconvidados.dre.pt/digesto/pdf/LEX/359/3377.PDF>> Acesso em 17 de jan. de 2013.

_____. **Decreto Lei nº 33, de 07 de março de 2011**. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2011/03/04600/0130901311.pdf>> Acesso em 17 de janeiro de 2013.

_____. **Portal estatístico de informação empresarial do IRN.** 2013. Disponível em: <<http://www.estatisticasempresariais.mj.pt/Paginas/filtros.aspx?estatistica=18>> Acesso em 20 de outubro de 2013.

POSNER, Richard A. Usos y abusos de la teoria económica em el derecho. Tradução: Manett Vargas e Mônica Macías. Apud: Andrés Roemer (comp.) **Derecho Y Economía: Una Revisión de La Literatura.** 1ª reimpressão. Cidade do México: Editora Centro de Estudios de Gobernabilidad Y Políticas Públicas, Instituto Tecnológico Autónomo do México e Fondo de Cultura Económica, 2002. p. 66 – 90.

_____. **Economic analysis of law.** 6ª ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

_____. **Problemas de filosofia do direito.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Maximización de la riqueza y Tort Law:** una investigación filosófica. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>.> Acesso em: 01. ago. 2008.

RAMOS, André Luis Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** 2º Vol. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Comercial.** 1º Vol. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIO DE JANEIRO. **Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: Agravo de Instrumento nº 0016183-27.2012.8.19.0000.** Mandado de segurança preventivo. JUCERJA. Arquivamento de operação de transformação de

sociedade empresária, para constituição de EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. A Junta Comercial efetua o registro e o seu cancelamento por delegação federal, sendo, portanto, da competência da Justiça Federal para processar e julgar o mandado de segurança (CR/88, art. 109, VIII). O registro público de empresas mercantis é exercido, em todo o território nacional, por órgãos federais e estaduais, de maneira uniforme e interdependente (Lei nº 8.934/94, artigos 1º e 3º, e CC, artigos 1.150 e seguintes). Incompetência da Justiça Estadual. Jurisprudência dominante. Interlocutória que se anula. Agravo a que se dá provimento. Data de Julgamento: 24/04/2012. Agravante: Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Purpose Brazil LLC e outro. Relator Desembargador Jessé Torres. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0003161EC316CF07DF526B026F7CD45C309CE0C40324145D>> Acesso em 30 de abr. de 2013.

_____. **Décima Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região: Recurso Ordinário nº 0094400-58.2008.5.01.0006.** FUNDAÇÃO RUBEM BERTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. Irrelevante para configuração do grupo econômico que a Fundação não tenha fins lucrativos, bastando para sua configuração que o seu empreendimento esteja relacionado com as demais reclamadas. Recurso a que se dá parcial provimento. Data de Data da Publicação: 15/03/2012. Recorrente: Liu Jung Wen. Recorridos: Fundação Rubem Berta e outros. Relatora Monica Batista Vieira Puglia. Disponível em: <http://bd1.trt1.jus.br/xmlui_portal/handle/1001/350198?queryRequest=funda%C3%A7%C3%A3o%20rubem%20berta> Acesso em 20 de abr. de 2013.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. **Introdução à história do direito privado e da codificação.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROCHA FILHO, José Maria. **Curso de Direito Comercial: parte geral atualizada conforme o novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2004.

RODRIGUES, Nelson. Complexo de vira-latas. Apud: RODRIGUES, Nelson. **À sombra das chuteiras imortais**. São Paulo: Cia. das Letras, 1993. p.51-52. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/cdrom/rodrigues03/rodrigues3.pdf>> Acesso em 09 de jan. de 2014.

RODRIGUES, Aldenir Ortiz; [et al]. **Manual da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI**. São Paulo: IOB, 2012.

ROEMER, Andrés. **Introducción al análisis econômico del derecho**. Tradução: José Luis Pérez Hernández. 3ª Reimpressão, Cidade do México: Editoras Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística y Fondo de Cultura Económica, 2001.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20. ed. 3. reimpr, São Paulo: Atlas, 2006.

SÁ, Antônio Lopes de. Ativo intangível e potencialidade de capitais. Apud: **Revista Brasileira de Contabilidade**, Ano XXIX, n.º 125. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, set/out. 2000. p. 46-53.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? Apud: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49 -61.

_____. **A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner**. 2010. Disponível em <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35> Acesso em 19 de dez. de 2012.

_____. **The end of limited liability in Brazil.** 2012. Disponível em <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/69> Acesso em 19 de dez. de 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal.** São Paulo: Malheiros Editora, 1995.

_____. La societa unipersonale a responsabilita limitata nel Diritto Tedesco. Apud: **Revista de Direito Mercantil.** Ano XXX, nº 83, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set 1991. p. 33 – 54.

SANABRIA, Fabio Andrés Bonilla. Unipersonalidad societaria: a propósito de un debate actual en el derecho colombiano. Apud: **Revist@ e – Mercatoria,** Vol. 7, nº 1, Bogotá, jan/jun 2008. p. 1 – 44. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3627114.pdf>> Acesso em 08 de jan. de 2013.

SANTOS, Filipe Cassiano dos. **A sociedade unipessoal por quotas: comentários e anotações aos artigos 270.º-A a 270.º-G do código das sociedades comerciais.** Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes dos. Levando os princípios a sério: eficiência como princípio jurídico. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI.** Florianópolis : Fundação Boiteux, 2009. p. 864 - 874.

SEN, Amartya. **O desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERLOOTEN, Patrick. **EURL: Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.** Paris: GNL Joly éditions, 1994.

SIDOU, J. M. Othon. **Empêsa individual de responsabilidade limitada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

SILVA, Alexandre Couto. Desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil. Apud: RODRIGUES, Frederico Viana (Coord.). **Direito de Empresa no Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 431 – 467.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. atual: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Suzana Tavares da. O princípio (fundamental) da eficiência. Apud: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Ano 7, Coimbra: Coimbra editora. 2010, p. 519-544. Disponível em: <http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publs_pesquisa.formview?p_id=4247> Acesso em 8 de jan. 2013.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. v. 1. Tradução: Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOUSA, Irineu Evangelista de. Exposição do Visconde de Mauá aos credores de Mauá & C e ao publico. Reedição fac-similar da 1º edição (1878). Apud: ARCHER, Renato [et. al.] **Mauá Empresário e Político**. São Paulo: Bianchi Editores, 1987.

SOUZA, Thelma de Mesquita Garcia e. Sociedade unipessoal como solução organizativa da empresa. Apud: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.). **Direito Societário Contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 491 – 509.

STIGLER, George J. Law or Economics? **The Journal of Law & Economics**, Chicago: University of Chicago Law School, v. 35, nº2, oct, 1992.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. Apud: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74 – 83.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio; MUELLER, Bernardo. Economia dos direitos de propriedade. Apud: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 84 – 101.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; DRUCK, Tatiana. **A alienação fiduciária imobiliária em uma perspectiva de direito e economia**. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/8r96775p>> Acesso em 12 set 2007.

THE ECONOMIST (US), 21 de janeiro de 2012, p. 74.

TOKARS, Fábio. O direito empresarial brasileiro e sua função de (des)estímulo ao empreendedorismo. Apud: **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 29 – 66, jul./set. 2007.

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

VALVERDE, Trajano de Miranda. Estabelecimento autônomo. Apud: **Revista Forense**, Rio de Janeiro: dez. 1943. p. 19 – 20.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 1º volume. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLELA, João Baptista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. Apud: ADAHYL, Lourenço Dias [et. al.]. **Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 251 - 266.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. **Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. O fracasso do direito grupal brasileiro: a institucionalização do controle oculto e de sua sub-reptícia transferência. Apud: ARAUJO, Danilo Borges dos Santos Gomes de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge (Org.). **Os grupos de sociedades: organização e exercício da empresa**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 115 – 150.

WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações? Tradução: Decio Zylbersztajn. Apud: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 16-59.

ZYLBERSZTAJN, Décio. **Estruturas de Governança e Coordenação do Agribusiness: Uma Aplicação da Nova Economia das Instituições**. Tese para a obtenção do Título de Livre Docente. São Paulo, USP. 1995. Disponível em: <http://www.fundacaofia.com.br/pensa/anexos/biblioteca/63200715534_.pdf> Acesso em 26 de nov. de 2012.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. Apud: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito**

& Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 1- 15.

ZYLBERSZTAJN, Décio; REZENDE, Christiane Leles. **Pacta Sunt Servanda? O caso dos contratos de soja verde.** Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5jg1v63w#page-1>> Acesso em 12 set. 2007.