

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUSTAVO NADOLNY

A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI)
E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

CURITIBA

2015

GUSTAVO NADOLNY

A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI)
E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edson Isfer

CURITIBA

2015

*Os novos institutos não surgem
repentinamente, mas se desenvolvem
gradualmente sobre o tronco de velhos
institutos que vêm aos poucos se
renovando e cumprindo novos objetivos.*

Tullio Ascarelli

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Leonisio Nadolny e Judith Gorski Nadolny, pela minha existência, pela dedicação e pela minha educação.

À Daniele dos Santos de Oliveira, um anjo sem asas.

À Lurdes Tiekko Miura Link, por tudo.

Ao meu irmão Adriano Nadolny, por tornar meus dias melhores.

Ao meu orientador Edson Isfer, pela paciência e pelo exemplo de vida, de caráter e de profissional.

Aos meus colegas de faculdade Michele Makiak, Giovani Soares do Nascimento e Marcelle Rigodanzo Mocha, pela bondade extrema.

RESUMO

O presente trabalho consistiu em uma pesquisa focada na questão da atribuição da personalidade jurídica e na limitação da responsabilidade empresarial, como substrato teórico para posterior análise da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), nova espécie jurídica de direito privado inserida no ordenamento jurídico brasileiro com fito de preencher a lacuna existente entre o empresário individual, de responsabilidade ilimitada, e as formas societárias caracterizadas pela limitação da responsabilidade dos sócios que a integram. Em seguida, se desenvolveu uma análise da EIRELI à luz da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chave: EIRELI; limitação da responsabilidade individual; doutrina da desconsideração da personalidade jurídica.

ABSTRACT

This work consists of a research focused on the issue of attribution of legal personality and limitation of corporate responsibility, as a theoretical basis for further analysis of the Individual Company Limited Liability (EIRELI), new legal kind of private law inserted into the Brazilian legal system with aim of bridging the gap between the individual entrepreneur, with unlimited liability, and corporate forms characterized by the limitation of liability of the partners that integrate. Then developed an analysis of EIRELI the light of the doctrine of piercing the corporate veil.

Keywords: EIRELI; limitation of individual responsibility; disregard of legal entity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 PERSONALIDADE JURÍDICA	10
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	10
2.1.1 GRUPOS, SUJEITOS DE DIREITO E CAPACIDADE JURÍDICA.....	12
2.1.2 TEORIAS SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA.....	24
3 A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL	33
3.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS.....	33
3.1.1 O DESENVOLVIMENTO DAS SOCIEDADES E A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE.....	33
3.1.2 A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL.....	41
4 A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	44
4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	44
4.1.1 ASPECTOS DA DOCTRINA DA SUPERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	45
4.1.2 A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA À LUZ DA <i>DISREGARD OF LEGAL ENTITY</i>	49
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1 INTRODUÇÃO

A sociedade humana mundial vem atravessando, sobretudo nas duas últimas décadas do século XX e neste início de século XXI, período de vertiginosas transformações. Embora sentidas em todos os campos, foi no cenário econômico que se deram algumas das mais profundas e importantes mudanças dos últimos anos. O mundo assistiu a consolidação do ideal capitalista como força motriz social, ao som dos derradeiros estertores da experiência socialista; viu diminuir as distâncias com o desenvolvimento dos transportes e a “queda” das fronteiras, em face do fenômeno da globalização e da formação de grandes blocos econômicos; e descobriu novas formas de se comunicar e de fazer negócios, graças a avanços tecnológicos sem precedentes na História, como o aparecimento da Informática e o surgimento e expansão da rede mundial de computadores. Assim, o que se observa é o aumento da complexidade e diversidade e a intensificação das relações entre os indivíduos, sobremaneira na esfera privada.

Quanto maior a intensidade das relações humanas, principalmente na seara econômica, maior a ocorrência de conflitos e divergências de interesses. É importante ponderar que o homem é um ser eminentemente gregário, e que precisa se relacionar com seus iguais; Aristóteles foi um dos primeiros pensadores a notar isso, e defendia a tese de que o homem só se realiza plenamente na *pólis*, vivendo coletivamente, pois é um animal social por natureza¹. Porém, é essencial solucionar os problemas do convívio em sociedade, como forma de assegurar sua própria existência². Neste contexto, o Direito aparece como a principal forma de controle social, trazendo segurança e equilíbrio aos grupos através da disciplina imposta aos indivíduos e suas interações, e garantindo a ordem e a manutenção do sistema vigente. O sociólogo francês Émile Durkheim sustentava que o Direito deriva da

¹ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury (traduzido do grego). Brasília (DF): Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 13-16

² Vale assinalar aqui a máxima atribuída a Eugène Delacroix: “O homem é um animal sociável que detesta seus semelhantes.” (*apud* LOURENÇO NETO, Antônio da Rocha. **Direito e Humanismo: uma visão filosófica, literária e histórica**. Rio de Janeiro: 2013. p. 471)

própria realidade que rege, ou seja, é o reflexo daquilo que busca proteger³. *Ubi societas, ibi jus*: onde houver sociedade, haverá Direito⁴.

Nesse cenário de profundas mudanças, o grande desafio que se apresenta ao Direito é quanto à sua capacidade de também mudar, e acompanhar o ritmo – extremamente acelerado, frise-se - das transformações que vem ocorrendo. Em se tratando do campo econômico e empresarial, o desafio se agiganta, face ao dinamismo das relações de mercado e das transações delas decorrentes.

Foi nesse sentido o esforço do legislador brasileiro ao trazer à luz do ordenamento jurídico a Lei 12.441, de 11 de julho de 2011⁵, que alterou o Código Civil nacional (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e introduziu, entre as espécies de pessoas jurídicas de direito privado do artigo 44, a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI. Ao permitir sua constituição, buscou o legislador pátrio preencher uma “lacuna” existente entre o empresário individual (de responsabilidade ilimitada) e as espécies societárias que têm sua responsabilidade limitada ao capital social.

A possibilidade da limitação da responsabilidade do empresário ao patrimônio envolvido no empreendimento, sem prejuízos, em regra, ao seu conjunto de bens pessoais sempre foi um grande motivador da atividade empresarial, protegendo-o dos riscos inerentes ao “negócio”⁶. Porém, até o advento da EIRELI à ordem jurídica nacional, um empreendedor solitário não conseguia, legalmente, usufruir dos benefícios da limitação de responsabilidade. E essa parece ser a tendência legislativa hodierna, eis que se vê a introdução dessa regra em outros

³ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 216-220

⁴ Antigo brocardo romano, atribuído a Ulpiano (170-228 d.C.): *Ubi homo, ibi societas. Ubi societas, ibi jus*. “Onde está o homem, há sociedade. Onde há sociedade, há Direito.” (*apud* MADRUGA, Antenor. A necessidade de uma profissão jurídica global. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, abril de 2012)

⁵ A Lei 12.441/2011 entrou em vigor 180 dias após a promulgação, em 09 de janeiro de 2012.

⁶ A limitação da responsabilidade empresarial decorre, para Fábio Ulhôa Coelho, do Princípio da Autonomia Patrimonial, como será demonstrado adiante, e é um dos motivadores da atividade econômica. (COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial, volume 02: Direito de Empresa**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 16, item 2.3)

países como França⁷, Portugal⁸, Itália⁹, Alemanha¹⁰, e até em nações consideradas “menos desenvolvidas”, como o Peru¹¹. No velho continente há, inclusive, uma diretiva da Comunidade Européia com fito de uniformizar o tratamento legal dado ao assunto nos países integrantes do bloco¹².

Se do prisma formal as alterações trazidas pelo novel texto legal foram pequenas (incluiu um artigo e alterou outros dois, todos do Código Civil de 2002)¹³, sob o ponto de vista conceitual e doutrinário a inovação tem provocado debates e reflexões. Uma delas é o trabalho que será desenvolvido na presente monografia.

O objetivo aqui é ampliar os estudos sobre esta nova forma de constituição empresarial, ante a produção teórica ainda extremamente escassa. Para tanto, serão investigadas as raízes da limitação de responsabilidade e sua evolução ao longo do tempo, sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro e as razões que levaram à promulgação da Lei 12.441 em 2011. Necessária, porém, uma prévia compreensão do entendimento atual da doutrina acerca do tema, bem como uma dedicada análise de questões concernentes à personalidade jurídica que, como se tentará demonstrar, parece possuir íntima ligação com a restrição de responsabilidade patrimonial. Tudo com fito de subsidiar a elaboração de uma espécie de “panorama histórico”, de onde se possam abstrair as razões que levaram à adoção tão tardia da limitação individual de responsabilidade no Direito internacional e brasileiro.

⁷ Lei 85-697, de 11 de julho de 1985, estabelece a *Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée*.

⁸ Em Portugal, o Decreto-Lei 248/86 cria o “Estabelecimento Mercantil Individual de Responsabilidade Limitada”, e o Decreto-Lei 257/96 permite a constituição de “Sociedades Unipessoais por Quotas”.

⁹ Decreto Legislativo 88/1993 permite a criação da “società a responsabilità limitata com un unico socio”.

¹⁰ Solução adotada na *GmbH-Novelle*, de 1980 (ESPÍRITO SANTO, João. **Sociedade Unipessoal por Cotas**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2013. Anexo I)

¹¹ O Decreto Lei 21.621 veiculou a “Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada”, com “fin de facilitar el eficaz desenvolvimiento de la Pequeña Empresa”; tal diploma legal, **de 1976**, demonstra o quão tardia foi a adoção desta modalidade jurídica no direito brasileiro.

¹² Diretiva 2009/102/CE do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, de 16 de setembro de 2009, trata de “matéria de direito das sociedades relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio”.

¹³ Lei 12.441/2011, art. 1º: “Esta Lei acrescenta inciso VI ao art. 44, acrescenta art. 980-A ao Livro II da Parte Especial e altera o parágrafo único do art. 1033, todos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) (...)”

Finalmente, apoiando-se nas reflexões previamente realizadas, serão abordados os principais aspectos da desconsideração da personalidade jurídica, ou *disregard of legal entity*, bem como os impactos da aplicação desta técnica em face da empresa individual de responsabilidade limitada. Se pretende, assim, contribuir, ainda que de forma extremamente modesta, para o debate estabelecido.

2 PERSONALIDADE JURÍDICA

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes da investigação das origens da idéia de limitação da responsabilidade e da persecução das razões que levaram à adoção “tardia” no Direito universal e, especialmente, no ordenamento jurídico brasileiro, da possibilidade de restrição da resposta patrimonial do empreendedor solitário às dívidas negociais, se fazem necessárias algumas prévias ponderações acerca da questão da personalidade jurídica. Tais reflexões servirão para, desde já, definir alguns dos alicerces conceituais sobre os quais se apoiará este trabalho, e que darão um norte à agulha do raciocínio.

Assim, primeiramente devemos ressaltar que são amplas as discussões que envolvem a questão da personalidade jurídica no Direito. Nas palavras de Paulo Luiz Netto LÔBO, “poucas categorias de direito foram tão estudadas e, surpreendentemente, tão pouco esclarecidas como a pessoa jurídica”¹⁴. Washington de BARROS MONTEIRO afirma “tratar-se de tema tormentoso, fascinante e sempre novo, devido às suas múltiplas, variadas e modernas aplicações. Cada dia que passa, novos e imprevistos horizontes se descortinam nesse proteiforme¹⁵ instituto jurídico”¹⁶. Francisco AMARAL considera seu estudo um dos setores mais controversos do Direito, e que “permanece como um dos grandes tópicos da ciência jurídica, uma de suas questões chave.”¹⁷

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 176

¹⁵ Proteiforme: aquilo que muda de forma frequentemente.

¹⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 95

¹⁷ AMARAL Neto, Francisco de Assis. **Direito Civil: Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Capítulo VIII

Nem mesmo quanto à nomenclatura existe consenso¹⁸: no direito francês, chamam a pessoa jurídica¹⁹ de *pessoa moral*; em Portugal, *pessoa coletiva*²⁰; e Augusto TEIXEIRA DE FREITAS, em seu *Esboço de Código Civil*, a chamou de *pessoa de existência ideal*.²¹ ²² Mesmo assim, e frisando que não se encontram entre as pretensões do presente trabalho esgotar ou aprofundar-se demasiadamente no tema, faz-se necessário compreender os aspectos básicos conferidos pela legislação e pela interpretação doutrinária a este instituto, bem como definir de maneira minimamente homogênea suas principais características, como substrato para as reflexões posteriores. Afinal, como se tentará demonstrar adiante, a atribuição de personalidade a entes que não sejam necessariamente pessoas naturais possui estreita relação – quiçá, de dependência – com a idéia de limitação de responsabilidade patrimonial.

O principal aspecto a ser considerado é quanto à sua natureza. Existem várias teorias que buscam a essência da personalidade jurídica. Paulo Luiz Netto LÔBO aponta, citando obra clássica de Francesco Ferrara²³, a teoria da ficção, a do patrimônio destinado a um fim, a orgânica, a individualista, a institucionalista, entre outras; e conclui que, “de modo geral, as teorias ou são realistas ou formalistas”²⁴. Ou seja, embora cada teoria que envolve esta matéria apresente proposições características, a grande maioria oscila entre estes dois “extremos”.

Considerando as divergências existentes também em relação à quantidade e à nomenclatura das teorias que prometem explicar a pessoa jurídica, utilizaremos como baliza, para selecionar as construções teóricas que serão objeto de estudo neste trabalho, a frequência com que cada uma delas ocupa as reflexões da

¹⁸ ISFER, Edson. **Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada**. 165 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC, São Paulo, 1994. p. 28

¹⁹ A expressão pessoa jurídica é utilizada no Brasil, Alemanha, Itália e Espanha. (DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – volume 01: Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 263)

²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 95-96

²¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: 1º volume**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 375

²² Quanto às pessoas físicas, Teixeira de Freitas se referia como “pessoas de existência visível.” (GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 141-143)

²³ A obra citada é “Le persone giuridiche”, do economista e político italiano Francesco Ferrara, publicada em 1938.

²⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 179-180

doutrina que dá suporte à presente monografia. Deste modo, serão abordadas com maior profundidade a teoria da ficção, a teoria da realidade objetiva ou orgânica e a teoria da realidade técnica ou jurídica. Entretanto, correntes menos lembradas não serão esquecidas, e serão consideradas na elaboração de um amplo panorama acerca do tema.

Vale descrever desde logo, porém, algumas características e conceitos fortemente ligados à figura da pessoa jurídica que, como referido no início desta seção, auxiliarão na compreensão das teorias em espécie.

2.1.1 GRUPOS, SUJEITOS DE DIREITO E CAPACIDADE JURÍDICA

Destarte, insta ressaltar que para parte importante da doutrina a técnica de atribuição de personalidade jurídica a entes que não sejam pessoas físicas ou naturais decorre originalmente da necessidade premente do ser humano de organizar-se em **grupos**²⁵, na persecução de determinados fins²⁶. Associando-se, o homem supera suas fraquezas e obtém resultados melhores do que conseguiria atuando isoladamente, seja pela oportunidade de reunir as diferentes habilidades pessoais de seus componentes em torno de finalidades comuns²⁷, seja pela possibilidade de reunir patrimônios de maior monta para financiar a atividade desenvolvida. Entretanto, como assevera Caio Mário da SILVA PEREIRA, se é um expediente útil na persecução de determinados objetivos, pode se apresentar também como um perigo à sociedade pela eventual concentração do poderio econômico e demanda, assim, uma maior atenção do universo jurídico.^{28 29}

²⁵ Vale lembrar que Aristóteles, em sua obra *Política*, já fazia referência ao caráter gregário do ser humano, como esclarecemos no intróito deste trabalho.

²⁶ Nesse entendimento coadunam, por exemplo, Washington de BARROS MONTEIRO, Miguel REALE, Paulo Luiz Netto LÔBO, Orlando GOMES e Maria Helena DINIZ.

²⁷ Formulação típica das chamadas “sociedades de pessoas”, onde impera a *affectio societatis*.

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – volume 01**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 255

²⁹ O fenômeno da concentração econômica, intensificado nas últimas décadas ante o fortalecimento do capitalismo neoliberal e da globalização, é uma grave ameaça à livre concorrência de mercado. No Brasil, o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica é o órgão responsável pelo controle das fusões envolvendo grandes empresas, competindo-lhe avaliar a viabilidade econômica da concentração de capital e mercado. (SANTIN, Janaína Rigo. As novas fontes de poder no mundo

Ao personificar estes grupos, “para que participem da vida jurídica, com certa individualidade e em nome próprio”³⁰, o ordenamento jurídico cria novos núcleos de imputação de direitos e deveres: novos **sujeitos de direito**, outra categoria cara às teorias que tentam explicar o tema. Para Hans KELSEN, embora não seja imprescindível, é um conceito que auxilia e facilita a exposição do direito.³¹

Foi apenas em fins do século XVIII e início do século XIX que a noção subjetivista passou a ser aplicada às teorizações acerca do que hoje conhecemos como pessoa jurídica³², época em que teve início o desenvolvimento da sua moderna concepção. Antes disso, não se reconheciam outros sujeitos de direito que não os seres humanos. E foi somente em meados do século passado que o tema encontrou sua mais “completa elaboração”, e o termo *pessoa jurídica* passou a ser incluído na linguagem legislativa³³.

Resta evidente que, historicamente, a idéia de *pessoa* precedeu a de *sujeito de direitos* – só se “encaixavam” nesta categoria as pessoas físicas ou naturais, que, reconhecidas pelo direito, adquiriam capacidade para compor uma relação jurídica, com aptidão para exercer direitos e assumir obrigações.

Para esta discussão, vale “beber na fonte” e trazer à baila a visão do advogado, jurista e filósofo paulista Miguel REALE³⁴, responsável por supervisionar a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil e considerado o “pai” do atual Código Civil brasileiro³⁵, que constitui, em suas próprias palavras, o “cerne do

globalizado e a crise de efetividade do direito. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – SJRJ**. Rio de Janeiro, vol. 16, nº 25, 2009; BRASIL. Página eletrônica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **O que é o CADE?**. Brasília, 2015)

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – volume 01: Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 263

³¹ KELSEN, Hans *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – volume 01: Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 130

³² ORESTANO, Riccardo *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 46, 2007

³³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 175-176

³⁴ BIOGRAFIAS: Miguel Reale. **Site UOL Educação**. Seção Pedagogia e Comunicação. Acesso em: 12 out. 2015

³⁵ A Comissão liderada por Miguel Reale, constituída em 23 de maio de 1969 e composta ainda pelos professores José Carlos Moreira Alves, Agostinho de Arruda Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro, foi responsável pela elaboração do Projeto de Lei 634 que, encaminhado em 1975 ao Congresso Nacional pelo Presidente Ernesto Geisel, acabou sancionado em 2002 por Fernando Henrique Cardoso, após 27 anos de tramitação, análise e alterações legislativas. Ele substituiu o Projeto de Código Civil em voga até então, elaborado por Orlando Gomes e que, junto com o autônomo Código das Obrigações, da lavra do professor Caio

ordenamento jurídico da sociedade civil, (...) *é o código do homem comum*" (grifo do autor)³⁶.

Ao enfrentar a questão em suas *Lições Preliminares de Direito*, Miguel REALE leciona que, juridicamente, a personalidade é a capacidade genérica para ser sujeito de direitos; e que sujeitos de direito são as pessoas – naturais ou jurídicas, sendo que estas ele chama de “entes coletivos” – destinatárias das regras jurídicas. O autor é categórico ao afirmar que “**todo** sujeito de direito também é uma pessoa”³⁷ (grifo nosso). Assim, fica evidente sua posição pela completa identidade entre pessoa e sujeito de direito, não se concebendo, em sua definição, titulares de direitos e deveres não-personificados.

Esta compreensão, que trata os dois conceitos jurídicos como sinônimos é, segundo Maria Helena Diniz,³⁸ o entendimento dominante na chamada “doutrina tradicional”, e da qual partilham, além de Miguel REALE, Washington de BARROS MONTEIRO³⁹ e Francisco AMARAL,⁴⁰ por exemplo.

Porém, por mais pretencioso que possa parecer confrontar cria e criador ou questionar juristas de renome num trabalho com as pretensões do que ora se apresenta, é possível afirmar que tal posicionamento não encontra albergue no atual ordenamento jurídico brasileiro, especialmente se posto em face da Lei 10.406 de 2002. Seja em virtude do longo tempo de tramitação – 27 anos – e das

Mário da Silva Pereira, pretendia reger as relações privadas brasileiras. (PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil: volume 01**. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2012. p. XIX-XLII)

³⁶ Tal colocação foi feita no discurso proferido por Miguel Reale na cerimônia de sanção da Lei 10.406/2002, que veiculou o novo Código Civil. (REALE, Miguel. **Discurso do Prof. Miguel Reale, Supervisor da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”**. Página Oficial do Professor Miguel Reale. Acesso em: 12 out. 2015)

³⁷ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 223-229. Embora a obra aqui referida seja um pouco “antiga”, ao cotejá-la com a 25ª edição, publicada em 2001, encontramos o mesmo posicionamento do autor. (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 212-223)

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – volume 01: Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 129

³⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 56

⁴⁰ AMARAL Neto, Francisco de Assis. **Direito Civil: Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Capítulo VIII

emendas⁴¹ impostas ao texto original do Projeto de Lei 634,⁴² que deu origem do vigente Código Civil, ou em razão das importantes alterações legislativas ocorridas nesse íterim – como a promulgação da Constituição Federal de 1988 – ou, ainda, simplesmente pela não preponderância das concepções do supervisor frente à Comissão e às diretrizes doutrinárias impostas ao novo texto legal, fato é que a visão de Miguel REALE não é a mesma adotada pelo Código Civil do século XXI.

Primeiramente porque, em sua definição, Miguel REALE refere-se à *pessoa* como conceito que compreende apenas as pessoas físicas/naturais e as pessoas jurídicas, e, quanto a estas últimas, apenas enquanto *entes coletivos*. Ora, vale lembrar que, atualmente, não é só a indivíduos e a grupos de indivíduos que a legislação brasileira confere personalidade: também quando há uma reunião de bens ou a existência de um patrimônio destacado, voltado a fins morais, religiosos ou culturais, ocorre a personificação; são *universitas rerum*, como as fundações.⁴³ Vale assinalar que o problema das fundações não escapou ao autor; ele trata do assunto em suas *Lições*. Porém, explica tais entidades valendo-se de uma nova classificação, atribuindo-lhes natureza de *pessoas jurídicas de caráter real*, em oposição às demais espécies, que seriam *pessoas jurídicas de caráter pessoal*.⁴⁵ Tal construção teórica, a nosso ver, não resolve a questão, e nota-se, se não um erro, uma evidente **inconsistência** na definição proposta por Miguel REALE acerca do binômio *pessoa-sujeito de direitos*, ao deixar de lado as coletividades de bens personificadas.

Num segundo momento – e este é o principal problema – peca a definição proposta pelo ilustre jurista paulista ao restringir às *pessoas* a faculdade se tonar

⁴¹ Foram mais de 1500 emendas legislativas, nas duas casas do Congresso Nacional. Ocorreram até as chamadas “emendas de gráfica”, feitas de afogadilho no texto aprovado e que **não foram** apreciadas adequadamente, pela via legislativa. O mais preocupante é que tais alterações não se resumiram a meras correções ortográficas ou terminológicas, tendo influenciado até mesmo no mérito de alguns dispositivos. (PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil: volume 01**. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2012. p. XXX-XXXIV)

⁴² Como bem asseverou José Sarney, na apresentação de obra destinada a descrever o panorama histórico do processo legislativo que resultou no Código Civil de 2002, “ao longo desta tramitação, pode-se ver a evolução da linguagem e do conteúdo da lei.” (PASSOS; LIMA, obra citada, p. XVII)

⁴³ GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrota Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Comercial: direito de empresa e sociedades empresárias**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 65

⁴⁴ Lei 10.406/2002, art. 44: “São pessoas jurídicas de direito privado: (...) III – as fundações;”

⁴⁵ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 231-232

parte de uma relação jurídica, numa completa e direta correspondência entre personalidade e titularidade de direitos. Afinal, é claro no ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento da existência de sujeitos de direitos despersonalizados, como se demonstrará com mais detalhes adiante. Como afirma Tércio SAMPAIO FERRAZ Jr. “toda pessoa física ou jurídica é um sujeito jurídico. A recíproca, porém, não é verdadeira.”⁴⁶

É neste sentido a construção elaborada pelo grande civilista brasileiro Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, na parte geral de seu célebre *Tratado de Direito Privado*; sua compreensão é mais “flexível” se comparada à proposição de Miguel REALE, e encontra maior identidade com o direito pátrio atual. Logo de início, ele inverte a lógica verificada na evolução histórica da pessoa jurídica, acima demonstrada, ao asseverar que “rigorosamente, só se devia tratar das pessoas, depois de se tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito”⁴⁷.

Na visão de PONTES DE MIRANDA, ser sujeito de direito é simplesmente estar posicionado como titular de direitos, independentemente destes estarem ou não subjetivados, ou seja, vinculados à um ente personificado. O importante é que haja uma relação de direito.⁴⁸

Acerca da personalidade, vale transcrever a íntegra das idéias do velho mestre alagoano:

A personalidade é a possibilidade de se encaixar em suportes fáticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito. (...) o ser sujeito de direito é *entrar* no suporte fático e *viver* nas relações jurídicas, como um dos termos delas.⁴⁹ (grifo do autor)

⁴⁶ FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. Item 4.2.5.3

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Tomo 01**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. p. 153

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, obra citada.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, obra citada.

Nota-se a ênfase dada por PONTES DE MIRANDA à diferença entre a mera possibilidade de se ingressar numa relação de direito e o efetivo ingresso, questão essa crucial na distinção entre pessoa e sujeito de direitos: ser pessoa é a mera possibilidade de integrar uma relação jurídica; ser sujeito de direito é a prática, o efetivo e real exercício dessa faculdade.

Para o autor, a *pessoa* é, então, um sujeito de direitos *em potencial*. Do exposto, podemos concluir ainda que o pensamento de PONTES DE MIRANDA concebe, ao menos logicamente,⁵⁰ a possibilidade da existência de titulares de direito não necessariamente personificados, bastando que um ente figure em um dos extremos/pólos da relação jurídica para que se configure como tal.

Essa “concepção ampliada”, que acolhe a existência de sujeitos de direito sem a atribuição de personalidade jurídica, é a vertente que irriga a moderna doutrina brasileira e que, como já referido, aparece sedimentada no atual regramento jurídico nacional. O nascituro, a massa falida, o espólio e o condomínio horizontal são os exemplos do direito positivo mais lembrados^{51 52} a fim de demonstrar esta compreensão.

O artigo 2º do Código Civil de 2002 é claro ao afirmar que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, **os direitos do nascituro.**” (grifo nosso). Ora, se a personalidade começa com o nascimento, mas a lei garante os direitos daquele que ainda não nasceu, resta evidente a possibilidade de um ente ainda sem personalidade reivindicar direitos.⁵³ Situação análoga se observa em relação ao espólio, à massa falida e ao condomínio horizontal que, ao lado de outros sujeitos, encontram

⁵⁰ Embora tenhamos nos esforçado na pesquisa sobre a obra do mestre alagoano, não conseguimos encontrar referência **expressa** a esse posicionamento, dada a vastidão do seu trabalho.

⁵¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 16 – Item 2.1

⁵² Numa análise minuciosa, Flávio Tartuce elenca **todos** os entes despersonalizados reconhecidos como sujeitos de direito pelo regramento legal brasileiro: a família; o espólio; a herança jacente e vacante; a massa falida; a sociedade de fato; a sociedade irregular; o condomínio. (TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 120-121)

⁵³ O problema do nascituro é tão ou mais “pantanosos” que o da personalidade jurídica, e vários autores destoam da voz dominante. Francisco AMARAL, por exemplo, afirma que “o nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide”, concebendo sua existência antes mesmo que o ser humano venha à luz. (AMARAL Neto, Francisco de Assis. **Direito Civil: Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Capítulo VI, Item 04)

respaldo e disciplina no vigente Código de Processo Civil.⁵⁴ Em seu artigo 12, o referido diploma legal prevê a possibilidade daqueles entes serem “representados em juízo, ativa e passivamente.”⁵⁵ Porém, eles não se encontram elencados entre as espécies de pessoas jurídicas dos artigos 41, 42 ou 44⁵⁶ do Código Civil, e tampouco se tratam de pessoas naturais; mesmo assim, recebem do ordenamento jurídico a faculdade de angularizar uma relação de direito, em outra nítida concessão de titularidade de direitos e deveres a sujeitos não revestidos de personalidade.

Ao debruçar-se sobre o tema, Fábio Ulhoa COELHO procura sistematizar a questão, propondo algumas classificações para as espécies de sujeitos de direito. Pela clareza e didatismo, convém trasladar seus ensinamentos integralmente:

Os sujeitos de direito podem ser, inicialmente, distinguidos em dois grupos: de um lado, a pessoa física e o nascituro; de outro, a pessoa jurídica e as demais entidades despersonalizadas. Chamem-se os primeiros de sujeitos *humanos*, numa referência ao objeto semântico do termo, o ser humano, e os últimos de *inanimados*. Essa classificação será útil na conceituação de pessoa jurídica, já que revela o traço distintivo em face de outra pessoa contemplada pelo direito (a natural). Os sujeitos de direito podem ser também classificados em *personalizados* e *despersonalizados*. Na primeira classe, as pessoas físicas e jurídicas; na segunda, o nascituro, a massa falida, o condomínio horizontal, etc.⁵⁷ (grifos do autor)

⁵⁴ A Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, veicula o vigente Código de Processo Civil. Vale lembrar que recentemente foi promulgada a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, instituindo o Novo Código de Processo Civil brasileiro, a entrar em vigor no próximo ano.

⁵⁵ Lei 5.869/1973, art. 12: “Serão representados em juízo, ativa e passivamente: I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores; II - o Município, por seu Prefeito ou procurador; III - a massa falida, pelo síndico; IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador; V - o espólio, pelo inventariante; VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores; VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; VIII - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único); IX - o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.”

⁵⁶ O art. 41 do traz o rol das pessoas jurídicas de direito público interno; o art. 42, trata das pessoas jurídicas de direito público externo; e o art. 44 elenca as pessoas jurídicas de direito privado.

⁵⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 16 – Item 2.1

Fábio Ulhoa COELHO,⁵⁸ Tércio SAMPAIO FERRAZ Jr,⁵⁹ Paulo Luiz Netto LÔBO,⁶⁰ Fábio Konder COMPARATO,⁶¹ entre outros, comungam do entendimento segundo o qual *sujeito de direitos* é conceito muito mais amplo que o de *pessoa*, abrangendo-o.

De todo o exposto, podemos concluir que é ponto pacífico na moderna doutrina, apoiada no direito positivo brasileiro em vigor, que as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, são **espécies do gênero** sujeito de direitos.

Em tempo, importa demonstrar ainda quais são, afinal, as implicações dessa distinção entre sujeitos de direito personificados e não-personificados. E o cerne da questão repousa no problema da **capacidade**.

A maioria dos autores dividem a capacidade em dois tipos: *de direito ou de gozo* e *de fato ou de exercício*.⁶² A primeira corresponde à capacidade genérica que toda pessoa tem, seja ela física ou jurídica, para titularizar direitos e deveres na ordem jurídica, sem qualquer distinção. É a faculdade consagrada logo no artigo 1º do Código Civil de 2002, que reza que “**toda** pessoa é **capaz** de direitos e deveres na ordem civil” (grifo nosso).⁶³ Segundo Hans Kelsen, a pessoa é um complexo de direitos e obrigações, representado de forma unificada com a personificação. São “figuras”, que representam um conjunto de normas jurídicas.⁶⁴ A capacidade de direito corresponde, então, ao conjunto proposto na visão kelseniana de maneira integral, sem qualquer restrição. Equivale, conforme Orlando GOMES, à própria idéia de personalidade, confundindo-se com esta.⁶⁵

⁵⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 16 – Item 2.1

⁵⁹ FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. Item 4.2.5.3

⁶⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder *apud* LÔBO, obra citada.

⁶² Flávio TARTUCE, Maria Helena DINIZ, Tércio SAMPAIO FERRAZ Jr, Paulo Luiz Netto LÔBO, Carlos Roberto GONÇALVES e Antônio CHAVES, por exemplo, adotam essa classificação.

⁶³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 65-66

⁶⁴ Kelsen, Hans *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – volume 01: Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 130

⁶⁵ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 165-167

Outra afirmação recorrente entre os estudiosos do direito no que tange ao assunto é a de que a capacidade é a medida da personalidade.⁶⁶ “A personalidade é um *quid* (substância, essência) e a capacidade um *quantum*”, lembra Silmara Juny CHINELLATO.⁶⁷ E nas palavras de Augusto TEIXEIRA DE FREITAS, a capacidade “é a manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade.”⁶⁸

Assim, enquanto na capacidade *de direito* a **personalidade é plena**, na *de fato* ela é dosada pelos dispositivos legais que limitam e impõe requisitos para o seu exercício. São “fatias” do conjunto proposto por Kelsen. Carlos Roberto GONÇALVES⁶⁹ assevera que nem todas as pessoas têm a capacidade de fato, ou seja, a “aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil, também chamada de ‘capacidade de ação’”. Todo ente personificado com capacidade de fato tem também capacidade de direito, mas o oposto não ocorre.^{70 71} A capacidade de fato é, então, a possibilidade de atuar no universo civil, pondo em prática o conjunto de direitos e deveres recebidos com o reconhecimento da personalidade. Quando esta atuação se dá diretamente, estamos diante de pessoas que têm capacidade de fato; senão, a atuação deverá se dar indiretamente, mediante representação, nos casos de incapacidade absoluta, ou pela assistência, quando a incapacidade for relativa.⁷²

Vale lembrar, ainda, que o conjunto de direitos atribuídos com o reconhecimento da personalidade difere conforme a espécie de pessoa. Orlando GOMES⁷³ refina esta noção, trazendo a lume a idéia de *status*, que se refere à

⁶⁶ Miguel REALE, Carlos Roberto GONÇALVES, Flávio TARTUCE, Maria Helena DINIZ e Orlando GOMES trazem essa afirmação em suas obras.

⁶⁷ CHINELLATO, Silmara Juny *apud* TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 66-67

⁶⁸ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto *apud* DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – volume 01: Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: parte geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 43-44

⁷⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 165-167

⁷¹ Francisco AMARAL destoa deste entendimento, afirmando ser possível a existência de entes com capacidade de direito, mas sem capacidade de fato. Dá, como exemplo, o nascituro que, para este autor (ver nota 56), tem personalidade/capacidade de direito antes mesmo de vir à luz, mas sua capacidade de fato só aparece a partir do nascimento com vida. (AMARAL Neto, Francisco de Assis. **Direito Civil: Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Capítulo VI, Item 02)

⁷² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 120

⁷³ GOMES, obra citada.

qualidade adquirida pela pessoa a partir da posição que ela ocupa na estrutura social, e da qual derivam seus direitos e deveres. Assim, ensina Caio Mário da Silva PEREIRA,⁷⁴ enquanto as pessoas físicas teriam, ao menos em tese, capacidade *de direito* ilimitada, as pessoas jurídicas a teriam restrita, “em razão de sua personalidade ser reconhecida na medida dos fins perseguidos pela entidade.”⁷⁵ Maria Helena DINIZ⁷⁶ aponta que as pessoas físicas são dotadas, via de regra, de direitos de três esferas distintas: direitos patrimoniais, que são “a projeção econômica da personalidade”; direitos pessoais, como nas relações credor-devedor; e os direitos da personalidade,⁷⁷ consistentes no direito à vida, à integridade física, à liberdade artística e de expressão, à honra, ao nome, etc. Todas estas categorias de direitos se estendem também às pessoas jurídicas, mas sofrem limitações relacionadas à atividade que estas desenvolvem, sendo-lhes vedado “atuar fora do campo de seus fins específicos.”⁷⁸ Quanto aos direitos de personalidade, leciona Francisco AMARAL⁷⁹ que, embora estes tenham sido concebidos “a partir de a partir de uma concepção antropocêntrica do direito, isto é, a pessoa natural como referência, também se admite serem as pessoas jurídicas titulares desses mesmos direitos, (...) que **não sejam inerentes à pessoa humana**”^{80 81} (grifo nosso).

Diante de tais colocações, fica claro que o ordenamento jurídico brasileiro efetua uma dupla modulação nos direitos e deveres conferidos aos sujeitos que personifica. Primeiro, pelo conjunto de normas jurídicas destinados a cada uma das espécies de pessoas reconhecidas pelo sistema, através da *capacidade de direito*,

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – volume 01**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 266-267

⁷⁵ Em seu trabalho, Caio Mário da Silva PEREIRA, refere-se a esta característica como *princípio da especialização*, “imposto em virtude da própria natureza da personalidade moral”; a título de esclarecimento, vale lembrar que “pessoa moral” é um dos nomes utilizados para a pessoa jurídica. (PEREIRA, obra citada)

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – volume 01: Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131

⁷⁷ “O reconhecimento dos direitos da personalidade como categoria de direito subjetivo é relativamente recente, porém sua tutela jurídica já existia na Antiguidade.” (DINIZ, obra citada, p. 132)

⁷⁸ PEREIRA, obra citada.

⁷⁹ AMARAL Neto, Francisco de Assis. **Direito Civil: Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Capítulo VII

⁸⁰ Nesse sentido, também o entendimento de Caio Mário da Silva PEREIRA. (PEREIRA, obra citada)

⁸¹ A possibilidade de extensão dos direitos da personalidade também às pessoas jurídicas aparece expressa no artigo 52 do Código Civil atual, que dispõe que “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

dimensionando a própria *personalidade*. E, num segundo momento, através das regras que orientam a *capacidade de fato*, dosando a aptidão destes sujeitos para exercer os direitos que lhes foram concedidos – e apenas estes – pela capacidade de direito.

Por último, interessa compreender como funciona a questão da capacidade em relação aos entes sem personalidade. Fica evidente que, se *personalidade* e *capacidade de direitos ou gozo* se confundem na visão da doutrina majoritária, os sujeitos de direito despersonalizados encontrariam-se desprovidos dessa faculdade. Assim, ao se adotar posicionamento como o de Orlando GOMES,⁸² que afirma que “a *capacidade de fato* condiciona-se à *capacidade de direito*” (grifo do autor) e que “uma não se concebe, portanto, sem a outra”, estaríamos diante de entidades sem nenhuma capacidade, seja de fato, seja de direito. O próprio Orlando GOMES tenta resolver o problema, apontando que, assim como não são aplicáveis as mesmas regras às pessoas físicas e jurídicas, no que concerne à capacidade,⁸³ o mesmo ocorre em relação aos entes despersonalizados.

A respeito, Paulo Luiz Netto LÔBO⁸⁴ aduz que “pessoa é o sujeito de direito dotado de **capacidade plena ou ilimitada** na ordem civil. Os entes não personificados são sujeitos de direito dotados de capacidade civil **limitada à sua proteção**⁸⁵ ou à **consecução de seus fins**”⁸⁶ (grifos nossos).

É nesta direção o raciocínio de Fábio Ulhoa COELHO⁸⁷ que, ao tratar da personificação em seu *Curso de Direito Comercial*, se dedica a solucionar a questão. Ele afirma que o traço característico, no direito privado, do que ele chama de **regime das pessoas** é a “autorização genérica para a prática dos atos jurídicos”.

⁸² GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 165-167

⁸³ GOMES, obra citada, p. 141.

⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108

⁸⁵ Caso do nascituro, que tem seu reconhecimento como titular de direitos pelo ordenamento jurídico com fito de receber a tutela jurídica adequada à sua proteção e integridade.

⁸⁶ É o que se observa em relação à massa falida, espólio e condomínio, que tem capacidade jurídica reconhecida para que possam ingressar em juízo. (LÔBO, obra citada)

⁸⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 16 – Item 2.1

Para este autor,

Ao personalizar algo ou alguém, a ordem jurídica dispensa-se de especificar quais atos esse algo ou alguém está apto a praticar. Em relação às pessoas, a ordem jurídica apenas delimita o proibido; a pessoa pode fazer tudo, salvo se houver proibição. Já em relação aos sujeitos despersonalizados, não existe autorização genérica para o exercício dos atos jurídicos; eles só podem praticar os atos essenciais para o seu funcionamento e aqueles expressamente definidos. Para as não pessoas, a ordem jurídica não delimita o proibido, mas o permitido. Mesmo que não exista proibição específica, o sujeito despersonalizado não pode praticar ato estranho à sua essencial função. (...) Esse o traço diferencial entre o regime das pessoas e dos entes despersonalizados.⁸⁸

Retomando o artigo 12 do atual Código de Processo Civil, nota-se que ele comprova o que propõe Fábio Ulhoa COELHO, conferindo capacidade aos entes sem personalidade especificamente para ingressar em juízo, polarizando uma relação de direito.

Finalmente, considerando as reflexões apresentadas e apoiados na compreensão da doutrina preponderante e no direito atualmente vigente, podemos concluir com segurança que um **sujeito de direitos** é o ente, personificado ou não, capaz de titularizar direitos e/ou deveres numa relação jurídica; se personificado, tem seus direitos e/ou deveres modulados primeiramente pela natureza da sua personalidade – física ou jurídica – e, numa segunda dimensão, pela capacidade de fato, que consiste na possibilidade de exercer ou não os direitos atribuídos pela personificação; se desprovido de personalidade, recebe do ordenamento jurídico aptidão (capacidade) suficiente apenas para praticar atos específicos, rigorosamente determinados em lei.

⁸⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 16 – Item 2.1

2.1.2 TEORIAS SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA

Feitas as necessárias ponderações acerca dos conceitos de **grupos**, de **sujeitos de direitos** e de **capacidade jurídica**, além de uma discussão inicial em torno da idéia de *pessoa* e *personificação* no ordenamento jurídico brasileiro, e que certamente auxiliarão no desenvolvimento das posteriores reflexões, passaremos a examinar, em espécie, as teorias que se dedicam a explicar a natureza da personalidade jurídica.

Como comentado no início deste capítulo, muitas são as divergências quanto à quantidade e a nomenclatura das teorias que cercam a questão da pessoa jurídica, “esse fenômeno, pelo qual um grupo de pessoas passa a constituir uma unidade orgânica, com individualidade própria reconhecida pelo Estado e distinta das pessoas que a compõem”.⁸⁹ Francesco FERRARA, no início do século XX já apontava para esta dificuldade, afirmando a existência de “uma literatura extraordinariamente rica e variada, na qual figuram os melhores nomes do mundo jurídico, cuja organização em teorias autônomas apresenta singular dificuldade”.⁹⁰

Diante do exposto, utilizaremos como critério, para contornar o problema e selecionar as correntes teóricas que serão estudadas com maior ênfase nesta seção, a assiduidade com que as teorias aparecem na produção doutrinária que dá substrato ao presente trabalho.

Assim, serão tratadas com mais detalhes a teoria da ficção, a teoria da realidade objetiva ou orgânica e a teoria da realidade técnica ou jurídica. Mesmo assim, não serão esquecidas algumas vertentes menos exploradas e que serão comentadas ainda que *en passant*, com fito de, sempre, traçar um painel o mais completo possível acerca do assunto.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: parte geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 79-80

⁹⁰ FERRARA, Francesco *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 46, 2007

A princípio, cumpre destacar, porém, que, segundo Rodrigo Xavier LEONARDO,⁹¹ foi José LAMARTINE Correa de Oliveira o primeiro estudioso brasileiro a tentar “pôr ordem” na classificação das teorias que envolvem a questão da personalidade jurídica, e um dos primeiros a, ainda na década de 60 do século passado, se dedicar a enfrentar tema tão controverso. LAMARTINE dividiu as teorias existentes seguindo dois critérios: o primeiro, segundo a visão que os doutrinadores tinham da sociedade, especialmente quanto ao reconhecimento de grupos sociais; o segundo, apoiado na noção de *direito subjetivo* contemplada em cada uma delas. Ainda segundo Rodrigo Xavier LEONARDO, LAMARTINE seguiu esse raciocínio na escolha dos critérios visando “destacar a necessidade de distinguir teorias jurídicas centralizadas na norma jurídica das demais doutrinas que procuravam soluções jurídicas com maior aderência à realidade social”.⁹² De plano, se nota a proximidade das convicções deste autor com o posicionamento, já apresentado, de Paulo Luiz Netto LÔBO,⁹³ que também apoia suas reflexões na obra de Francesco Ferrara⁹⁴ e aponta a separação das teorias que cercam a personalidade jurídica em dois “extremos”: realistas⁹⁵ ou formalistas. Outro aspecto digno de nota neste ponto do pensamento de LAMARTINE é que seus critérios centralizam-se em dois dos conceitos estudados na primeira parte desta seção: **grupos** sociais e direitos subjetivos – os direitos de um sujeito, ou os **sujeitos de direito**. É uma primeira comprovação da relevância destas duas concepções para o estudo das teorias em espécie.

Partindo daí com sua análise, LAMARTINE chegou a uma classificação das teorias sobre a pessoa jurídica em três categorias: **individualistas**, das **realidades coletivas** e **normativistas**.^{96 97}

⁹¹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 46, 2007

⁹² LEONARDO, obra citada.

⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 179-180

⁹⁴ A obra de Francesco Ferrara utilizada como referência por Paulo Luiz Netto LÔBO, como já referido no início desta seção, é “Le persone giuridiche”, publicada em 1938.

⁹⁵ Alguns autores, como Fábio Ulhoa Coelho, chamam as teorias realistas de *pré-normativas*, pois concebem uma realidade que preexiste à norma e é por esta reconhecida. (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 16 – Item 2.1)

⁹⁶ LEONARDO, obra citada.

⁹⁷ Muitos autores, como Paulo Luiz Netto LÔBO, Edson ISFER e Fábio Ulhoa COELHO, dividem as teorias sobre a pessoa jurídica, salvo pequenas diferenças, em apenas duas categorias: **realistas**

As teorias abarcadas pela primeira categoria pensada por LAMARTINE,⁹⁸ a **individualista**, reservam apenas ao ser humano a personalidade e a capacidade jurídicas, ou seja, concentram-se nos indivíduos. Destarte, nítida a aproximação desta vertente com os primórdios da concepção histórica acerca dos direitos subjetivos que, como já demonstrado, entendia que apenas pessoas naturais poderiam ter personalidade reconhecida. Dentre as teorias individualistas, destaca-se a **teoria da ficção ou da ficção legal**, que tem em Friedrich Carl von Savigny seu maior expoente. A teoria ficcionista é, segundo Washington de BARROS MONTEIRO, a doutrina tradicional, com raízes fincadas no direito canônico e que, entretanto, “encontra-se em franco descrédito”.⁹⁹

Para a os seguidores desta corrente, apenas o homem pode ser sujeito de direitos, e a atribuição de personalidade jurídica a entes que não sejam pessoas naturais seria mera abstração do ordenamento jurídico, uma “artificialidade” estabelecida em lei, a partir da “vontade arbitrária do legislador”.¹⁰⁰ A pessoa jurídica seria “pessoa puramente pensada, mas não realmente existente”.¹⁰¹

Na compreensão de Savigny,¹⁰² “o conceito primitivo de pessoa, ou seja, de sujeito de direito, deve coincidir com o conceito de homem, (...) e qualquer ser humano, e apenas o ser humano, tem capacidade de direito”. Afinal, só o homem tem possibilidade de manifestar sua vontade, e é este *voluntarismo* um dos traços característicos dos direitos subjetivos.¹⁰³

ou pré-normativistas e formalistas ou normativistas. Assim, não concebem a categoria **individualista** de LAMARTINE, colocando as teorias nela comportadas no segundo grupo proposto. (LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 179-180; ISFER, Edson. **Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada**. 165 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC, São Paulo, 1994. p. 19; COELHO, obra citada)

⁹⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 46, 2007

⁹⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 98-99

¹⁰⁰ ISFER, Edson. **Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada**. 165 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC, São Paulo, 1994. p. 20

¹⁰¹ MONTEIRO, obra citada.

¹⁰² SAVIGNY, Friedrich Carl von *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 46, 2007

¹⁰³ LEONARDO, obra citada.

Para explicar então os grupos humanos, que existem e atuam no ambiente social desde priscas eras, Savigny elaborou a teoria da ficção, que considera a pessoa jurídica uma extensão da concepção de pessoa natural, proporcionada pela lei, aos quais ele chama de “sujeitos artificiais”. Afinal, como esclarece Rodrigo Xavier LEONARDO, se a lei podia descartar a personalidade de seres humanos, como ocorria com os escravos em tempos passados e que eram considerados “bens” ou “coisas”, poderia o mesmo ordenamento estendê-la aos grupos de pessoas.¹⁰⁴ Partilha desta corrente, no direito brasileiro, ninguém menos que Alfredo de Assis GONÇALVES NETO.^{105 106}

São várias as críticas feitas à teoria da ficção, mas a principal estaria na dificuldade que seus postulados têm de explicar a origem e a natureza do Estado. Giorgio Del Vecchio, um dos principais detratores desta vertente e que foi lembrado por Washington de BARROS MONTEIRO,¹⁰⁷ aponta dois problemas essenciais em torno da questão. Primeiro, um paradoxo: se as pessoas jurídicas são entes artificiais criados pelo sistema legal, e sendo o Estado uma das espécies de pessoa jurídica¹⁰⁸ concebidas pelo ordenamento jurídico posto, questiona-se quem criou o Estado. Depois, vale lembrar que o Estado, além de ser reconhecido legalmente como pessoa jurídica de direito público, não se enquadra, nem de longe, no conceito de pessoa física. Destarte, à luz da teoria ficcionista, em não se tratando de pessoa natural, por exclusão, sua personalidade seria então mera abstração. Assim, demonstra Del Vecchio, se o Estado é uma ficção, tudo que dele emana também o seria, inclusive o próprio direito e “tudo quanto se encontre na esfera jurídica, inclusive a própria teoria da pessoa jurídica”.¹⁰⁹

Ainda dentro da categoria individualista concebida por LAMARTINE, encontram-se uma derivação da teoria da ficção legal de Friedrich Carl von Savigny, denominada **teoria da ficção doutrinária**, da lavra de Vareilles-

¹⁰⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 46, 2007

¹⁰⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 17-20

¹⁰⁶ LEONARDO, obra citada.

¹⁰⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 98

¹⁰⁸ Lei 10.406/2002, art. 41: “são pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios”.

¹⁰⁹ MONTEIRO, obra citada, p. 99.

Sommières,¹¹⁰ e a chamada **teoria da equiparação**. Na primeira, segundo Maria Helena DINIZ, seu idealizador refina o ideário ficcionista, propondo “que a pessoa jurídica apenas tem existência na inteligência dos juristas, apresentando-se como mera *ficção criada pela doutrina*”¹¹¹ (grifo da autora). Em nossa interpretação, é dessa visão que comunga Fábio Ulhoa COELHO,¹¹² que afirma que a pessoa jurídica não é algo preexistente ao direito, mas “é apenas uma idéia”¹¹³ partilhada por juízes, advogados e outros membros do universo jurídico, que facilita a tutela de interesses e a pacificação social preconizada pela ordem jurídica. Já a teoria da equiparação, de Windscheid, Bekker, Bonelli e Brinz,¹¹⁴ por sua vez, nega que a atribuição de personalidade jurídica guarde conexão com grupos humanos ou indivíduos, recusando a existência de qualquer substrato subjetivo à figura em questão, numa clara consonância com a própria definição individualista de LAMARTINE. O que existe, para esta doutrina, são patrimônios destacados dos indivíduos,¹¹⁵ destinados a um fim, e que seriam equiparados pelo ordenamento jurídico às pessoas naturais como forma de facilitar a persecução dos objetivos específicos a que se propõem.¹¹⁶ São “patrimônios personificados pelo direito, tendo em vista o objetivo a conseguir-se”.¹¹⁷ ¹¹⁸ Porém, Washington de BARROS MONTEIRO, recordando novamente Del Vecchio, e Maria Helena DINIZ afirmam que a teoria da equiparação não pode ser aceita, porque eleva os bens ao patamar de sujeitos de direitos, confundindo *pessoas e coisas*.¹¹⁹

¹¹⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 46, 2007

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – volume 01: Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 265

¹¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 16 – Item 2.1

¹¹³ Aqui, vale lembrar a visão de Hans Kelsen, que não enxerga nenhuma diferença entre pessoa física e pessoa jurídica: para este doutrinador, ambos são “conceitos auxiliares da ciência do direito”, utilizados para facilitar a compreensão e aplicação de conjuntos de normas jurídicas, ou seja, seriam, ambas, apenas “idéias”. (COELHO, obra citada)

¹¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 99; LEONARDO, obra citada.

¹¹⁵ A técnica do *patrimônio de afetação*, a que nos reportaremos à frente, segue raciocínio análogo ao postulado nesta teoria.

¹¹⁶ DINIZ, obra citada; LEONARDO, obra citada; MONTEIRO, obra citada.

¹¹⁷ MONTEIRO, obra citada.

¹¹⁸ Nota-se aqui identidade deste conceito com, por exemplo, a definição das *fundações*, espécie de pessoa jurídica existente no direito brasileiro vigente.

¹¹⁹ MONTEIRO, obra citada; DINIZ, obra citada.

O segundo grupo de teorias concebido por LAMARTINE é o das chamadas **realidades coletivas**, ou **realistas**. Apoiam-se na idéia de uma realidade social prévia à atribuição, pela ordem legal, da personalidade jurídica. Dentro desta categoria, merece destaque a **teoria orgânica, real ou da realidade objetiva**, que tem em Otto Friedrich von Gierke seu maior teórico, seguido por Giorgi,¹²⁰ Von Tuhr e Zitelmann.¹²¹

A obra do jurista alemão é considerada por LAMARTINE um divisor de águas entre as teorias sobre a pessoa jurídica, ao reconhecer a realidade dos fenômenos sociais, como dos agrupamentos humanos, e mitigar o aspecto “artificial” das propostas ficcionistas, abrindo caminho para outras correntes doutrinárias importantes. Rodrigo Xavier LEONARDO¹²² explica que, para Otto von Gierke, os grupos humanos personificados pelo direito positivo seriam mais que a mera soma dos indivíduos que a integram: representariam verdadeiras realidades supra-individuais. Nessa perspectiva, Miguel REALE¹²³ ensina que, quando homens se reúnem para realização de qualquer objetivo, se constitui efetivamente uma nova entidade, com existência distinta dos seus membros. Gierke sustentava que os agrupamentos “seriam *entidades vivas*, dotadas de realidade, independência e de uma **vontade consciente** que justificaria a capacidade para agir distinta de seus membros”¹²⁴ (primeiro grifo, do autor; segundo grifo, nosso).

Reside justamente na vontade autônoma atribuída aos agrupamentos pelos postulados de Otto von Gierke o principal ponto de ataque dos opositores à teoria orgânica. Se na dimensão do reconhecimento de grupos sociais – um dos critérios de classificação adotados por LAMARTINE – houve progresso,¹²⁵ ao se considerar a realidade dos grupos humanos, na seara do subjetivismo as críticas são duras. A doutrina majoritária rejeita a proposta de um ente coletivo manifestar sua vontade, faculdade esta peculiar apenas aos seres humanos, dotados de racionalidade própria e individualidade. Assim, acaba recaindo a doutrina orgânica

¹²⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 187

¹²¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 99

¹²² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 46, 2007

¹²³ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 230-231

¹²⁴ LEONARDO, obra citada.

¹²⁵ LEONARDO, obra citada.

na ficção, pela simples inexistência do aspecto volitivo em um agrupamento de indivíduos, sendo o voluntarismo uma das principais características das correntes individualistas. Na observação de Francesco Ferrara, trazida por Washington de BARROS MONTEIRO,¹²⁶ “é navegar a plenas velas no mar da fantasia aludir à vontade de um ente coletivo. Cai assim por terra toda a construção jurídica arquitetada pela teoria orgânica”.

Por fim, a terceira e última categoria da classificação proposta por LAMARTINE é a que comporta as chamadas teorias **normativistas** ou **formalistas**. Neste grupo, o autor procurou reunir as doutrinas que buscam a explicação para a natureza da personalidade jurídica no próprio direito positivo, ou seja, na **norma**. Para Rodrigo Xavier LEONARDO, enquadram-se neste segmento as propostas teóricas marcadas pela busca de “um conceito de pessoa jurídica depurado de elementos metajurídicos”.¹²⁷

A principal vertente doutrinária desta categoria é a **teoria da realidade técnica** ou **jurídica**. É uma teoria eclética, um meio termo entre a teoria da ficção legal e a teoria da realidade objetiva. Flávio TARTUCE¹²⁸ a aponta como uma verdadeira somatória das teorias de Savigny e Gierke.

Adepto desta corrente, Washington de BARROS MONTEIRO¹²⁹ ensina que cada ciência adota conceitos próprios elaborados a partir de critérios típicos de cada campo de pesquisa, diante dos quais apreciam os fenômenos a ela submetidos. Tais construções científicas só fazem sentido enquanto inseridas no ambiente em que foram forjados. Desta forma, se olharmos do ponto de vista das ciências naturais, apenas as pessoas físicas seriam consideradas reais, e a pessoa jurídica não passaria de mera abstração, uma ficção legal, numa clara remissão às posições adotadas pela categoria individualista. Ressalva o autor que o Direito deve, então, buscar na própria ciência jurídica a definição dos institutos com os quais trabalha, como, por exemplo, a noção de sujeitos de direito, de capacidade,

¹²⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 100

¹²⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 46, 2007

¹²⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 114-115

¹²⁹ MONTEIRO, obra citada.

e, enfim, da própria personalidade. Vale dizer, é o que estamos fazendo até aqui no presente trabalho.

Assim, observa Rodrigo Xavier LEONARDO, a teoria da realidade técnica ou jurídica, “a despeito de **não negar a existência de realidades próprias** aos agrupamentos humanos, entende que a **personificação é puro efeito da técnica do direito**”¹³⁰ (grifos nossos).

Sobre esta corrente doutrinária, bem assevera Washington de BARROS MONTEIRO que

A personalidade jurídica não é, pois, ficção, mas uma **forma**, uma investidura, um atributo, que o Estado defere a certos entes, havidos como merecedores dessa situação. O Estado não outorga tal predicado de maneira arbitrária e sim tendo em vista determinada situação, que já se encontra **devidamente concretizada**. A pessoa jurídica tem assim realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a **realidade jurídica**, ideal, a realidade das instituições jurídicas.¹³¹ (grifos nossos)

Ou seja, podemos concluir que a teoria da realidade técnica ou jurídica reconhece a existência fática de grupos humanos – aproximação com as propostas de Otto von Gierke –, mas estes só são personificados quando necessário à persecução dos fins a que se destinam, passando a existir no ordenamento jurídico, se não como uma *ficção*, pois deriva da realidade, como uma construção que só faz sentido no universo jurídico. Nesse particular, se aproxima, até certo ponto, da teoria de Savigny. A pessoa jurídica é, enfim, uma idéia concebida **pelo direito e para o direito**, a partir de uma situação já existente no mundo fático.

Esta é teoria dominante na doutrina brasileira, contando com partidários como Orlando GOMES,¹³² Washington de BARROS MONTEIRO,¹³³ Flávio

¹³⁰ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 46, 2007

¹³¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 100

¹³² GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 188

¹³³ MONTEIRO, obra citada.

TARTUCE¹³⁴ e Maria Helena DINIZ,¹³⁵ por exemplo. É, também, segundo Francisco AMARAL¹³⁶ e Flávio TARTUCE,¹³⁷ a teoria adotada legalmente pelo Código Civil de 2002.

De todo o exposto, e por ser um amálgama das melhores proposições de cada uma das outras principais correntes teóricas, bem como pela ampla aceitação doutrinária, entendemos que a **teoria da realidade técnica ou jurídica** é a mais adequada construção acerca da natureza da pessoa jurídica, explicando-a satisfatoriamente, e que representará, portanto, a *ratio* utilizada no curso do presente trabalho.

¹³⁴ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 114-115

¹³⁵ TARTUCE, obra citada.

¹³⁶ AMARAL Neto, Francisco de Assis. **Direito Civil: Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Capítulo VIII

¹³⁷ TARTUCE, obra citada.

3 A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

3.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Vencida a primeira seção deste esforço monográfico, onde foram explorados alguns conceitos jurídicos importantes para as reflexões aqui propostas, bem como desenvolvida uma razoável análise sobre a questão da personalidade jurídica, passaremos a um breve panorama sobre a evolução histórica da idéia da limitação de responsabilidade.

Num primeiro momento, perseguiremos as raízes da responsabilidade limitada no Direito universal e as transformações que o instituto enfrentou ao longo dos séculos; em seguida, abordaremos a inclusão da referida técnica no ordenamento jurídico nacional, dos primórdios da nossa legislação até o advento da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, via Lei 12.441/2011, ao sistema legal brasileiro vigente.

O principal objetivo nesta seção será tentar compreender o porquê da adoção tão tardia das técnicas de limitação de responsabilidade do empreendedor individual no Direito internacional e, sobretudo, no brasileiro.

3.1.1 O DESENVOLVIMENTO DAS SOCIEDADES E A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

No primeiro capítulo deste trabalho, ao discorrer sobre conceitos relevantes para o escopo da presente pesquisa, tratamos da idéia de **grupos**. Como restou demonstrado, o homem é um animal social,¹³⁸ e foi a partir da necessidade humana de associar-se, seja para superar suas fragilidades individuais ou a “brevidade da

¹³⁸ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury (traduzido do grego). Brasília (DF): Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 13-16

vida”, na persecução de determinados fins comuns,^{139 140} com a reunião de habilidades pessoais ou do capital necessário, que surgiram os primeiros agrupamentos humanos reconhecidos pelo ordenamento jurídico e que, assim, adquiriram capacidade para atuar como parte numa relação jurídica, exigindo direitos e assumindo obrigações, como se indivíduos fossem.

Convém asseverar que os grupos humanos, a que chamamos de **sociedades** – do latim *societas*, agrupamento de seres que convivem em estado gregário e em colaboração mútua – remontam a um passado distante, e já existiam no direito babilônico, segundo Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA.¹⁴¹

Para Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, as sociedades surgiram como resultado de situações de fato, “impostas pela necessidade de atuação comum na obtenção dos bens necessários à sobrevivência”.¹⁴²

Foi na Grécia que esta forma de organização se aprimorou e se disseminou, sendo utilizada para os mais variados fins, em virtude, sobretudo, da enorme liberdade de associação observada naquela civilização.¹⁴³ Porém, na lição de Hernani Estrella trazida por Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, apenas no Império Romano as sociedades passaram a ser formadas com fins claramente pré-determinados, umas com objetivos “impessoais ou idealísticos”, outras com fins econômicos ou, nas palavras do autor, com “fins interesseiros”.¹⁴⁴

Isso ocorreu, em boa parcela, devido ao enorme desenvolvimento comercial observado durante a vigência do domínio de Roma sobre grande parte do mundo até então conhecido. Waldemar Martins FERREIRA¹⁴⁵ ensina, em suas *Instituições de Direito Comercial*, que o comércio dentro das fronteiras do “Império dos Césares” desenvolveu-se em todas as camadas da sociedade, a partir do

¹³⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 95

¹⁴⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 03

¹⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial – Tomo XLIX**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 59

¹⁴² GONÇALVES NETO, obra citada.

¹⁴³ PONTES DE MIRANDA, obra citada, p. 59-60.

¹⁴⁴ GONÇALVES NETO, obra citada.

¹⁴⁵ FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial: primeiro volume**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros, 1954. p. 13-18

momento em que a agricultura deixou de atender às necessidades daquela população. Além disso, desenvolveram-se e difundiram-se dois significativos “instrumentos de circulação”: a moeda romana e as relações de crédito que, aliados à têmpera expansionista e guerreira daquela civilização, forneceram solo fecundo para o florescimento e expansão sem precedentes de um comércio forte, pujante. Nada mais natural que a consequente utilização, pelos cidadãos romanos, de esforços conjuntos no trato comercial, associando-se na persecução de objetivos econômicos.

Para Alfredo de Assis GONÇALVES NETO¹⁴⁶ e para a doutrina dominante, as sociedades voltadas para fins econômicos originaram-se da necessidade que os herdeiros tinham em dar seguimento às atividades desenvolvidas pelo *pater familiae*. De início, “formaram-se (...) com os membros de uma mesma família que a geriam em comum, ‘sentados à mesma mesa e comendo do mesmo pão’ (*cum panis*)”.¹⁴⁷ Depois, estas sociedades passaram a ser integradas também por terceiros, estranhos ao grupo familiar, “surgindo, aí, a necessidade de unir por contrato aqueles a quem os laços de sangue já não uniam mais”.

Porém, vale lembrar que, conforme Washington de BARROS MONTEIRO, no Império Romano as pessoas jurídicas como concebemos hoje não existiam.¹⁴⁸ Lembrando o que dissemos no capítulo anterior, apenas em fins do século XVIII este instrumento jurídico foi colocado na forja, aplicou-se-lhe a noção subjetivista e teve início o desenvolvimento do seu moderno conceito.¹⁴⁹ O que se reconhecia, naqueles tempos, era a existência de alguns tipos de associações que gozavam de interesse público, como as *universitates*, *corpora*, *sodalitates* e *collegia*, por exemplo.¹⁵⁰ Os romanos eram muito “sóbrios” nesse particular, e “jamais tiveram a

¹⁴⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 03

¹⁴⁷ Daí a origem da expressão “companhias”.

¹⁴⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 95-97

¹⁴⁹ ORESTANO, Riccardo *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 46, 2007

¹⁵⁰ Rubens REQUIÃO afirma que tais “sociedades eram perfeitamente reguladas, embora o fossem no âmbito do direito civil já que não se conhecia um direito especial para os comerciantes”. (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: 1º volume**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 358)

menor idéia a respeito das vastas abstrações metafísicas que os escritores alemães iriam formular séculos mais tarde”.¹⁵¹

Rubens REQUIÃO¹⁵² aponta que as associações com fins comerciais formadas nessa época equivaliam à uma forma primitiva das chamadas *sociedades em nome coletivo*, uma das primeiras modalidades de composição societária surgidas, vigentes até hoje em nosso ordenamento jurídico,¹⁵³ e que PONTES DE MIRANDA considera o “protótipo das sociedades comerciais, de tão remoto tempo ela provém”.¹⁵⁴

Como já ressaltado, os herdeiros necessitavam dar continuidade ao negócio do mercador falecido; assim, passavam a negociar em nome da sociedade como um todo, onde cada um podia contrair obrigações pelas quais respondiam o grupo e o patrimônio de forma comum. Daí a expressão “em nome coletivo”. Nota-se, aqui, a existência, neste tipo societário, da **responsabilidade ilimitada e solidária** entre todos os membros da agremiação.¹⁵⁵

Alfredo de Assis GONÇALVES NETO afirma que somente bem mais tarde, na Idade Média, apareceram dispositivos que possibilitavam limitar ou excluir a responsabilidade **de alguns dos sócios** do grupo, com o surgimento das **sociedades em comandita simples**, as **sociedades de capital e indústria** e as **sociedades em conta de participação**.¹⁵⁶ Nestas espécies societárias, determinados membros têm resposta patrimonial ilimitada, enquanto outros a têm restrita ao valor empenhado no empreendimento. Elas teriam origem, para Rubens REQUIÃO, além da busca da restrição de resposta patrimonial aos riscos do negócio, em questões de ordem prática, como quando ocorria a impossibilidade de participação direta de algum sócio no empreendimento realizado. Isso porque, no

¹⁵¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 95-97

¹⁵² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: 1º volume**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 358

¹⁵³ Os artigos 1039 a 1044 da Lei 10.406/2002 disciplinam a **sociedade em nome coletivo** no direito nacional.

¹⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial – Tomo XLIX**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 277

¹⁵⁵ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 03-04; REQUIÃO, obra citada.

¹⁵⁶ GONÇALVES NETO, obra citada, p. 04-05.

medieval, algumas classes de indivíduos não podiam envolver-se no comércio, por razões éticas ou canônicas; eram proibidos de comerciar, por exemplo, os nobres e os religiosos, e a Igreja condenava a prática de empréstimos a juros, a chamada *usura*.¹⁵⁷ Na lição de Georges Ripert, trazida por Rubens REQUIÃO, essa atuação “oculta” do sócio impedido “era o meio de iludir a proibição do empréstimo a juros, efetuando uma aplicação de dinheiro mediante uma participação”.¹⁵⁸

As modalidades de restrição da responsabilidade **de todos os sócios** aos riscos do empreendimento é fenômeno ainda mais recente, remontando a meados dos séculos XVII e XVIII, período em que acentuou-se a sanha colonialista dos países europeus. Nasceram, aí, as **sociedades por ações**.¹⁵⁹

Para financiar as grandes navegações, que exploravam América, África e Ásia, bem como desenvolver o comércio marítimo, o Estado precisou recorrer ao auxílio do capital privado, pois tais empreendimentos envolviam grandes somas de dinheiro e implicavam em enormes riscos econômicos. Data desta época, por exemplo, mais precisamente de 1621, a fundação da Companhia das Índias Ocidentais, que forte impacto teve na história colonial brasileira.¹⁶⁰ Na compreensão de Alfredo de Assis GONÇALVES NETO e Rubens REQUIÃO, estas sociedades eram “verdadeiras sociedades de economia mista, porque originariamente formadas pela aglutinação de recursos do Estado com os coletados do povo”.¹⁶¹

Leciona Rubens REQUIÃO que com o advento da Revolução Industrial, já no século XIX, o modelo das sociedades por ações passou a ser utilizado para financiar os investimentos de grande monta destinados, desta vez, à exploração da produção em massa nas florescentes áreas industriais das metrópoles em formação. Entretanto, estes empreendimentos continuavam dependendo da

¹⁵⁷ “Com efeito, as leis canônicas, por uma reação contra a usura, esse flagelo da civilização romana e de todos os bárbaros, proibiam o empréstimo a juros: elas consideravam o dinheiro como estéril.” (TROPLONG *apud* REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: 1º volume**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 359-360)

¹⁵⁸ REQUIÃO, obra citada, p. 358-361.

¹⁵⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 05

¹⁶⁰ REQUIÃO, obra citada, p. 358-361.

¹⁶¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: 2º volume**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 03-05; GONÇALVES NETO, obra citada, p. 05-06.

autorização estatal para existir e funcionar, numa clara reminiscência à época em que surgiram, onde o poder público tinha papel preponderante. Por outro lado, interessava enormemente ao Estado controlar de perto as atividades que envolviam grande poderio econômico.¹⁶²

Fábio TOKARS demonstra que as dificuldades de constituição de sociedades anônimas, seja em virtude do forte controle e intervenção estatal, seja devido aos entraves burocráticos, fizeram com que surgissem, no final do século XIX e início do século XX, as **sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. Pela maior simplicidade em seu estabelecimento e a preservação da faculdade da limitação de responsabilidade social a todos os envolvidos no negócio, a sociedade limitada logo tornou-se o tipo societário mais utilizado para empreendimentos de pequeno e médio porte, relegando ao desuso as demais espécies, à exceção da sociedade anônima, que continuou a preferida para os investimentos de grande vulto.¹⁶³

Na Inglaterra foram constituídas as primeiras sociedades limitadas, **na prática**, em virtude da necessidade de uma forma de organização que acompanhasse o dinamismo da industrialização crescente e das relações comerciais daí decorrentes. Elas surgiram, como afirma Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, a partir das chamadas *private companies* inglesas, que eram derivações das *public companies* – as sociedades anônimas –, mas formadas sem a necessidade da outorga estatal e com a proibição da livre transferência e da oferta pública de ações.¹⁶⁴

A rapidez e facilidade de constituição deste novo tipo societário, bem como as vantagens que trazia àqueles que a utilizavam, logo chamaram a atenção da Europa continental,¹⁶⁵ levando as demais nações a buscar formas de viabilizar sua inserção nos direitos pátrios.

¹⁶² REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: 2º volume**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 03-05

¹⁶³ TOKARS, Fábio. **Sociedades Limitadas**. 1ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2007. p. 25

¹⁶⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 187-190

¹⁶⁵ GONÇALVES NETO, obra citada.

Marcia Carla PEREIRA RIBEIRO, Alfredo de Assis GONÇALVES NETO e PONTES DE MIRANDA¹⁶⁶ apontam 20 de abril de 1892, na Alemanha, como a data de “nascimento oficial” daquilo que os alemães chamaram de *sociedade de responsabilidade limitada*. Foi a primeira vez que a nova espécie social foi disciplinada no direito positivo de um país.

Pouco tempo depois, outros países passaram a adotar a sociedade limitada em seus ordenamentos jurídicos, como Portugal (1901), Áustria (1906) e França (1925). Em 1911, Inglês de Souza, inspirado no direito português, fez a primeira tentativa de inseri-la em nosso ordenamento jurídico ao incluí-la em seu *anteprojeto de Código Comercial*. Não obteve êxito, pois seu projeto jamais foi aprovado; entretanto, seu trabalho serviu de inspiração ao Decreto n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919, que, por iniciativa do deputado Joaquim Luiz Ozório, instituiu no Brasil a nova forma de sociedade.¹⁶⁷

Ao se conhecer o processo de desenvolvimento da limitação de responsabilidade ao longo dos séculos, das sociedades em nome coletivo no direito romano – onde ela inexistia – às limitadas do direito alemão, podemos concluir que ela **sempre** esteve relacionada, **quando existia**, à alguma das formas **societárias** de organização humana.

Conclui-se, ainda, a partir de toda a doutrina até aqui pesquisada, que não há necessariamente qualquer correlação direta entre o fenômeno da personificação e a limitação de responsabilidade. Desta forma, a previsão feita nas primeiras páginas deste trabalho, que supunha uma relação de dependência entre os dois conceitos jurídicos, cai por terra.

Isso porque, da análise histórica desenvolvida nesta seção, constata-se que as modalidades societárias que contavam com a restrição da responsabilidade patrimonial antecederam – e muito – a aplicação das teorias subjetivistas aos entes que hoje são conhecidos como pessoas jurídicas, fato este que ocorreu apenas no

¹⁶⁶ PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla; BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 202-203; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial – Tomo XLIX**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 433-435; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 187-190

¹⁶⁷ GONÇALVES NETO, obra citada, p. 189; PEREIRA RIBEIRO, obra citada.

século XIX. Ora, as sociedades anônimas existiam já no século XVII, e as sociedades em comandita simples muito antes disso, conforme já exposto.

Assim, infere-se que a personalidade e a limitação da responsabilidade são construções jurídicas elaboradas em determinados momentos históricos a partir das necessidades observadas na realidade social, e que se tratam de conceitos independentes entre si; cabe à personificação apenas o papel de delimitar com precisão núcleos de imputação de direitos e deveres, facilitando aos entes personificados – tenham eles responsabilidade limitada ou não – sua participação nas relações jurídicas.

Por fim, vale recorrer novamente ao sempre impecável raciocínio de Fábio Ulhoa COELHO, que chega a conclusões idênticas às desta pesquisa, e as demonstra amparando-se tanto no direito internacional quanto no direito brasileiro atualmente vigente:

Há direitos, como o do Reino Unido (...), que associam a personalização da sociedade à limitação da responsabilidade dos sócios. Para tais sistemas, as sociedades em que os sócios respondem integralmente pelas obrigações sociais são despersonalizadas. Em outras ordens jurídicas, inclusive a brasileira, não existe necessária correlação entre esses dois temas societários. **A personalização da sociedade não está ligada sempre à limitação da responsabilidade dos seus integrantes.** Quer dizer, há no Brasil sociedades personalizadas em que sócios respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais (p. ex., a sociedade empresária em nome coletivo), assim como há uma hipótese de articulação de esforços despersonalizada, em que os participantes podem responder dentro de um limite (o sócio participante da conta de participação, se assim previsto em contrato).¹⁶⁸ (grifo nosso)

¹⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 16 – Item 2

3.1.2 A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL

Investigadas as origens históricas e legislativas da idéia de limitação da responsabilidade social, resta compreender o porquê da demora em concedê-la ao empreendedor solitário.

Vale assinalar que, para Fábio Ulhoa COELHO, a completa independência patrimonial entre a sociedade e seus componentes é fator primordial na exploração de atividades econômicas. “Trata-se, definitivamente, de patrimônios distintos, inconfundíveis e incomunicáveis os dos sócios e o da sociedade”. É o que ele chama de *princípio da autonomia patrimonial*, e o considera o “**alicerce do direito societário**” (grifo nosso).¹⁶⁹

Afinal, sendo a restrição dos riscos atinentes ao negócio uma grande força motriz da atividade econômica, protegendo o patrimônio pessoal dos investidores, nada mais natural que estender tal benefício ao empresário individual, fomentando novos empreendimentos – em especial os pequenos – e formalizando aqueles que vinham à margem do sistema jurídico-econômico.

É nessa direção a ponderação feita pelo jurista cearense José Maria Othon SIDOU, logo no início da sua *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada*, uma das obras pioneiras na investigação do tema na doutrina brasileira, ainda em meados da década de 60 do século passado. Ele questiona a exigência da pluralidade de sócios para obtenção da restrição de responsabilidade patrimonial, afirmando ser ilógico que *uma* pessoa seja impedida pela lei de fazer o que *várias* juntas podem.¹⁷⁰

Aponta Othon SIDOU que na Inglaterra de 1877, poucos anos após o surgimento das sociedades limitadas na prática, Sir G. Jessel foi o primeiro a levantar a problemática da limitação da responsabilidade individual. Entretanto, foi na Áustria, em 1910, que Oskar Pisko saiu na frente elaborando o “Projeto de Lei

¹⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 16 – Item 2.3

¹⁷⁰ SIDOU, José Maria Othon. **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada**. 1ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964. p. 22-30

sobre Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”. Seu trabalho acabou influenciando o direito do Principado de Liechtenstein, que, em 1926, incluiu a novidade em seu Código das Obrigações Sociais e, pela primeira vez, no direito positivo.¹⁷¹

Como já comentado na introdução deste trabalho, só bem mais tarde, nas últimas décadas do século XX, esta nova proposta para o exercício da atividade econômica passou a ser adotada por outras nações do mundo, como França, Portugal, Itália e Alemanha, seja na forma da *empresa individual*, seja na forma de *sociedade unipessoal*.

Na época, com a crescente positivação da nova construção jurídica no direito internacional, reacenderam-se no Brasil as discussões acerca do tema. Os estudos pioneiros nesta nova empreitada pela busca de uma solução nacional para a questão foram dos professores Calixto SALOMÃO FILHO, com *A Sociedade Unipessoal*, e Edson ISFER, em *Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada*, ambas de meados da década de 1990.

Na seara legislativa, diante da pressão popular e doutrinária e após algumas tentativas frustradas, foi finalmente apresentado e aprovado no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 4.605/2009, proposto pelo deputado mineiro Marcos Montes,¹⁷² que culminou com a promulgação da Lei n.º 12.441/2011 e inseriu a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI – em nosso sistema legal.

Resta, então, a questão acerca das razões que levaram à grande demora na inserção da possibilidade de restrição individual da responsabilidade na ordem jurídica global. Segundo Fábio Ulhoa COELHO, isso ocorreu primeiramente por uma questão consuetudinária: como a limitação de responsabilidade, originalmente, sempre esteve ligada a algum tipo societário, causava estranheza aos operadores do direito falar-se em resposta patrimonial limitada em formatos unitários. “Era da essência da sociedade (...) a pluralidade de sócios”. Outra razão,

¹⁷¹ SIDOU, José Maria Othon. **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada**. 1ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964. p. 22-30

¹⁷² CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. **O Empresário de Responsabilidade Limitada**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69-72

segundo o autor, é que o aparecimento da novidade aconteceu justamente no Principado de Liechtenstein, reconhecido “paraíso fiscal”, o que trouxe uma certa “desconfiança” sobre os verdadeiros propósitos do novo instituto.¹⁷³

Para Marcela Maffei Quadra TRAVASSOS,¹⁷⁴ a adoção tão tardia da nova forma de organização comercial ocorreu, primeiro, devido ao dogma da *unicidade do patrimônio* que, em contraposição ao princípio da autonomia patrimonial proposto por Fábio Ulhoa COELHO, “considerava o patrimônio uma emanção da personalidade, [e] tal determinava que uma pessoa (física ou moral) só poderia ser titular de um único patrimônio”.¹⁷⁵ Segundo, porque, na lição de Sylvio Marcondes Machado trazida pela autora, a manutenção da responsabilidade **ilimitada** ao empreendedor individual traria segurança jurídica aos credores do empresário, garantidos pela integralidade do patrimônio – comercial e pessoal – do responsável pelo negócio.¹⁷⁶

Além disso, ainda na lição de Sylvio Marcondes Machado, a possibilidade de comprometimento do patrimônio pessoal do empreendedor nas dívidas resultantes da atividade econômica “impõe a este uma conduta de prudência na gestão dos próprios negócios. E, assim, refreia a aventura, fortalece o crédito e incrementa a confiança”.¹⁷⁷

¹⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 16 – Item 3.3

¹⁷⁴ TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI): análise constitucional do instituto, unipessoalidade e mecanismos de controle de abusos e fraudes**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 41-53

¹⁷⁵ DOMINGUES, Paulo de Tarso *apud* TRAVASSOS, obra citada.

¹⁷⁶ TRAVASSOS, obra citada.

¹⁷⁷ MACHADO, Sylvio Marcondes *apud* TRAVASSOS, obra citada.

4 A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Delineados os contornos dos principais conceitos necessários ao desenvolvimento do estudo proposto no presente trabalho, superadas as dificuldades acerca do espinhoso problema da natureza da personalidade jurídica, e percorrido um rápido panorama histórico sobre o surgimento da limitação de responsabilidade empresarial das sociedades e do empreendedor individual, é tempo de enfrentar o foco principal da presente monografia: o problema da desconsideração da personalidade jurídica no direito empresarial brasileiro, especialmente em face da empresa individual de responsabilidade limitada.

Embora as pesquisas preliminares desenvolvidas nos dois capítulos anteriores possam parecer um pouco extensas, tal dedicação prévia se justifica como preparação teórica para o desafio que aqui se propõe. Para discorrer sobre a limitação da responsabilidade do empreendedor individual, via criação de uma nova espécie de pessoa jurídica, e enfrentar o problema da desconsideração justamente desta personalidade jurídica – e da consequente independência patrimonial – necessário foi conhecer a fundo estes dois importantes institutos jurídicos e suas interações: a **pessoa jurídica** e a **limitação da responsabilidade**. Afinal, como diria Abraham Lincoln, lenhador e o maior presidente da História dos Estados Unidos da América, em frase atribuída à sua autoria: “se me dessem oito horas para derrubar uma árvore, passaria seis horas afiando o machado”.¹⁷⁸

Para alcançar o objetivo aqui proposto, trataremos, primeiramente, da técnica de desconsideração da personalidade jurídica de forma genérica, do seu surgimento à aplicação na prática jurídica brasileira; depois, finalmente, estudaremos sua utilização frente à EIRELI.

¹⁷⁸ QUEM DISSE?. Site Click RBS. Seção Frases. Acesso em: 04 nov. 2015

4.1.1 ASPECTOS DA DOCTRINA DA SUPERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O professor Calixto SALOMÃO FILHO afirma que “o conceito de personalidade jurídica (...) foi durante longo tempo considerado intocável”.¹⁷⁹ Da mesma forma, as duas principais características conferidas no momento da atribuição da personalidade jurídica pela ordem legal, a **personalidade distinta entre o sócio e a sociedade** e a **incomunicabilidade patrimonial**, eram tidas como inafastáveis. Fábio Ulhoa COELHO destaca que “a personalização das sociedades empresárias tem importância fundamental no estímulo de empreendedores e investidores”. O mesmo autor, conforme já demonstrado, exalta o *princípio da autonomia patrimonial* daí decorrente como a base do direito societário.¹⁸⁰ Desconsiderá-las seria, então, quase uma afronta, uma descaracterização da própria razão de ser da pessoa jurídica.

Porém, após o desenvolvimento e consolidação deste instituto, passaram a ser observados casos em que os propósitos da personificação eram desvirtuados, e as benesses obtidas com o reconhecimento da personalidade jurídica utilizadas com objetivos escusos, como um verdadeiro instrumento para realização de fraudes.

Como reação ao uso indevido do instituto jurídico, surgiu a **doutrina da desconsideração da personalidade jurídica**, também chamada de *doutrina da superação da personalidade jurídica*, *doutrina da penetração* e, do inglês, *disregard of legal entity* ou, simplesmente, *disregard doctrine*.^{181 182}

¹⁷⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 232

¹⁸⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 16 – Item 2.3 a 2.5

¹⁸¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: 1º volume**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 377

¹⁸² A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica comporta duas “variantes”: as chamadas Teoria Maior e Teoria Menor. Porém, para o escopo do presente trabalho, entendemos desnecessário o aprofundamento nestas subdivisões.

Segundo Rubens REQUIÃO¹⁸³ e Paulo Luiz Netto LÔBO,¹⁸⁴ a gênese desta construção teórica aconteceu na jurisprudência inglesa e norte-americana dos fins do século XIX, tendo influenciado principalmente Espanha, Itália e Alemanha.

Porém, coube à tese do professor alemão Rolf Serick, da Universidade de Heidelberg, a sistematização do tema, em meados da década de 50 do século passado, e sua difusão para diversos países do mundo preocupados com a utilização indevida da personalidade jurídica.¹⁸⁵

No Brasil, a inserção da doutrina da superação da personalidade jurídica se deu por obra de Rubens REQUIÃO.¹⁸⁶ Seu artigo intitulado *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica* influenciou o anteprojeto elaborado pela Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, que culminou com o atual Código Civil brasileiro.¹⁸⁷ Segundo Calixto SALOMÃO FILHO,¹⁸⁸ em seu artigo Rubens REQUIÃO enxerga “hipóteses de desconsideração em todos os casos em que a separação patrimonial é utilizada com abuso de direito ou para praticar uma fraude à lei”, mas adverte que o uso exacerbado da *disregard doctrine* poderia “**destruir o instituto da pessoa jurídica**” (grifo nosso).

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica consiste, basicamente, em afastar a personalidade e, conseqüentemente, a autonomia patrimonial e a separação entre a sociedade e seus integrantes, nos casos em que se constatar que foi utilizada como instrumento para a prática de algum ato ilícito, fraude, abuso de direito ou, ainda, quando se verificar a confusão patrimonial entre sócio e sociedade.¹⁸⁹ Para Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, tem lugar sempre

¹⁸³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: 1º volume**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 377

¹⁸⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 186-189

¹⁸⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 118-120; REQUIÃO, obra citada.

¹⁸⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 17 – Item 2; GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 32

¹⁸⁷ REQUIÃO, obra citada, p. 379.

¹⁸⁸ SALOMÃO FILHO, obra citada, p. 251-252.

¹⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: parte geral**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 86-88

que ocorrer o “desvirtuamento da função da pessoa jurídica”.¹⁹⁰ Nas palavras de Paulo Luiz Netto LÔBO, é técnica que se orienta pela busca da “realização da justiça equitativa” e a “prevalência da boa-fé”.¹⁹¹

Assim, segundo Márcia Carla PEREIRA RIBEIRO, a desconsideração da pessoa jurídica possibilita aos credores da sociedade atacar o patrimônio pessoal do sócio que se utiliza dela “com o objetivo claro de prejudicar terceiro”.¹⁹² Cabe ao juiz, nas hipóteses em que couber, aplicá-la ao caso concreto.¹⁹³

Há, ainda, a técnica chamada desconsideração **inversa**, quando ocorre o descarte da personalidade para responsabilizar a sociedade por atos cometidos pelo sócio. Isso impede, por exemplo, que o sócio transfira parte de seu patrimônio à sociedade, afastando-o de seus credores pessoais.¹⁹⁴

Fábio Ulhoa COELHO ressalta que, antes da aplicação da *disregard doctrine* no direito nacional, a única forma de coibir abusos e irregularidades era pela dissolução completa da pessoa jurídica. Depois dela, o que ocorre é a preservação da sociedade, atacando especificamente o caso em que a personificação foi utilizada de forma fraudulenta; é o que o autor chama de “suspensão episódica da eficácia do ato de constituição da sociedade”. Assim, ocorre também a preservação dos demais interesses envolvidos com aquela pessoa jurídica, sobremaneira econômicos.¹⁹⁵

Alfredo de Assis GONÇALVES NETO segue neste mesmo sentido; entretanto, assevera este autor que a mera prática de um ato ilícito pela pessoa jurídica nada tem a ver com a supressão de sua personalidade: é preciso que ocorra um “desvio da sua função econômico-social”, ou seja, uma fuga dos motivos que levaram à sua formação e reconhecimento pela ordem jurídica. É necessário o uso deliberado da personalidade para encobrir uma situação fática que, sem a proteção

¹⁹⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 32

¹⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 186-189

¹⁹² PEREIRA RIBEIRO, Márcia Carla; BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 160-161

¹⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 17 – Item 2.2

¹⁹⁴ PEREIRA RIBEIRO, obra citada, p. 162-163; GONÇALVES, obra citada.

¹⁹⁵ COELHO, obra citada.

da personificação e sua conseqüente autonomia patrimonial, seria punida pelo sistema legal.¹⁹⁶

Importante notar que Rubens REQUIÃO defendia desde o início, segundo Fábio Ulhoa COELHO, a plena utilização da teoria da superação da personalidade jurídica pelos magistrados brasileiros, independentemente de previsão legal, argumentando, para tanto, que seria a única forma – mas plenamente aplicável ao direito brasileiro – para combater os excessos cometidos no uso da pessoa jurídica, sem a saída dramática da dissolução. Segundo o próprio Fábio Ulhoa COELHO, hoje é pacífico na doutrina e jurisprudência que a não utilização da desconsideração de personalidade por falta de disposição legislativa configuraria verdadeiro amparo à fraude.¹⁹⁷

Apesar disso, vale ressaltar que existem, atualmente, vários dispositivos, em leis esparsas, que preveem a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica para buscar a responsabilidade pessoal do sócio. São exemplos: o Código de Defesa do Consumidor;¹⁹⁸ a Lei n.º 8.884/1994, alterada pela Lei n.º 12.529/2011, que regra a proteção à ordem econômica;¹⁹⁹ e, finalmente, o artigo 50²⁰⁰ do Código Civil de 2002,²⁰¹ que, segundo Paulo Luiz Netto LÔBO, consagrou a doutrina da superação da personalidade jurídica no ordenamento jurídico pátrio.²⁰² É exatamente nesse sentido o teor do enunciado n.º 51, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que dispõe que “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”.²⁰³

¹⁹⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 127-131

¹⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 17 – Item 2

¹⁹⁸ Sua Seção V, composta apenas pelo artigo 28, intitula-se “Da desconsideração da personalidade jurídica”.

¹⁹⁹ Disciplina a matéria em seu artigo 34.

²⁰⁰ Este artigo encontra-se localizado no Capítulo I do Título II, que disciplina as regras gerais aplicáveis a todas as espécies de pessoa jurídica do ordenamento civil brasileiro.

²⁰¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: 1º volume**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 379-380

²⁰² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 186-189

²⁰³ BRASIL. **Enunciados Aprovados – I Jornada de Direito Civil**. Sítio do Conselho da Justiça Federal. Acesso em: 05 nov. 2015

4.1.2 A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA À LUZ DA *DISREGARD OF LEGAL ENTITY*

Analisar a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada sob o prisma da técnica de desconsideração da personalidade jurídica é especialmente interessante em virtude de algumas particularidades que envolveram o processo de elaboração e aprovação da Lei n.º 12.441/2011, que incluiu esta nova espécie de pessoa jurídica de direito privado no rol do artigo 44 do Código Civil de 2002.

O texto original do Projeto de Lei n.º 4.605/2009, que deu origem à Lei da EIRELI, previa, no parágrafo 4.º do novo artigo 980-A, que

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. (grifo nosso)

A partir de manifestação do Ministério do Trabalho e Emprego, a Presidente da República vetou o referido parágrafo. Vale ressaltar que a Justiça do Trabalho é uma das principais beneficiadas pela *disregard of legal entity*, na busca pela satisfação de créditos trabalhistas.

Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, com sua extraordinária experiência e conhecimento, já percebia os problemas que a EIRELI enfrentaria nesta seara. Em artigo publicado poucos dias após a aprovação da Lei n.º 12441/2011, o autor, que reconhece na empresa individual um “avanço da legislação brasileira” e considera plenamente justificada a aplicação da superação da personalidade jurídica em caso de desvio de finalidade ou prática de atos ilícitos, afirma que é possível “antever que a Justiça do Trabalho tenderá a ignorar olímpicamente essas

disposições da lei civil para atingir o patrimônio pessoal do seu titular na satisfação dos débitos e encargos trabalhistas”.²⁰⁴

Ou seja, desde sua gênese, a inclusão da EIRELI no ordenamento jurídico tem causado polêmica no que concerne a possibilidade de sua desconsideração para ataque do patrimônio pessoal do empreendedor individual.

Nas razões do veto é demonstrada a incompatibilidade do parágrafo 4.º com outras disposições que disciplinam a matéria, em especial frente ao artigo 50 do Código Civil de 2002 que, como já comentado, sedimenta a possibilidade do uso da *disregard doctrine* no direito pátrio. Na mensagem que veiculou o veto, se esclarece que

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.

Embora na exposição acima fique clara a incongruência apontada, resta pacífico na doutrina que o maior problema da desconsideração da personalidade jurídica não é a previsão legislativa mas, sim, o abuso deste recurso, o que acaba trazendo mais problemas que benefícios e, pior, insegurança àquele que se lança aos mares do empreendedorismo nacional.

Nesse sentido Lênio Luiz STRECK e Lúcio DELFINO²⁰⁵ criticam frontalmente o uso desmedido da supressão da personalidade jurídica nos tribunais brasileiros, a que se referem como uma verdadeira “violência”. Segundo os autores, há inúmeras situações em que a pessoa jurídica é ignorada apenas porque não foram encontrados bens da devedora passíveis de penhora, sem qualquer

²⁰⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Empresa individual é avanço da legislação brasileira. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Publicado em 16 de julho de 2011. Acesso em: 05 nov. 2015

²⁰⁵ STRECK, Lênio Luiz; DELFINO, Lúcio. Novo CPC e STJ corrigem anomalia de canhões apontados contra sócios. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Publicado em 12 de abril de 2015. Acesso em: 05 nov. 2015

ocorrência das hipóteses que justificam tal alternativa. Tal situação não escapou a Fábio Ulhoa COELHO, que questiona “o pressuposto de que o simples desatendimento de crédito titularizado perante uma sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta, seria suficiente para a imputação de responsabilidade aos sócios ou acionistas”.²⁰⁶ Ora, a nosso ver, e considerando toda a pesquisa até aqui realizada, tal constatação representa um claro e grave desvirtuamento da própria essência da personalidade jurídica, que é a proteção patrimonial pessoal dos envolvidos no negócio.

Lênio STRECK e Lúcio DELFINO ressaltam, ainda, o papel nocivo que a interpretação judicial tem na aplicação exacerbada da técnica em discussão aqui. Segundo os dois, “a reboque dessa violência simbólica, o **protagonismo judicial** ganha espaço e multiplica-se pelo Brasil afora em progressão geométrica, cresce parasitariamente, (...) e prospera em muitos casos concretos”, fazendo com que a aplicação recorrente da *disregard of legal entity* acabe transformando o que era para ser exceção, em regra.²⁰⁷ Ocorre, em nossa interpretação, uma preocupante banalização da técnica.

Apesar disso, e embora a utilização da técnica de desconsideração da personalidade, como já demonstrado, prescindida de previsão legal anterior, o veto ao parágrafo 4.º do Projeto de Lei n.º 4.605/2009 e o teor do parágrafo 6.º do artigo 980-A, que prevê a utilização subsidiária das regras das sociedades limitadas, levam à evidente conclusão de que é aplicável o disposto no artigo 50 do Código Civil de 2002 também à empresa individual de responsabilidade limitada. Além disso, a própria localização “topográfica” do artigo 50, dentro do Capítulo I do Título II, que traz as disposições comuns a todas as espécies de pessoas jurídicas, permite tal reflexão. Enfim, segundo, Marcela Maffei Quadra TRAVASSOS,²⁰⁸ incidem sobre a EIRELI “as regras gerais (e excepcionais) de responsabilização pessoal dos sócios e administradores, além da teoria da desconsideração da

²⁰⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Capítulo 17 – Item 3

²⁰⁷ STRECK, Lênio Luiz; DELFINO, Lúcio. Novo CPC e STJ corrigem anomalia de canhões apontados contra sócios. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Publicado em 12 de abril de 2015. Acesso em: 05 nov. 2015

²⁰⁸ TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI): análise constitucional do instituto, unipessoalidade e mecanismos de controle de abusos e fraudes**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 295-301

personalidade jurídica”. Adverte-se, porém, como enfatiza Carlos Henrique ABRÃO, que também em relação à esta espécie jurídica se faz necessária a comprovação da ocorrência de uma das hipóteses legais previstas, não bastando a simples inadimplência para a aplicação das técnicas da *disregard of legal entity*.²⁰⁹

Importa transcrever, por uma questão de clareza, a íntegra do artigo 50 do vigente Código Civil nacional:

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

Destacamos a questão da **confusão patrimonial** porque é justamente a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica que mais traz problemas quando aplicada à empresa individual de responsabilidade limitada, segundo Leonardo Câmara Pereira RIBEIRO. A dificuldade reside na própria natureza das atividades constituídas sob a forma de EIRELI, que consistem, via de regra, em empreendimentos de menor monta.²¹⁰ São atividades em grande parte “caseiras”, praticadas de forma doméstica, como prestadores de serviço, artesãos, pequenos comerciantes, e até mesmo produtores rurais, conforme dispõe o enunciado n.º 62 da II Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal.²¹¹

Assim, as atividades desenvolvidas sob a forma de empresa individual são normalmente atividades de subsistência, e a separação patrimonial entre empresa e empreendedor se torna difícil, ocorrendo, facilmente, confusão patrimonial de

²⁰⁹ ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual – EIRELI**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53-56

²¹⁰ RIBEIRO, Leonardo Câmara Pereira. Desconsideração da personalidade jurídica aplicada à EIRELI: desafios do judiciário na análise dos casos *in concreto*. **Revista Eletrônica Âmbito Jurídico**. Seção Comercial. Rio Grande (RS), número 119, dezembro de 2013. Acesso em: 05 nov. 2015.

²¹¹ BRASIL. **Enunciados Aprovados – II Jornada de Direito Comercial**. Sítio do Conselho da Justiça Federal. Acesso em: 05 nov. 2015

boa-fé, sem o intuito de fraudar credores. Como explica Leonardo RIBEIRO, certamente haverá sempre uma grande quantidade de pedidos de descon sideração da personalidade jurídica de EIRELIs, amparados na alegação de confusão patrimonial. E, no bom exemplo do autor, “cabará ao judiciário, então, definir com base em critérios subjetivos se pagar a luz da casa onde mora e onde exerce atividade empresarial ao mesmo tempo (...) será, com base no art. 50 do Código Civil, confusão patrimonial.”²¹²

Ante todo o exposto, chegamos à conclusão de que a aplicação da *disregard of legal entity* à “caçula” das pessoas jurídicas do ordenamento jurídico brasileiro é uma benéfica e necessária extensão das técnicas de proteção de credores contra possíveis danos causados via personificação fraudulenta; porém pode significar também um sério risco ao empreendedor individual que goza de responsabilidade limitada, descaracterizando a função essencial deste ente jurídico que há apenas quatro anos existe entre nós, mas que é fruto de um longo processo de maturação doutrinária e jurisprudencial.

Ao se desconsiderar a personalidade jurídica da EIRELI desenfreadamente, ocorrerá por certo o desestímulo à atividade empresarial, em especial “dos pequenos”, e presenciaremos um retorno ao improviso e à informalidade. O desafio que se impõe, aos juízes e tribunais brasileiros é, então, dimensionar adequadamente, caso a caso, a real necessidade da utilização da *disregard of legal entity* na prática, sem a interferência do, por vezes indesejável, protagonismo jurídico.

Afinal, de um lado, como leciona Rubens REQUIÃO, “a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, mas está sujeita e contida pela *teoria da fraude contra credores* e pela *teoria do abuso de direito*”²¹³ (grifos do autor).

De outro, alerta Alfredo de Assis GONÇALVES NETO, “a teoria da descon sideração nasceu para permitir o afastamento do regime jurídico próprio da

²¹² RIBEIRO, Leonardo Câmara Pereira. Descon sideração da personalidade jurídica aplicada à EIRELI: desafios do judiciário na análise dos casos *in concreto*. **Revista Eletrônica Âmbito Jurídico**. Seção Comercial. Rio Grande (RS), número 119, dezembro de 2013. Acesso em: 05 nov. 2015.

²¹³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: 1º volume**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 379

pessoa jurídica em casos excepcionais”, e “a utilização não criteriosa dessa teoria traz o risco da insegurança jurídica, que é doença muito mais grave do que aquela que se procura com ela remediar”.²¹⁴

²¹⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 38

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção da empresa individual de responsabilidade limitada no ordenamento jurídico nacional é resultado de longos esforços na busca de uma forma de organização empresarial que permitisse, ao empreendedor solitário, obter os benefícios da proteção de seu patrimônio pessoal frente aos riscos inerentes ao negócio. Afinal, a limitação da responsabilidade empresarial é, indubitavelmente, um dos principais motores do desenvolvimento econômico e o mais importante incentivo ao empreendedorismo.

A promulgação da Lei 12.441, em 11 de julho de 2011, que incluiu a EIRELI entre as espécies de pessoas jurídicas do Código Civil, foi um esforço do legislador brasileiro para acompanhar as necessidades da sociedade atual, marcada por relações de mercado cada vez mais ágeis e intensas, e atender aos anseios dos empresários, sobretudo os pequenos e médios, por um modelo de organização empresarial que proporcionasse sua proteção patrimonial particular, mesmo quando se lançassem ao mercado individualmente. Foi uma tentativa no sentido de acompanhar a tendência mundial de limitação da responsabilidade individual, e legalizar arranjos observados na prática que vinham à margem do ordenamento jurídico, como as sociedades fictícias ou os negócios informais. Buscou-se, enfim, preencher o vazio, existente até então, entre o empresário individual, de responsabilidade ilimitada, e as formas societárias marcadas pela pluralidade de membros e pela responsabilidade limitada ao capital social. O surgimento da EIRELI foi um reflexo da realidade no Direito.

Desde sua gênese, porém, no Projeto de Lei 4.605/2009 que deu origem à Lei da EIRELI, esta nova espécie de pessoa jurídica foi cercada de muitas dúvidas e discussões teóricas. Uma delas, acerca dos aspectos da utilização da técnica de desconsideração da personalidade jurídica à empresa individual de responsabilidade limitada, motivou o presente trabalho.

Assim, para compreender como funciona a *disregard of legal entity* aplicada a este novo tipo empresarial, buscou-se, inicialmente, compreender a natureza da personalidade jurídica. Na pesquisa sobre as diversas teorias que cercam o tema,

porém, foi possível identificar três conceitos que se repetem em praticamente todas elas, o que ensejou seu estudo antes das teorias em espécie: *grupos*, *sujeitos de direito* e *capacidade jurídica*.

Constatou-se que foi a partir da tendência natural do homem em organizar-se em grupos, na persecução de objetivos comuns, e da necessidade de facilitação da inserção destes conjuntos humanos nas relações sociais que se concebeu a possibilidade de atribuição de personalidade aos agrupamentos de pessoas. Ao personificar tais grupos, criam-se novos centros de convergência de direitos e deveres: novos sujeitos de direito, uma categoria muito ampla e que compreende qualquer ente capaz de polarizar uma relação jurídica, abarcando inclusive as *pessoas*, físicas e jurídicas, que são *espécies* daquele *gênero*. Por fim, nesta etapa do trabalho, verificou-se que um dos principais traços distintivos entre pessoas físicas, pessoas jurídicas e sujeitos despersonalizados reside na questão da capacidade jurídica, que é, via de regra, ilimitada na primeira, limitada aos fins perseguidos na segunda e restrita à prática de atos específicos no último.

Em seguida, a partir da análise das vertentes teóricas acerca da natureza da personalidade jurídica, foi possível depreender que a *teoria da realidade técnica* ou *jurídica* é a que predomina na moderna doutrina brasileira. Verdadeiro “híbrido” da *teoria da ficção*, de Friedrich Carl von Savigny, e da *teoria orgânica* ou *da realidade objetiva*, de Otto Friedrich von Gierke, compreende a pessoa jurídica como uma construção técnica que só faz sentido no universo do direito, mas que parte de uma situação já concretizada e observada no mundo fático. A pessoa jurídica é, à luz desta doutrina, uma idéia concebida *pelo direito* e *para o direito*.

No segundo capítulo desta monografia, foi traçado um panorama histórico que buscou as origens da idéia de limitação de responsabilidade empresarial e as razões que levaram à sua adoção tardia em relação ao empreendedor individual.

Neste ponto, descobriu-se que a técnica de restrição da resposta patrimonial aos riscos do negócio é muito mais antiga que a noção de personalidade jurídica, e que os dois institutos não guardam relação direta e necessária. Caiu por terra, assim, a presunção feita na introdução deste trabalho,

que supunha uma relação íntima, até mesmo de dependência, entre personalidade jurídica e limitação de responsabilidade.

Foi possível descobrir, ainda, que a demora na inclusão de uma modalidade individual de limitação da resposta patrimonial às dívidas negociais, nos moldes da EIRELI, resultou de diversos fatores, em especial aos temores da utilização fraudulenta da nova espécie de organização empresarial e às teorizações acerca da unicidade do patrimônio.

Por fim, na derradeira etapa do presente trabalho, munidos das reflexões previamente realizadas, atacou-se a questão da desconsideração da personalidade jurídica no Direito brasileiro e sua aplicação frente à empresa individual de responsabilidade limitada.

A *disregard doctrine* surgiu como uma forma de combater abusos, fraudes e crimes cometidos utilizando-se da personalidade jurídica como proteção, e consiste em se ignorar a separação patrimonial sócio-sociedade nestes casos. Incluída em nossa realidade jurídica pela mão do mestre Rubens Requião, passou a ter previsão legal no ordenamento nacional em fins do século XX. Nesta altura, foi possível demonstrar que, se a superação da personalidade configura instrumento extremamente importante para a higidez das relações empresariais, seu uso desavisado pode configurar sério risco àquilo que se busca preservar. O maior problema é a banalização da técnica, que afeta inadequadamente a autonomia patrimonial e desestimula o empreendedor desprotegido. Assim, na busca pelo combate ao desvirtuamento do uso da pessoa jurídica, pode a *disregard of legal entity*, ela mesma, ser desvirtuada, se aplicada de forma desmedida.

Posta em face da EIRELI, a superação da personalidade jurídica apresenta problemas e qualidades semelhantes. Porém, tomando como base as hipóteses de desconsideração da regra geral do Código Civil – abuso de personalidade e confusão patrimonial –, verifica-se, nesta última, uma ameaça ainda mais séria à nova espécie empresarial. Afinal, concebida para dar guarida aos pequenos e médios empresários, é nesta seara que mais comumente se constata a confusão entre patrimônio pessoal e empresarial, pela simples impossibilidade, destas classes de empreendedores, em isolar seu patrimônio particular daquele afeito à

atividade econômica que desenvolve. Assim, a desconsideração da personalidade jurídica amparada nesta hipótese, sem a adequada observância das razões que levaram à confusão de patrimônio, poderia representar uma “porteira aberta” para o ataque ao patrimônio pessoal do empresário, desestimulando a constituição de pessoas jurídicas desta espécie e prejudicando o avanço da atividade econômica. Cabe, aqui, o – muitas vezes indesejado – protagonismo judicial, para uma análise, caso a caso, da efetiva necessidade de utilização da *disregard of legal entity* em relação à EIRELI.

De todo o exposto, concluímos, então, que a empresa individual de responsabilidade limitada surgiu como tentativa de acompanhar o dinamismo das relações de mercado, buscando acertar o passo da legislação com a realidade econômica e empresarial atuais, que o Direito tenta organizar e proteger. Sua desconsideração em caso de abusos e fraudes é legítima e necessária, como ficou demonstrado; mas o abuso da técnica pode subverter a própria essência da EIRELI e do instituto da personalidade jurídica. O tiro pode sair pela culatra.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Empresa Individual – EIRELI**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015

AMARAL Neto, Francisco de Assis. **Direito Civil: Introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário da Gama Kury (traduzido do grego). Brasília (DF): Editora Universidade de Brasília, 1985

BIOGRAFIAS: Miguel Reale. **Site UOL Educação**. Seção Pedagogia e Comunicação. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/biografias/miguel-reale.htm>>. Acesso em: 12 out. 2015

BRASIL. **Enunciados Aprovados – I Jornada de Direito Civil**. Sítio do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2015

_____. **Enunciados Aprovados – II Jornada de Direito Comercial**. Sítio do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-direito-comercial/Enunciados_aprovados>. Acesso em: 05 nov. 2015

_____. Mensagem n.º 259, de 11 de julho de 2011. Expõe as razões do veto ao § 4.º do art. 980-A, da Lei n.º 12.441/2011. **Diário Oficial da União**. Publicado em 12 de julho de 2011.

_____. Página eletrônica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **O que é o CADE?**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?6ccc4fd15ebc7fdb68>>. Acesso em: 24 ago. 2015

CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. **O Empresário de Responsabilidade Limitada**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Empresarial: Direito de Empresa – Volume 02: Sociedades**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – volume 01: Teoria Geral do Direito Civil**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999

ESPÍRITO SANTO, João. **Sociedade Unipessoal por Cotas**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2013

EUROPA. **Diretiva 2009/102/CE, de 16 de setembro de 2009.** Trata das sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32009L0102>>. Acesso em: 09 ago. 2015

FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003

FERREIRA, Waldemar Martins. **Instituições de Direito Comercial: primeiro volume.** 4ª ed. São Paulo: Max Limonad Editor de Livros, 1954

FRANÇA. **Loi 85-697, de 11 de julho de 1985.** De l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000693457&fastPos=1&fastReqId=1011113686&categorieLien=cid&oldAction=rechTexte>>. Acesso em: 08 ago. 2015

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: parte geral.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007

GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrota Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Comercial: Direito de Empresa e Sociedades Empresárias.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

_____. Empresa individual é avanço da legislação brasileira. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico.** Publicado em 16 de julho de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-16/empresa-individual-responsabilidade-limitada-avanco-legislacao>>. Acesso em 05 nov. 2015

_____. **Lições de Direito Societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil.** 2ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004

ISFER, Edson. **Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais de Responsabilidade Limitada.** 165 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) - PUC, São Paulo, 1994

ITÁLIA. **Decreto Legislativo 88, de 03 de março de 1993.** Società a responsabilità limitata con un unico socio. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=1993-04-03&atto.codiceRedazionale=093G0133¤tPage=1>>. Acesso em: 08 ago. 2015

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Revisitando a teoria da pessoa jurídica na obra de J. Lamartine Corrêa de Oliveira. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, vol. 46, 2007. Disponível em: < <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/issue/view/810>>. Acesso em: 09 set. 2015

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

LOURENÇO NETO, Antônio da Rocha. **Direito e Humanismo: uma visão filosófica, literária e histórica**. Rio de Janeiro: 2013

MADRUGA, Antenor. A necessidade de uma profissão jurídica global. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, abril de 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-abr-12/cooperacao-internacional-necessidade-profissao-juridica-global>>. Acesso em: 08 ago. 2015

PASSOS, Edilenice; LIMA, João Alberto de Oliveira. **Memória Legislativa do Código Civil: volume 01**. 1ª ed. Brasília: Senado Federal, 2012

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – volume 01**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla; BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

PERU. **Decreto Ley 21.621, de 14 de setembro de 1976**. Ley de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Disponível em: < <http://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/21621-sep-14-1976.pdf>>. Acesso em: 08 ago. 2015

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: Parte Geral – Tomo 01**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954

_____. **Tratado de Direito Privado: Parte Especial – Tomo XLIX**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

PORTUGAL. **Decreto-Lei 248, de 25 de agosto de 1986**. Cria o Estabelecimento Mercantil Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=678&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=>>. Acesso em: 08 ago. 2015

_____. **Decreto-Lei 257, de 31 de dezembro de 1996**. Permite a constituição de Sociedades Unipessoais por Quotas. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=462&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=>>. Acesso em: 08 ago. 2015

QUEM DISSE?. **Site Click RBS**. Seção Frases. Disponível em: < <http://quemdisse.com.br/frase.asp?frase=73559>>. Acesso em: 04 nov. 2015

REALE, Miguel. **Discurso do Prof. Miguel Reale, Supervisor da “Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil”**. Página Oficial do Professor Miguel Reale. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 12 out. 2015

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial: 1º volume**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003

_____. **Curso de Direito Comercial: 2º volume**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003

RIBEIRO, Leonardo Câmara Pereira. Desconsideração da personalidade jurídica aplicada à EIRELI: desafios do judiciário na análise dos casos *in concreto*. **Revista Eletrônica Âmbito Jurídico**. Seção Comercial. Rio Grande (RS), número 119, dezembro de 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14000>. Acesso em: 05 nov. 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **A Sociedade Unipessoal**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995

_____. **O Novo Direito Societário**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011

SANTIN, Janaína Rigo. As novas fontes de poder no mundo globalizado e a crise de efetividade do direito. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro – SJRJ**. Rio de Janeiro, vol. 16, nº 25, 2009. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/3/2>. Acesso em: 24 ago. 2015

SIDOU, José Maria Othon. **Empresa Individual de Responsabilidade Limitada**. 1ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1964

STRECK, Lênio Luiz; DELFINO, Lúcio. Novo CPC e STJ corrigem anomalia de canhões apontados contra sócios. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Publicado em 12 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-12/cpc-stj-corrigem-anomalia-canhoes-apontados-socios>>. Acesso em: 05 nov. 2015

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011

TOKARS, Fábio. **Sociedades Limitadas**. 1ª ed. São Paulo: LTr Editora, 2007