

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

DANDÁRA THAIS MIRANDA LEITE

**PERSONALIDADE JURÍDICA E A EMPRESA INDIVIDUAL DE
RESPONSABILIDADE LIMITADA**

CURITIBA

2011

DANDÁRA THAIS MIRANDA LEITE

**PERSONALIDADE JURÍDICA E A EMPRESA INDIVIDUAL DE
RESPONSABILIDADE LIMITADA**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Habilitação em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Carlos Joaquim de Oliveira Franco

CURITIBA

2011

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me acompanha todos os dias.

À minha família, por ter indicado a trilha para que eu chegasse até aqui.

Aos que, de algum modo, concorreram para a realização deste trabalho.

Mais cedo ou mais tarde, a teoria sempre acaba
assassinada pela experiência.

Albert Einstein

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a nova figura do Direito Societário chamada Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (E.I.R.L.), criada pela Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, que entrará em vigor no início de 2012, sob o prisma da evolução do conceito de personalidade jurídica no ordenamento brasileiro e sua principal consequência para as sociedades empresárias, qual seja, a autonomia patrimonial, que dá ao empreendedor responsabilidade limitada pelas obrigações que dizem respeito à empresa. Procuramos, com este trabalho, definir os contornos das consequências do reconhecimento pelo ordenamento jurídico de mais essa forma de exercer atividade empresarial, por meio de uma sociedade unipessoal.

Palavras-chave: Direito Societário. Personalidade Jurídica. Empresa. Sociedade Unipessoal. Empresário Individual. Responsabilidade Limitada.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. PERSONALIDADE JURÍDICA	3
2.1 ATRIBUIÇÃO	5
2.2 EFEITOS.....	9
2.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	13
3. EMPRESA E SOCIEDADE EMPRESÁRIA	21
4. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL.....	37
5. SOCIEDADE UNIPESSOAL.....	42
5.1 UNIPESSOALIDADE TEMPORÁRIA.....	42
5.2 SUBSIDIÁRIA INTEGRAL (S.A.).....	43
5.3 SOCIEDADES FICTÍCIAS	45
5.4 EMPRESÁRIO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI) ..	48
5.4.1 <i>Lei 12.441 de 11 julho de 2011: <i>legem referenda</i></i>	49
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56

1. INTRODUÇÃO

Em 11 de julho de 2011 foi publicada a Lei 12.441/2011, que altera o Código Civil (Lei 10.406/2002) incluindo o inciso VI ao art. 44, criando o art. 980-A e modificando o parágrafo único do art. 1.033, para prever a empresa individual de responsabilidade limitada – a EIRELI.

A justificativa para essa criação vem da necessidade de regularizar a atuação dos empresários nos dias atuais, já que, ainda que não houvesse previsão legal, tal forma de atuar foi criada pela realidade. Essa forma trata especificamente dos empresários individuais que, receosos de investir em negócios próprios arriscando todo o seu patrimônio pessoal, dentro do que dispõe a Lei, começaram a formar sociedades fictícias com pessoas próximas para que pudessem atuar sob a proteção da responsabilidade limitada. Havia, portanto, sociedades unipessoais atuando sem que a Lei previsse sua existência e sem, contudo, que a mesma Lei as proibisse de existir. A necessidade de reconhecer esse fenômeno e regular-lhe a atuação se tornou indispensável, já que tal figura, ainda que legalmente tivesse a estrutura de uma sociedade limitada, não funciona da mesma forma e não pode ser tratada de maneira igual.

A criação da EIRELI envolve muito mais questões práticas que teóricas, porém é necessário que analisemos a figura sob esse prisma para que saibamos como tratá-la sem incongruências. A maneira mais fácil de criar responsabilidade limitada, que é o objetivo, é dar-lhe personalidade jurídica. Porém, a personalidade vai além da simples limitação da responsabilidade do empresário. Ela cria (ou reconhece) um sujeito capaz de direitos e deveres, e disso decorrem diversas consequências que o ordenamento jurídico precisa prever. Além disso, somente a personalidade jurídica pode não resolver o problema da separação do patrimônio, como alguns juristas já haviam previsto.

Assim, busca-se, através deste trabalho, antes de tratar da figura da EIRELI, verificar o que é a personalidade jurídica, quais são seus efeitos, como se adquire,

passando a seguir a verificar como ela se dá no nosso ordenamento atualmente, através das sociedades de responsabilidade limitada. Em seguida, pretende-se dar o panorama atual do tratamento das sociedades unipessoais e empresário individual, para somente então entrar na questão da criação da EIRELI, quais seus objetivos e suas consequências.

O trabalho foi realizado com base nas obras de importantes juristas que, ao longo de décadas, vêm tratando desses temas e problematizando a situação que hoje temos como realidade.

2. PERSONALIDADE JURÍDICA

Considerando o que diz Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, sob o aspecto jurídico a personalidade diz respeito somente à capacidade de ter direitos ou obrigações. A personalidade é um atributo *jurídico* e não natural.¹

Continuando seu pensamento, a personalidade é como um papel distribuído a cada homem, papel este que o representará na vida jurídica. Este papel não é exclusividade do homem: será dado a tudo aquilo que esteja em condições de exercer um direito e cumprir uma obrigação. Todo aquele que estiver nestas condições, portanto, poderá receber do direito a outorga de personalidade.²

Segundo Romano Cristiano, “para o direito é suficiente, antes indispensável, que algo ou alguém seja capaz de direitos e obrigações. Se essa capacidade existir, haverá personalidade, ainda que não se trate de seres humanos, se não existir, não haverá personalidade.”³

Prosseguindo em seus ensinamentos, Romano esclarece:

Ora, geralmente, nos seres humanos as duas personalidades – natural e jurídica – coexistem, mas não se confundem. Por mais estranho que possa parecer ambas existem e uma se distingue nitidamente da outra. Aquela personalidade, portanto, que faz com que um ser humano seja sujeito de direitos e de obrigações é, genericamente, sempre e também jurídica, porque deriva do ordenamento jurídico do respectivo grupo social.⁴

No que diz respeito à personalidade jurídica, especificamente, Fábio Ulhoa Coelho afirma que “a natureza das pessoas jurídicas, assim, é a de uma ideia, cujo sentido é partilhado pelos membros da comunidade jurídica, que a utilizam na composição de interesses”.⁵ O conceito de pessoa jurídica, para ele, é “o sujeito de direito inanimado personalizado”⁶.

¹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos de personalidade.** p. 40.

² Ibidem.

³ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica.** p. 149.

⁴ Idem, pp. 150 a 151.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa.** 11. ed. p. 9.

É importante especificar que ter personalidade, para o direito, não é o mesmo que ser sujeito de direito. Nas palavras do Professor, “sujeito de direito é conceito mais amplo que pessoa: nem todos os sujeitos são personalizados. Em outros termos, os titulares de direitos e obrigações podem ou não ser dotados de personalidade jurídica”.⁷

Alfredo de Assis Gonçalves Neto, por conseguinte, adotando o caráter atributivo da personalidade, em sua obra *Lições de Direito Societário*⁸, afirma que o direito não reconhece a existência de uma pessoa jurídica como realidade fática para então regular sua atuação, mas sim outorga personalidade a alguns centros de interesses para que possam, então, praticar atos da vida civil à semelhança da pessoa natural; e tanto é assim que, por vezes, o direito entende por bem fazê-lo em relação a uns e deixa de fazê-lo em relação a outros, embora conceda a estes algumas condições de sujeito de direito, características da personalidade, mesmo que não todas.

Na mesma obra, o autor ainda esclarece: “A pessoa jurídica não nasce ao acaso; é produto da vontade humana que, manifestada de conformidade com o modelo que o direito reputa hábil para criá-la, produz tal resultado; de outro modo, não o produz, podendo daí surgir outra figura, mas não a pessoa jurídica.”⁹

Para Gonçalves Neto:

Na linha desse pensamento, adota-se a orientação segundo a qual a pessoa jurídica é uma ficção, criada pelo direito para, como já dito, facilitar as relações da vida em sociedade (em comunidade). Trata-se de um instrumento ou mecanismo que o ordenamento jurídico contempla para que seja utilizado na busca de determinados fins que esse mesmo ordenamento chancela.¹⁰

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. p. 11.

⁷ Idem, p. 9.

⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2.ed.p. 18.

⁹ Ibidem.

¹⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2.ed.p. 20.

2.1 ATRIBUIÇÃO

De acordo com o estudo realizado por Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, no que diz respeito à criação da personalidade jurídica “é possível distinguir duas correntes doutrinárias básicas: a primeira que *nega* a existência das pessoas jurídicas, vendo nelas uma criação arbitrária da lei, e a outra que admite a *existência real* de grupos sociais com interesses próprios, aos quais o direito positivo não pode negar a sua qualidade de sujeito nas relações jurídicas.”¹¹

Ainda de acordo com Alexandre Ferreira:

As teorias do primeiro grupo são, de acordo com os ensinamentos dos principais tratadistas do Direito Civil, as seguintes: teoria de ficção (*personificationtheorie*); teoria da representação (*personenrolle*); teoria do patrimônio com fim (*zweckvermögen*); teoria da propriedade coletiva e a teoria individualista. Do segundo grupo fazem parte: a teoria da vontade; a da realidade objetiva e a teoria da realidade técnica.¹²

Dentre as teorias que acreditam que a pessoa jurídica é uma criação arbitrária da lei, a teoria da ficção é a mais tradicional e também a mais antiga¹³. Foi sistematizada por SAVIGNY, sob a influência do movimento revolucionário francês. Atualmente o professor Alexandre acredita que ela está totalmente superada e desacreditada, porém alguns de seus conceitos ainda são importantes para compreendermos a pessoa jurídica. Para SAVIGNY, só o homem poderia ser o titular exclusivo de relações jurídicas. Assim como o Direito tem o condão de retirar a personalidade jurídica do ser humano, como é o que ocorre com os escravos, pode, também, atribuir tal condição a outros entes que não o homem. Desse modo, a pessoa jurídica nada mais seria que um artifício criado pela lei para possibilitar que

¹¹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos de personalidade**. p. 32.

¹² Ibidem.

¹³ Idem, p. 33.

certos entes ou grupos fossem titulares de direitos subjetivos.¹⁴

Conforme nos ensina Alexandre Ferreira de Assumpção Alves¹⁵, a principal crítica que cabe ao trabalho de SAVIGNY, especialmente na opinião de FERRARA, é que o autor alemão deixou de analisar a pessoa jurídica como uma realidade fática e, na falta de explicação melhor, utilizou-se da ficção. PAULO DOURADO GUSMÃO, por sua vez, considera essa teoria excessivamente antropomórfica, e relembra que nem sempre coube ao ser humano, exclusivamente, a titularidade de relações jurídicas.

Seguindo essa mesma linha, com uma pequena variação, o alemão BÖHLAU defende a teoria da *personenrolle*, conhecida no Brasil como teoria da representação.¹⁶ Segundo essa teoria, “onde falta a vontade psicológica própria do homem, faz-se mister uma vontade “criada”, por via da qual possa a pessoa jurídica entrar em contato com o mundo exterior e agir no interesse de seus integrantes.”¹⁷

BRINZ, por sua vez, apresenta a chamada teoria do patrimônio com fim. Para esse estudioso, a única discrepância entre as pessoas jurídica e natural é que o patrimônio da pessoa jurídica possui uma destinação especial. Vale dizer, o homem tem seu patrimônio e com ele realiza os seus objetivos, porém surge um motivo para que ele destine parte de seu patrimônio a uma causa especial, separando-o do todo. Consideremos que vários homens queiram se reunir, cada um separando parte de seus bens para formar um todo destinado a uma causa específica comum, no qual a parte de cada homem se identifica através de quotas. É conveniente, se assim ocorre, que o direito relacione este patrimônio comum de maneira peculiar, separada do restante do patrimônio individual de cada sócio.¹⁸

¹⁴ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos de personalidade**. p. 33.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Idem, pp. 33 e 34.

¹⁷ Idem, p. 34.

¹⁸ Ibidem.

A principal crítica sobre essa teoria é que ela é insustentável sob o aspecto lógico, pois pressupõe a existência de direitos sem um sujeito que seja o titular. O sujeito é um elemento inerente à ideia de qualquer direito: não existe relação jurídica entre objetos de direito. Outra crítica diz respeito à possibilidade de serem constituídas pessoas jurídicas destituídas de patrimônio, o que não se explicaria por essa teoria.¹⁹

MARCEL PLANIOL é o responsável pela teoria da propriedade coletiva. PLANIOL considera que a pessoa jurídica, que ele denomina “pessoas fictas”, nada mais é que um patrimônio que é objeto comum a um grupo de pessoas; na pessoa ficta a propriedade é um direito do grupo, da coletividade, de maneira indistinta entre cada membro, de forma que não se poderia admitir que a vontade de um membro lesasse a administração social e o disposto no contrato.²⁰

Contudo, se a pessoa jurídica é a representação da propriedade coletiva, não seria possível conceber as entidades sem patrimônio ou que só vêm a constituirlo após a sua formação. Não se pode considerar que o patrimônio é pressuposto para conceituar a pessoa jurídica. Além disso, tal teoria não serve à realidade porque não leva em conta o motivo mais importante da criação da pessoa jurídica, que é o fim a que ela se destina.²¹

VON JHERING, por fim, desenvolveu a teoria dos “destinatários-sujeitos”, conhecida como a teoria individualista. Para JHERING, só o homem pode ser sujeito de direito. A ideia de personalidade está diretamente relacionada com o direito subjetivo. A personalidade é o poder da vontade que atende a um interesse.²²

Das teorias realistas, ZITELMANN é o responsável pela *willenstheorie*, ou teoria da vontade. Segundo essa teoria, é a vontade que deve ser considerada o

¹⁹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos de personalidade**. p. 33.

²⁰ Idem, pp. 34 e 35.

²¹ Idem, p. 36.

²² Ibidem.

verdadeiro sujeito de direito, tanto daqueles relativos às pessoas naturais quanto aos que dizem respeito às pessoas jurídicas. Tal tese, como se pode notar, quer dar à vontade uma autonomia que ela não possui. O fato é que é realmente a pessoa natural que é sujeito de direito, e não a vontade.²³

A seguir temos a teoria da realidade objetiva ou teoria orgânica, construída por OTTO VON GIERKE, que é radicalmente oposta à teoria da ficção de SAVIGNY. Tal teoria afirma que a pessoa jurídica é um fato, um sujeito que surge à semelhança do homem e que é capaz de vida própria, possuindo inclusive sua própria vontade psicológica.²⁴

O problema dessa teoria é que só se pode admitir que a pessoa natural tenha o privilégio da vontade psicológica, de um modo que a pessoa jurídica nunca terá. Do contrário, seria admissível, por exemplo, que a pessoa jurídica realizasse atos de última vontade, o que é inconcebível, ainda que esta tenha um patrimônio próprio do qual poderia dispor.²⁵

Por fim, surgiu a teoria da realidade técnica, que é a mais aceita pelos autores modernos por se posicionar entre as posições antagônicas da teoria da ficção e a da realidade objetiva.

Para esta teoria, considera-se que, sob o aspecto materialista, só o homem é uma realidade, sendo a pessoa jurídica apenas uma ficção. Mas não se pode dizer que a pessoa jurídica não existe de fato. A pessoa jurídica não tem realidade material, corporal, mas existe como ideia. Dessa forma, a pessoa jurídica pode ser considerada igual à pessoa natural, *salvo naquilo em que a mesma tenha de peculiar à sua própria natureza.*²⁶

²³ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos de personalidade**.pp. 37 e 38.

²⁴ Idem, p. 38.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Idem, pp. 39 e 40.

2.2 EFEITOS

Os efeitos da atribuição de personalidade jurídica a um ente interessam principalmente ao empresário, considerando-se nessa condição tanto as sociedades – que são as que mais comumente a adquirem – quanto o empresário individual.

Historicamente, como esclarece Romano Cristiano²⁷, o cunho altamente pessoal de formação das sociedades comerciais de outrora foi desaparecendo gradativamente. O capital passou a ser a principal preocupação, perdendo importância a pessoa do sócio, que cada vez mais passa a ser figura desconhecida tanto dos destinatários dos serviços e produtos quanto dos fornecedores. A consequência dessa mudança no pensamento foi que a empresa passou cada vez mais a se parecer com um sujeito de direito, com patrimônio próprio que forma seu “capital”, ao menos no que diz respeito ao aspecto econômico. Para o jurista, essa diferença entre a realidade econômica e a realidade jurídica poderia ser resolvida concedendo personalidade jurídica à empresa, ignorando ou deixando a segundo plano a pessoa de seu proprietário – sociedade ou empreendedor individual – de modo a reduzi-lo a mero elemento da própria empresa.

Independentemente da discussão acerca da criação e outorga da personalidade jurídica, um ente adquirir a condição de pessoa jurídica gera diversos efeitos.

Para Fabio Ulhoa Coelho, “o que caracteriza o regime das pessoas, no campo do direito privado, é a autorização genérica para a prática dos atos jurídicos. 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

²⁷CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. p. 152.

genérica para o exercício dos atos jurídicos; eles só podem praticar os atos essenciais para o seu funcionamento e aqueles expressamente definidos.”²⁸

Considerando essa condição, diz o jurista Alfredo de Assis Gonçalves Neto, acerca da pessoa jurídica, que:

“uma vez constituída, ela obtém ipso facto plena capacidade para tornar-se sujeito de direito (capacidade de direito ou de gozo) e para exercer direitos e contrair obrigações (capacidade de fato ou de exercício). Não se pode cogitar, no caso, de incapacidade relativa (vinculada à figura da assistência para supri-la) ou de capacidade absoluta (em que tem lugar a representação, para substituir a manifestação de vontade do absolutamente incapaz): ou a pessoa jurídica existe e há capacidade ou ela não existe (v. g., não chegou a ser criada) e, por isso, não tem como agir, não se cogitando, nessa última hipótese, de capacidade.”²⁹

É claro que, por não ser um ente corpóreo, a pessoa jurídica não pode exercer sozinha essa capacidade. “Como ela não tem existência física, é necessário que uma pessoa natural aja por ela na prática dos atos que lhe são próprios. E aí, faz-se mister separar a atuação como gestora da sociedade, porquanto, ao agir como gestora, não é a pessoa natural que se vincula, mas a própria sociedade.”³⁰

Continuando o pensamento, Fábio Ulhoa Coelho, ao relatar especificamente os efeitos sobre a sociedade empresária, ainda afirma que “três exemplos ilustram as consequências da personalização da sociedade empresária: a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a responsabilidade patrimonial.”³¹

Por titularidade obrigacional podemos entender que os vínculos de uma obrigação jurídica, contratuais ou extracontratuais, decorrentes da exploração da atividade de empresa envolvem os terceiros atingidos e a pessoa jurídica da sociedade empresária, de modo que os sócios não são parte dessa relação. Quem

²⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. p. 10.

²⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2.ed.p. 20 a 21.

³⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. p. 127.

³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. p. 14.

participa da relação, assim, é a pessoa jurídica da sociedade, como credora ou devedora, exercendo direitos ou contraindo e cumprindo obrigações e, apenas em casos de exceção, previstos expressamente em normas específicas ou relacionados às hipóteses de incidência da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, estendem-se os efeitos dessa mesma relação aos sócios ou àquele que agiu representando a sociedade empresária, conforme o caso.³²

Quanto à titularidade processual, pode-se dizer que trata da legitimidade que a sociedade empresária possui para demandar e ser demandada em juízo. Nos processos relacionados aos seus direitos ou às suas obrigações, a parte legítima para mover ou responder à ação judicial é a própria pessoa jurídica da sociedade, e não os seus sócios ou seu representante.³³

A terceira e, para alguns, principal consequência da personalização da sociedade empresária é a responsabilidade patrimonial. Com a personalização da sociedade empresária deve ocorrer a separação entre o patrimônio desta e os patrimônios pessoais de seus sócios. Não existe comunhão ou condomínio dos sócios sobre os bens sociais, vale dizer, sobre o patrimônio da sociedade empresária os sócios não possuem absolutamente nenhum direito, seja de propriedade ou de outra natureza qualquer. Pela contribuição para a formação do patrimônio inicial da sociedade empresária os sócios recebem somente a participação societária equivalente, em forma de quotas. Dessa forma, conclui-se que devem responder pelas obrigações da sociedade empresária, em princípio, somente os bens sociais. E a importância dessa consequência se dá pelo fato de que, uma vez havendo a garantia jurídica de que o patrimônio pessoal dos sócios não responde pelas dívidas da sociedade empresária, torna-se mais fácil encontrar investidores e empreendedores dispostos a aplicar parte do seu patrimônio em atividades econômicas que denotem maior risco.³⁴

³² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. pp. 14 e 15.

³³ Idem, p. 15.

³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. p. 15

Sobre esse último efeito, Alfredo de Assis Gonçalves Neto³⁵ também se pronuncia no sentido de que a sociedade empresária, ao adquirir a personalidade jurídica através do arquivamento do seu ato constitutivo (estatuto ou contrato social) no registro correspondente, passa a ter patrimônio próprio, destacado do patrimônio de seus sócios, embora tal patrimônio tenha sido composto pelas contribuições que cada um de seus sócios realizou para sua constituição. A autonomia patrimonial da sociedade empresária significa, em outros termos, um patrimônio diverso e que não se confunde com o patrimônio pessoal de seus sócios. Vale dizer, os sócios não conservam qualquer direito de propriedade sobre os bens que destacaram para formar o patrimônio social. Tais bens deixam de lhes pertencer, transferindo-se à sociedade empresária a título de propriedade, salvo se houver previsão diferente quanto a essa condição.

Assim, o patrimônio da sociedade não responde pelas obrigações de seus sócios, só diz respeito às dívidas contraídas pela sociedade. É importante ressaltar que, no que diz respeito ao sócio, ainda que exista separação patrimonial, pode ocorrer que ele tenha que responder pelas obrigações da sociedade, em casos específicos. O contrário, porém, não se verifica. A sociedade não responde por dívidas de seus sócios. Somente os direitos relativos à quotas dos sócios é que podem, via de regra, ser afetados pelas obrigações dos sócios, mas o patrimônio da sociedade, por não pertencer diretamente a nenhum dos sócios, não pode ser atingido.

Mais um efeito decorrente da aquisição da personalidade jurídica, ainda, é o direito que a sociedade adquire de passar a ser identificada por um nome próprio, protegido pela lei inclusive no que diz respeito ao direito à honra, e que não pode ser utilizado por outra pessoa ou entidade que exerça uma atividade econômica igual ou parecida.

a 16.

³⁵GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.** p. 127.

Há que se falar, ainda, que a pessoa jurídica é igual à pessoa natural em tudo, ressalvadas as diferenças decorrentes da natureza de cada uma. Assim, existem certas limitações à capacidade de agir da pessoa jurídica. Quanto a isso, Alfredo de Assis Gonçalves Neto³⁶ afirma que existem dois tipos de limitação possíveis: as limitações legais e as limitações convencionais. Segundo o autor:

As limitações legais são determinadas pela análise do viés funcional da pessoa jurídica (a causa genérica, o porquê de sua constituição) que a condiciona a atuar na perspectiva de facilitar as relações jurídicas em que o direito admite sua participação – vale dizer, na persecução de fins lícitos e possíveis. É para agir no mundo fático (factível) e dentro dos quadrantes definidos em lei que se lhe outorga a personificação.³⁷

Quanto às limitações convencionais, Gonçalves Neto ensina:

As limitações convencionais à capacidade da pessoa jurídica, por outro lado, são aquelas impostas pela vontade do seu criador (dos sócios, do instituidor etc.) no seu ato constitutivo ou em alterações subseqüentes. Considerando que as finalidades da pessoa jurídica são estabelecidas nos seus estatutos ou atos constitutivos, todo e qualquer negócio jurídico que não se encaixe, expressa ou implicitamente, no seu objeto, não pode ser por ela realizado.³⁸

2.3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como já exposto, sabe-se que, nas palavras de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, “a sociedade regularmente constituída destaca-se da figura dos sócios para ter, perante o direito, uma vida distinta da deles, com patrimônio e vontade próprios, capaz de exercer direitos e assumir obrigações como sujeito de direito nas relações jurídicas das quais vier a participar, seja com seus sócios, seja com terceiros.”³⁹

³⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2.ed.p. 21.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Idem, pp. 21 a 22.

³⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. p. 132.

Segundo Gonçalves Neto, personalidade jurídica tem “por *função* facilitar a prática de atos ou negócios jurídicos voltados à realização de certos fins econômicos pretendidos pela pessoa ou pelo conjunto de pessoas que a constituem.”⁴⁰

De todo modo, sabe-se que não é possível contar sempre com a boa fé das pessoas na utilização dessas facilidades que o ordenamento jurídico disponibiliza. Há casos em que tal distinção entre sociedade e sócio é utilizada para burlar a possibilidade de exigência do cumprimento de obrigações. Sobre essa possibilidade, afirma o jurista que “a assertiva de que a sociedade não se confunde com a pessoa dos sócios e tem patrimônio próprio, distinto dos deles, é um princípio jurídico, mas não se pode transformar em dogma a entravar a ação do ordenamento jurídico positivado.”⁴¹

Fábio Ulhoa Coelho esclarece que “o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas não é prestigiado nas hipóteses de uso fraudulento ou abusivo do instituto, e para a tutela dos credores com direito não proveniente de negociação.”⁴²

Sobre a má utilização da pessoa jurídica e os remédios para tal problema, Alfredo de Assis Gonçalves Neto diz que,

“sendo a pessoa jurídica uma ficção, uma técnica que o direito coloca à disposição das pessoas humanas para facilitar suas relações, sua personalidade não pode ir além disso. A ficção legal existe para possibilitar o preenchimento da função que lhe é reservada pelo ordenamento; fora de sua função, tal ficção deve ser desconsiderada para que apareça a realidade que lhe está subjacente, sendo assim evitadas eventuais ilicitudes que poderiam estar aí encobertas. Nasce, assim, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, que tem lugar quando há desvirtuamento da função da pessoa jurídica.”⁴³

Ainda na mesma obra, o autor ensina que “A desconsideração deve dar-se, portanto, quando a forma da pessoa jurídica, ou a própria pessoa jurídica, é utilizada

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**.2.ed.p. 33.

⁴² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. p. 22.

⁴³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**.2.ed.pp. 31 e 32.

com o intuito de fugir às finalidades predefinidas pelo direito.”⁴⁴

A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não depende de previsão legal, é consequência de ato fraudulento, ilícito. Em qualquer hipótese, mesmo que não exista nenhuma norma ou dispositivo de lei que determine tal ação ou se refira ao tema, o juiz sempre poderá ignorar o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica quando verificar que o instituto foi manipulado de maneira fraudulenta com o intuito de frustrar interesse legítimo de algum credor.

Afirma, porém, Marino Pazzaglini Filho⁴⁵ que não basta o mero descumprimento de lei ou contratos, prejuízo financeiro ou mesmo inadimplência para que seja aplicada a teoria. Antes, é imprescindível que haja ato fraudulento que seja contrário à função social da personalidade jurídica. Nessa seara, sem a caracterização da má-fé, do desvio de função proposital, não caberia a desconsideração.

Assim, não deve o juiz ignorar esse princípio inerente ao instituto da pessoa jurídica somente em virtude da frustração de algum credor da sociedade, já que tal atitude retiraria toda a segurança do investimento realizado pelos sócios que a teoria da separação patrimonial procura trazer. A opinião de Fábio Ulhoa Coelho⁴⁶ é a de que a melhor interpretação judicial da teoria da desconsideração da personalidade jurídica deve prestigiar e respeitar o instituto da pessoa jurídica, reconhecer a sua importância para o desenvolvimento da economia e apenas fazer uso da teoria superando o princípio da autonomia patrimonial quando tal atitude for necessária à repressão de atos fraudulentos e à coibição da má utilização da pessoa jurídica.

Além disso, é necessário ressaltar que a simples prática de ato ilícito por uma pessoa jurídica não autoriza a utilização da teoria da desconsideração da

⁴⁴ Idem, p. 128.

⁴⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino; CATANESE, Andrea Di Fuccio. **Direito de empresa no novo código civil: empresário individual e sociedades: sociedade limitada.** p. 115.

⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa.** 11. ed. p. 55.

personalidade jurídica. Se a sociedade empresária, ainda que representada por uma pessoa natural, sócia ou não sócia, age como pessoa jurídica obedecendo às finalidades para as quais foi criada, e agindo como tal incorre na prática de um ato ilícito, é a pessoa jurídica quem deve responder por essa prática, do mesmo modo que ocorreria com qualquer ente capaz que assim age. Segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁴⁷, para que se aplique a teoria da *disregard of legal entity*, é preciso que tenha havido necessariamente desvio de sua função econômico-social.

Prossegue o jurista: “só o fato de ter ocorrido o uso desvirtuado da pessoa jurídica também não basta; é preciso que essa má utilização produza efeitos que o ordenamento jurídico condena. (...) se uma pessoa jurídica é utilizada para encobrir a atuação pessoal de um de seus sócios que visa prejudicar terceiro, mas tem como responder pelas consequências dessa atuação, não há aplicação da teoria.”⁴⁸

Assevera, por fim, Gonçalves Neto:

Tendo em conta que a teoria da desconsideração nasceu para permitir o afastamento do regime jurídico próprio da pessoa jurídica em casos excepcionais, é intuitivo que sua aplicação há de ser feita com extrema cautela e sempre em caráter subsidiário – ou seja, somente quando o regime jurídico a que a pessoa jurídica está subordinada não contemplar meio eficaz para a realização do direito que se tem por violado.⁴⁹

Vemos, contudo, que em nosso ordenamento alguns dispositivos levam a crer, num primeiro momento, que existem possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica pelo simples inadimplemento de uma obrigação. É o caso, por exemplo, do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a desconsideração sempre que a personalidade jurídica puder obstar o ressarcimento de prejuízos sofridos pelo consumidor.⁵⁰

⁴⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2.ed.p. 34.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Idem, p. 38.

⁵⁰ FARIA DA SILVA, Maurício. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**. p. 150.

Além desse exemplo principal, podemos citar ainda o disposto no art. 18 da Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste)⁵¹, que autoriza a desconsideração em caso de infração da ordem econômica ou para aplicação de sanção, e o art. 4º da Lei 9.605/1998 (dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências)⁵², que possibilita seja desconsiderada a personalidade jurídica sempre que esta for empecilho para ressarcimento de danos causados ao meio ambiente.

Tais interpretações levam em conta a chamada *teoria menor* da desconsideração da personalidade jurídica. De acordo com essa teoria, além do abuso de direito, fraude e confusão patrimonial, justificar-se-ia a desconsideração da personalidade no casos de excesso de poder, violação dos estatutos ou contrato social, falência ou estado de insolvência, má administração, fato ou ato ilícito ou infração de lei. Ocorre que, nos casos de excesso de poder, violação do estatuto ou contrato social e infração de lei pelo administrador, a lei já permite a sua responsabilização direta sem a necessidade de desconsideração da personalidade; e nos demais casos, admite a superação do princípio da autonomia patrimonial de tal forma que traz insegurança jurídica. Ainda assim, os tribunais têm decidido, principalmente nos casos que envolvem direito do consumidor, que é possível tal aplicação:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL PROPOSTA CONTRA A CONSTRUTORA E SEUS SÓCIOS. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28, CAPUT E § 5º, DO CDC. PREJUÍZO A CONSUMIDORES. INATIVIDADE DA EMPRESA POR MÁ ADMINISTRAÇÃO.

1. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel movida contra a construtora e seus sócios.

2. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias de que, em detrimento das consumidoras demandantes, houve inatividade da pessoa jurídica, decorrente

⁵¹ “Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

⁵² “Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

da má administração, circunstância apta, de per si, a ensejar a desconsideração, com fundamento no art. 28, caput, do CDC.

3. No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da *disregard doctrine*, **bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária.**

4. Precedente específico desta Corte acerca do tema (REsp. nº 279.273/SP, Rel. Min. ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 29.03.2004).

5. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.⁵³

Em outra decisão, explicita-se, ainda, a admissibilidade pelos Tribunais da desconsideração da personalidade jurídica em caso de dissolução irregular da empresa, e da impossibilidade, no caso da desconsideração, de limitar a responsabilidade dos sócios ao valor de suas quotas:

“RECURSO ESPECIAL - DIREITO CIVIL - ARTIGOS 472, 593, II e 659, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA - MEDIDA EXCEPCIONAL - OBSERVÂNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS - ABUSO DE PERSONALIDADE - DESVIO DE FINALIDADE - CONFUSÃO PATRIMONIAL - DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - ATO EFEITO PROVISÓRIO QUE ADMITE IMPUGNAÇÃO - BENS DOS SÓCIOS - LIMITAÇÃO ÀS QUOTAS SOCIAIS - IMPOSSIBILIDADE - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS COM TODOS OS BENS PRESENTES E FUTUROS NOS TERMOS DO ART. 591 DO CPC - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

I - A ausência de explicitação precisa, por parte do recorrente, sobre a forma como teriam sido violados os dispositivos suscitados atrai a incidência do enunciado n. 284 da Súmula do STF.

II - A desconsideração da personalidade jurídica é um mecanismo de que se vale o ordenamento para, em situações absolutamente excepcionais, desencobrir o manto protetivo da personalidade jurídica autônoma das empresas, podendo o credor buscar a satisfação de seu crédito junto às pessoas físicas que compõem a sociedade, mais especificamente, seus sócios e/ou administradores.

III - Portanto, só é admissível em situações especiais quando verificado o **abuso da personificação jurídica**, consubstanciado em excesso de mandato, desvio de finalidade da empresa, confusão patrimonial entre a sociedade ou os sócios, ou, ainda, conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência desta Corte Superior, **nas hipóteses de dissolução irregular da empresa**, sem a devida baixa na junta comercial. Precedentes.

IV - A desconsideração não importa em dissolução da pessoa jurídica, mas se constitui apenas em um ato de efeito provisório, decretado para determinado caso concreto e objetivo, dispondo, ainda, os sócios incluídos no pólo passivo da demanda, de meios processuais para impugná-la.

V - **A partir da desconsideração da personalidade jurídica, a execução segue em direção aos bens dos sócios**, tal qual previsto expressamente pela parte final do próprio art. 50, do Código Civil e não há, no referido dispositivo, qualquer restrição acerca da execução, contra os sócios, ser

⁵³BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **REsp 737.000/MG**, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 12/09/2011.

limitada às suas respectivas quotas sociais e onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo.

VI - O art. 591 do Código de Processo Civil é claro ao estabelecer que **os devedores respondem com todos os bens presentes e futuros no cumprimento de suas obrigações, de modo que, admitir que a execução esteja limitada às quotas sociais levaria em temerária e indevida desestabilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica que vem há tempos conquistando espaço e sendo moldado às características de nosso ordenamento jurídico.**

VII - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.⁵⁴

Fábio Ulhoa Coelho acredita que, “apesar dos equívocos na redação dos dispositivos legais, a melhor interpretação destes é a que prestigia a formulação maior da teoria da desconsideração, ou seja, eles somente admitem a superação do princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária como forma de coibição de fraudes ou abusos de direito”.⁵⁵

Importante ressaltar, como bem destaca Alfredo de Assis Gonçalves Neto⁵⁶, que a desconsideração da personalidade jurídica não implica na anulação, anulabilidade ou mesmo extinção da pessoa jurídica. Com a aplicação de tal teoria, o que ocorre é o simples afastamento da autonomia patrimonial para solução somente do caso em que se constata a utilização fraudulenta de tal princípio. Ocorre, portanto, que tal instituto se torna ineficaz somente no que diz respeito aos atos que, praticados por meio da pessoa jurídica, o foram em desconformidade com a função reservada a ela no ordenamento jurídico e buscando evitar a aplicação de dispositivos que, em caso diverso, deveriam incidir num caso concreto específico.

Em outras palavras, se a pessoa jurídica comete um ato ilícito agindo dentro daquilo que lhe foi previsto como finalidade no ato de sua constituição, deverá ser responsabilizada normalmente por este ato. Para que seja responsabilizada uma pessoa diversa, é necessário que tenha ocorrido “desvio da sua função econômico-

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1169175/DF**, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 04/04/2011.

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. p. 55.

⁵⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. p. 128.

social, isto é, da causa do seu nascimento, do papel que a pessoa jurídica deve preencher e que justificou sua criação para atuar à semelhança de uma pessoa natural.”⁵⁷

O renomado professor ainda continua: “o só fato de ter decorrido o uso desvirtuado da pessoa jurídica também não basta; é preciso que essa má utilização produza efeitos que o ordenamento jurídico condena. Em outras palavras, há casos em que a pessoa jurídica é utilizada para fins ilícitos, mas não cabe aplicar a teoria da desconsideração, simplesmente porque dessa situação fática não resulta inexoravelmente a produção dos efeitos não permitidos.”⁵⁸

E arremata: “só se levanta o véu da pessoa jurídica quando for necessário para possibilitar a reparação dessa lesão que, de outro modo, não seria reparada.”⁵⁹

⁵⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.** p. 129.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem.

3. EMPRESA E SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Consoante disposto na obra de Marcelo M. Bertoldi, Curso Avançado de Direito Comercial, “cada vez mais se sedimenta o entendimento de que a empresa nada mais é senão a *atividade* desenvolvida pelo empresário, sujeito de direito. É a materialização da iniciativa criadora do empresário, da projeção patrimonial de seu trabalho de organização dos distintos fatores produtivos. Repita-se, empresa é a atividade desenvolvida pelo empresário.”⁶⁰

Quanto a esse aspecto, Romano Cristiano explica que “a empresa em si, como organização dos fatores de produção, ou melhor, como unidade econômica que resulta da combinação dos quatro elementos já examinados – empresário, estabelecimento, serviços, organização – não tem personalidade jurídica própria.”⁶¹

Ainda nas palavras de Romano Cristiano:

Se, para o legislador brasileiro, empresa e empresário se confundem em benefício do segundo, para o próprio comerciante, muitas vezes, essa confusão se faz em benefício da primeira. Dessa forma, o que ocorre, em última análise, é que o comerciante de despe de sua personalidade, outorgando-a à empresa, e, afinal, é absorvido pela personalidade desta última.⁶²

Para o jurista, a empresa, com a evolução da atividade econômica, adquiriu uma característica única, tornando-se esta uma nova pessoa que absorveu a figura de seu proprietário, individual ou social, como se fosse parte de suas engrenagens. Para ele, não é o empresário quem deveria ter a atribuição de pessoa jurídica, mas a própria empresa, no sentido da atividade em si exercida pelo empresário.⁶³

Continua seu raciocínio no seguinte sentido: “Lembrando que para Hegel o princípio fundamental das coisas é a ideia, e que a ideia, ou a realidade em si, é sempre a síntese de duas opostas determinações – tese e antítese – diríamos, com

⁶⁰ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed., p. 54.

⁶¹ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. p.121.

⁶² Idem, p. 145.

⁶³ Idem, pp. 152 e 153.

base justamente na dialética hegeliana, que para facilitar a relação de troca surgiu o comerciante, genuíno elemento subjetivo, a *tese*; a atividade do comerciante foi evoluindo, tornando-se complexa, e exigindo, a certa altura, a criação do estabelecimento, genuíno elemento objetivo, portanto a *antítese*. Da luta entre os dois opostos elementos, o subjetivo e o objetivo, a tese e a antítese, aquele querendo conservar a sua supremacia e este adquirindo importância cada vez maior, surgiu a *síntese*, a empresa, elemento objetivo que se transforma em subjetivo, e que cada vez mais está a reclamar a posição que verdadeiramente lhe compete: a de pessoa jurídica.”⁶⁴

Sabemos, contudo, que esta não é a realidade brasileira. Na concepção atual, é o empresário, mais especificamente a sociedade empresária, quem tem o atributo de pessoa jurídica – o empresário individual adquiriu essa capacidade com o advento da Lei 12.441/2011, sobre o que falaremos mais adiante.

De acordo com Pazzaglini, “A atividade empresária, outrora chamada de atividade mercantil, pode ser exercida tanto por pessoa física, empresário individual, quanto por pessoa jurídica, sociedade empresária”⁶⁵

O art. 966 do Código Civil⁶⁶, ao conceituar o empresário, abrange as duas formas existentes, quais sejam a pessoa empresária, que explora a atividade de empresa em seu nome habitualmente e assumindo todos os riscos decorrentes, e a sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado constituída sob uma das maneiras previstas em lei com o fim exclusivo de exercitar a atividade mercantil, conforme disposto no art. 982⁶⁷. Ao obter personalidade jurídica com o registro de

⁶⁴ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. p.147.

⁶⁵ PAZZAGLINI FILHO, Marino; CATANESE, Andrea Di Fuccio. **Direito de empresa no novo código civil: empresário individual e sociedades: sociedade limitada**. p. 23.

⁶⁶ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

⁶⁷ “Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.”

seu ato constitutivo, o empresário passa a ser sujeito de direitos e obrigações e, conseqüentemente, a ter a capacidade patrimonial e responsabilidade ilimitada pelas obrigações por ele assumidas.⁶⁸

O nome empresarial é a forma de individualização ou de identidade do empresário individual e da sociedade empresária, um atributo e expressão da personalidade jurídica destes.⁶⁹ Até este ponto, sociedade empresária e empresário individual são bem semelhantes.

Quanto ao estabelecimento empresarial, tal figura é conceituada no Código Civil como “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”⁷⁰ Pazzaglini afirma que o estabelecimento comercial “é composto pelo conjunto funcional de bens materiais e imateriais necessários e úteis ao desempenho de atividade empresária (atividade econômica geradora de produção e de circulação de bens ou serviços no mercado), que pode ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos.”⁷¹

É importante frisar, desde logo, que o estabelecimento empresarial, ou fundo de comércio, não se confunde, contudo, com o patrimônio do empresário, pois só se considera parte do estabelecimento os bens que são efetivamente utilizados para a produção de bens ou serviços objeto da empresa.⁷²

O estabelecimento empresarial, enfim, seria uma “multiplicidade de bens (análogos e distintos) agregados, por empresário individual ou sociedade empresária, em um agrupamento ou complexo (universalidade de fato), de forma organizada, para exploração de atividade empresária, em funcionamento”⁷³, que,

⁶⁸ PAZZAGLINI FILHO, Marino; CATANESE, Andrea Di Fuccio. **Direito de empresa no novo código civil: empresário individual e sociedades: sociedade limitada.** p. 24.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Art. 1.142 da Lei 10.406/2002.

⁷¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; CATANESE, Andrea Di Fuccio. **Direito de empresa no novo código civil: empresário individual e sociedades: sociedade limitada.** p. 28.

⁷² Ibidem.

⁷³ Idem, p. 29.

dada a forma em que se constitui e a atividade que é exercida através dele, pode adquirir inclusive um valor diverso, superior à simples avaliação dos bens que o constituem em separado.

No que diz respeito ao empresário, assim, podemos afirmar que, pelo ordenamento jurídico brasileiro, só existem duas figuras passíveis de exercer atividade empresária, que são o empresário individual e a sociedade empresária.⁷⁴

Tratamos, a seguir, das sociedades e, especialmente, das sociedades empresárias e dentre elas a sociedade empresária por quotas de responsabilidade limitada.

Nas palavras de Romano Cristiano, com o passar do tempo “os conceitos evoluíram e a personalidade jurídica das sociedades comerciais adquiriu contornos bem definidos. Hoje em dia, comerciante é a sociedade, e apenas ela; a responsabilidade dos sócios ficou cada vez mais limitada.”⁷⁵

Para Fábio Ulhoa Coelho, “sociedade empresária é a pessoa jurídica que explora uma empresa. Atente-se que o adjetivo ‘empresária’ conota ser a própria sociedade (e não seus sócios) a titular da atividade econômica”.⁷⁶

O conceito de sociedade empresária, tendo por base somente o Código Civil, é muito amplo. Trata, basicamente, do contrato de sociedade celebrado por duas ou mais pessoas que se obrigam entre si a contribuir para o exercício de uma atividade econômica, visando o lucro, e de modo a dividir os resultados posteriormente.

Tal conceito, contudo, não condiz com a atual realidade brasileira por pressupor a sociedade como uma das espécies do gênero contrato e por exigir a presença de pelo menos duas pessoas para compor um ente com personalidade própria. Para Alfredo de Assis Gonçalves Neto, “a sociedade é um negócio jurídico

⁷⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino; CATANESE, Andrea Di Fuccio. **Direito de empresa no novo código civil: empresário individual e sociedades: sociedade limitada.** p. 55.

⁷⁵ Idem, p. 152.

⁷⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa.** 11. ed. p. 5.

que tem por propósito criar um novo sujeito de direito, distinto das pessoas (ou da pessoa) que o ajustam, capaz de direito e de obrigações na ordem civil, para facilitar o intercâmbio no mundo do direito, interpondo-se entre seus criadores (ou seu criador) e terceiros na realização dos negócios”⁷⁷. Para ele, mais importante que a pluralidade de pessoas ou a forma contratual é a presença da vontade de criar um novo sujeito de direito.

Além disso, devemos ainda considerar a importância do fim econômico para complementar tal conceito, pois sem tal característica uma sociedade empresária se confundiria com as associações, fundações, autarquias etc.

Considerando as disposições acima, pode-se dizer do conceito que “sociedade é a organização resultante de um negócio jurídico produzido pela formação da vontade de uma ou várias pessoas, para se interpor nas relações entre elas e terceiros, que o ordenamento chancela como modo de preencher uma determinada função – qual seja a de facilitar a prática de atos ou negócios jurídicos voltados à realização de certos fins econômicos por elas pretendido”⁷⁸.

Quanto à personalização, embora nem todas as sociedades sejam personalizadas, no que diz respeito às empresárias o professor Fábio Ulhoa Coelho afirma que “as sociedades empresárias são sempre personalizadas, ou seja, são pessoas distintas dos sócios, titularizam seus próprios direitos e obrigações”.⁷⁹

Relembrando os efeitos da personificação das sociedades empresárias, nas palavras do renomado jurista, “na medida em que a lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, consagrando o princípio da autonomia patrimonial, os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionados ao exercício da atividade

⁷⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**.p. 110.

⁷⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**.2.ed.p. 9.

⁷⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. p. 7.

econômica, explorada em conjunto. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora dessas obrigações.”⁸⁰

Em complemento, Alfredo de Assis Gonçalves Neto diz que “a sociedade regularmente constituída destaca-se da figura dos sócios para ter, perante o direito, uma vida distinta da deles, com patrimônio e vontade próprios, capaz de exercer direitos e assumir obrigações como sujeito de direito nas relações jurídicas das quais vier a participar, seja com seus sócios, seja com terceiros.”⁸¹

A autonomia patrimonial da sociedade significa que ela possui patrimônio separado e que não se mistura com o de seus sócios, que transferem os bens àquela a título de propriedade para formação do patrimônio social inicial, formando o capital social.

Sobre essa figura, Assis fala que “o capital social, assim, representa a somatória dos valores em dinheiro das contribuições (em bens ou em dinheiro de contado) que os sócios trazem para formar o patrimônio da sociedade, seja no momento de sua constituição, seja em virtude de deliberações posteriores que o aumentem pelo ingresso de novos recursos ou que o reduzem, quer por perda significativa do mesmo patrimônio, quer por se revelar excessivo aos fins sociais.”⁸²

No que diz respeito à relação entre esta e o patrimônio da sociedade, discorre que, “contudo, embora indicando o patrimônio que deve ter a sociedade, o capital social com ele não se confunde. Por patrimônio social deve-se entender o conjunto de bens e direito de que a sociedade é possuidora. Já o capital social estampa o valor do patrimônio que ingressou na sociedade em virtude da contribuição dos sócios.”⁸³

⁸⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa.** 11. ed. p. 14.

⁸¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil.** 2.ed.p. 17.

⁸² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.**p. 309.

⁸³ Ibidem.

Prossegue o autor:

Assim, se no momento da constituição da sociedade, normalmente os dois se equivalem (ou seja, a expressão monetária do capital social corresponde ao valor do patrimônio da sociedade), ao longo da vida social eles se distanciam: o capital social mantém-se como um número, uma cifra constante e permanente (só alterável por determinação da lei ou da vontade dos sócios), ao passo que o patrimônio oscila para mais ou para menos de acordo com a marcha das atividades desenvolvidas pela empresa.⁸⁴

Considerando que o capital social normalmente não equivale ao patrimônio efetivo da sociedade, chegamos à questão da real função do capital social determinado na constituição da sociedade. A doutrina costuma insistir em uma função essencialmente externa dessa figura, diversas vezes apontada como a função mais importante, que seria a de garantia dos credores. Assis, contudo, revela que:

“é preciso cautela quando se lê que o capital social representa uma garantia dos credores, porque, se tomada a garantia no seu sentido próprio, de assegurar o pagamento, é no patrimônio da sociedade que eles a encontram. A função de garantia do capital social é indireta e significa que ele é um instrumento jurídico destinado à defesa e tutela dos interesses dos credores; o capital social assume-se para os terceiros que lidam com a sociedade, por virtude do seu regime legal, como o garante do pagamento dos seus créditos, já que não permite qualquer fruição de benefícios por parte dos sócios senão depois de o patrimônio da sociedade superar a cifra do capital social.”⁸⁵

Além dessa função externa indireta, aponta ainda uma função interna: “o capital social, pelas considerações que acabam de ser feitas, tem por função primeira determinar a *performance* financeira da sociedade. Faz o papel de *moderador legal e contábil* da vida social; orienta os resultados financeiros da sociedade ao término de cada exercício social.”⁸⁶

Adentrando na constituição das sociedades, Assis entende que “por ato constitutivo da sociedade deve-se entender a ação humana volitiva, a manifestação de vontade no sentido de lhe dar nascimento. Materializa-se em um documento, em um escrito, público ou particular, contendo os elementos essenciais à validade do

⁸⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**.p. 309.

⁸⁵ Idem,p. 310.

⁸⁶ Ibidem.

ato.”⁸⁷

Quanto à forma de constituição das sociedades empresárias, existem dois grandes grupos de teorias: as teorias contratualistas e as teorias anticontratualistas:

- a) Teorias anticontratualistas: ensina Marcelo M. Bertoldi⁸⁸ que, em virtude da dificuldade de identificar no ato constitutivo da sociedade as características tradicionais dos contratos, surgiram aqueles que defendiam que o ato através do qual a sociedade é constituída não poderia ser considerado um tipo de contrato. O ato constitutivo da sociedade seria um *ato coletivo*, fruto de várias vontades que se unem formando uma única vontade, ou um *ato complexo*, considerando a ideia de que todas as vontades se fundem numa só vontade unitária que forma a sociedade.
- b) Teorias contratualistas: atualmente, no entanto, de acordo com o mesmo jurista⁸⁹, prepondera entre os doutrinadores o entendimento de que a sociedade é proveniente de um ato constitutivo de natureza essencialmente contratual. A teoria que hoje é adotada pela maioria dos estudiosos, desenvolvida pelo jurista Tullio Ascarelli, na Itália, é a *teoria do contrato plurilateral*. Segundo a referida teoria, os participantes do ato constitutivo de uma sociedade são detentores de direitos e obrigações uns em relação aos outros, no que diz respeito aos sócios, e ainda relacionando todos os sócios com a própria sociedade, de certo modo que todos possuem um objetivo comum.

⁸⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2.ed. p. 53.

⁸⁸ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed., p. 148.

⁸⁹ Idem, p. 149.

Na opinião de Assis⁹⁰, num primeiro momento se observa que a teoria do contrato plurilateral é a mais adequada para explicar a natureza do ato constitutivo da sociedade e as relações que se formam entre a nova figura e cada um de seus sócios ou entre ela e terceiros. O problema, contudo, é que essa teoria não é suficiente para justificar a possibilidade de constituição das sociedades unipessoais, que são previstas em nosso ordenamento sob a forma da subsidiária integral, por exemplo. Todo contrato tem como base um acordo de vontades, e para que haja acordo de vontades é necessário que existam, pelo menos, duas pessoas concorrendo para o ato. Além disso, o contrato também não permite o entendimento da sociedade no que diz respeito ao exercício das funções para as quais ela foi criada.

Atualmente, existe a tentativa de melhorar essa teoria para que passe a enxergar o contrato plurilateral como contrato-organização, com o objetivo específico de compreender a sociedade como um ente em movimento, isto é, levando em consideração a sua dimensão dinâmica. Essa nova teoria procura demonstrar que o centro dos contratos constitutivos de sociedades está na organização que ele cria, enquanto que, nos contratos comuns, a essência está na atribuição de direitos subjetivos a cada parte. Assim, a característica que distingue o negócio societário dos demais estaria em que, em vez da comunhão de interesses de várias partes, ele trata da organização entre as partes e a nova figura formada. A crítica que se faz a essa teoria está no fato de que não existe um regramento próprio do suposto tipo de negócio jurídico denominado organização.

Conclui-se, dessa maneira, que nenhuma das teorias atualmente existentes para exprimir a natureza jurídica do ato constitutivo de uma sociedade é suficientemente completa para definir a base do seu regime jurídico. Isso ocorre por duas razões. Em primeiro lugar, porque estamos diante de duas figuras jurídicas diferentes, que possuem a mesma classificação, mas se formam de jeitos diversos:

⁹⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2.ed. pp. 59 a 61.

a sociedade tem a pluralidade de sócios como fator ontológico, enquanto a sociedade unipessoal é constituída por uma única pessoa. Dessa forma, aplicam-se à sociedade as regras relativas aos contratos plurilaterais, em virtude da existência de um acordo de vontades; à sociedade unipessoal, por sua vez, se aplicam as disposições relativas aos negócios jurídicos unilaterais, de que também é espécie a fundação.

A segunda razão pela qual se pode concluir que nenhuma das teorias sobre a natureza jurídica do ato constitutivo é completa está no fato de que se deve considerar que as diversas teorias acima enunciadas não partem do mesmo ponto de observação. Assim como é verdade que a sociedade pode resultar de um contrato, esta também pode ser criada por ato unilateral de vontade. Além disso, é necessário também levar em conta que uma coisa é o resultado desejado; outra é o modo de produzi-lo ou de obtê-lo; outra, ainda, é o comportamento da sociedade, uma vez constituída, como ente no mundo jurídico. Para cada uma destas facetas com as quais se apresenta a sociedade, regras distintas, de categorias jurídicas diversas, são-lhe aplicáveis. Assim, as teorias da instituição, do contrato (plurilateral) e as anticontratalistas têm de ser consideradas. Trata-se de buscar uma solução que procure não ficar presa a uma única categoria de negócios jurídicos para que o intérprete possa buscar em qualquer deles a norma que, no caso concreto, deva incidir para a resolução de uma lacuna da maneira mais adequada.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, a criação de um novo sujeito de direito, a pessoa jurídica da sociedade, é um dos principais efeitos do contrato social. Para ele, os atos que constituem essa nova pessoa jurídica irão gerar “relações obrigacionais entre os seus participantes, e entre estes e o novo sujeito de direito.”⁹¹ Ainda segundo o autor, é elemento exclusivo do ato constitutivo de pessoa jurídica a aptidão que o contrato social possui “de gerar um novo sujeito de direito e,

⁹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. p. 382.

ao mesmo tempo, envolvê-lo em relações com os contratantes representa um elemento exclusivo do ato constitutivo de pessoa jurídica.”⁹²

A exemplo daquilo que ocorre com qualquer ato jurídico, se aplicam ao contrato social os requisitos de validade: “agente capaz, objeto lícito e forma legal.”⁹³

O primeiro requisito de validade, a capacidade do agente, no caso do contrato social impõe a necessidade de capacidade civil plena, adquirida com a emancipação ou a maioridade.

O segundo requisito geral de validade – a licitude, possibilidade e determinação do objeto – não comporta maiores considerações: é nula a sociedade contratada para a exploração de atividade ilícita, impossível ou sem determinabilidade.⁹⁴

Além dos requisitos gerais de qualquer ato jurídico, também devem ser preenchidos dois outros, que decorrem da natureza particular do contrato social. São eles a obrigação dos sócios de contribuir perante os demais para a exploração da atividade econômica e a necessidade de distribuição dos resultados da mesma atividade. Em outros termos, todos os sócios devem contribuir para a formação da sociedade e todos têm direito de participar dos lucros por ela gerados.⁹⁵

Coelho destaca ainda que, “para que a sociedade exista, o contrato social deve atender, no direito brasileiro, a dois pressupostos: a) a pluralidade dos sócios; b) a *affectio societatis*. Diferem essas condições dos requisitos de validade, anteriormente referidos. Isso porque a falta de um pressuposto de existência não conduz à invalidação do contrato social ou de suas cláusulas, mas à dissolução da sociedade.”⁹⁶

⁹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. p. 383.

⁹³ Idem, p. 384.

⁹⁴ Idem, p. 385.

⁹⁵ Idem, p. 386.

⁹⁶ Idem, p. 388.

Em seu livro de Direito Comercial, Fábio Ulhoa Coelho descreve, cada qual a seu tempo, os dois pressupostos de existência do contrato social:

O primeiro pressuposto de existência do contrato social é o entendimento, entre pelo menos *dois* sócios. Como a limitada é constituída por contrato, e ninguém pode contratar consigo mesmo, são necessárias pelo menos duas pessoas (físicas ou jurídicas) para a constituição da sociedade. No Brasil não se admite a sociedade limitada *constituída* unipessoalmente. A única hipótese legal de unipessoalidade originária encontra-se, entre nós, na subsidiária integral, que é a sociedade anônima constituída mediante escritura pública, por iniciativa de sociedade brasileira, subscritora de todas as ações emitidas. Nascida da vontade de um único sujeito de direito, a subsidiária integral é exemplo de sociedade institucional, ou seja, não se constitui por contrato.⁹⁷

Sobre o segundo pressuposto, o autor ensina:

O segundo pressuposto de existência do contrato social é a *affectiosocietatis*. A *affectiosocietatis* é, hoje, entendida como a disposição dos sócios em manter o esforço ou investimento comum. A utilidade do conceito de *affectiosocietatis* é pequena. Serve de referência ao desfazimento do vínculo societário, por desentendimento entre os sócios. Quando se diz ter ocorrido a quebra da *affectio*, isso significa que os sócios não estão mais motivados o suficiente para manterem os laços societários que haviam estabelecido.⁹⁸

Sobre a motivação dos sócios, Gonçalves Neto entende que, embora não se fale em limitação na ação da pessoa jurídica na busca de seus fins, “seus gestores podem ter de respeitar certas condicionantes na busca da realização desses mesmos fins.”⁹⁹

É necessário separar a atuação da pessoa natural, enquanto tal, de sua atuação como gestora da pessoa jurídica. O membro ou sócio, ao participar de qualquer dos órgãos que compõem a estrutura da pessoa jurídica, perde sua individualidade, devendo ser visto como uma peça da engrenagem do ente que constitui a pessoa jurídica. O ato praticado pela sociedade, por intermédio da pessoa natural de qualquer de seus sócios, é ato dela e não dele, que simplesmente atua como se fosse a própria sociedade.¹⁰⁰

⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. p. 388.

⁹⁸ Idem, pp. 390 a 391.

⁹⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2.ed.p. 23.

¹⁰⁰ Idem, pp. 26 e 27.

Fique claro que, mesmo no descumprimento dessas condicionantes por parte de algum dos sócios, a sociedade permanece vinculada, sendo majoritária a corrente doutrinária que defende a vinculação da pessoa jurídica em decorrência de atos realizados com excesso de poder, ficando assegurado o direito de regresso.¹⁰¹

Ocorre que, na realização da atividade econômica, por questões de mercado, muitas vezes a sociedade acaba sendo compelida a praticar atos diversos daqueles descritos no contrato social, que pela dinâmica das relações comerciais, torna-se inviável aguardar uma eventual alteração do contrato social. Do outro lado da relação, aquele que contrata com essa empresa, não deve sofrer as consequências decorrentes desse descompasso entre a atividade efetivamente desenvolvida pela empresa e aquela formalmente prevista, devido à impossibilidade prática de terceiros conhecerem com exatidão as dimensões dos poderes dos administradores. Dessa forma, a sociedade responde perante terceiros quando: (i) houver tirado proveito; (ii) houver ratificado o ato; ou, (iii) o ato atingiu terceiro de boa-fé.¹⁰²

Isso era assim antes do advento do atual Código Civil que, nesse particular, caminhou na contramão da evolução doutrinária, generalizando o tratamento do tema em detrimento dos terceiros de boa-fé. Os atos dos administradores, conforme do disposto no artigo 47¹⁰³, só obrigam a pessoa jurídica se praticados nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo. Em matéria societária, excetuando-se as sociedades por ações, todo pacto ajustado entre os sócios, constante do contrato social, é oponível a terceiros, conforme o parágrafo único¹⁰⁴ do artigo 997. Assim, se

¹⁰¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2.ed.p. 23.

¹⁰² Idem, p. 25.

¹⁰³ Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo.

¹⁰⁴ Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará:
(...)
Parágrafo único. É ineficaz em relação a terceiros qualquer pacto separado, contrário ao disposto

a sociedade atua fora do seu objeto, corretamente delimitado no estatuto, o terceiro não terá como vinculá-la ao negócio, pelo disposto no inciso terceiro¹⁰⁵ do parágrafo único do artigo 1.015.¹⁰⁶

Gonçalves Neto ensina que:

“a adoção dos modelos das sociedades de pessoas, que acarretavam a responsabilidade ilimitada de todos os sócios ou, quando não, dos seus sócios dirigentes, desestimulava essas iniciativas para enfrentar um mercado bem mais organizado e de produção em massa. Isso fez crescer o interesse na criação de um novo tipo societário que permitisse aos sócios (i) não depender de autorização governamental para sua criação, (ii) reduzir formalismos, e (iii) gozar da limitação de sua responsabilidade relativamente às operações sociais.”¹⁰⁷

Com o advento do Código Civil de 2002, se buscou dar melhor estrutura à sociedade limitada, notadamente ao tentar garantir a efetividade e a intangibilidade do seu capital social para preservar o patrimônio autônomo da sociedade e proporcionar melhor garantia aos credores com ela contratam. No entanto, passou ao largo da sociedade unipessoal, certamente por não estar na ordem do dia à época em que seu anteprojeto chegou ao Congresso Nacional, nos idos dos anos setenta do século XX. A remodelação do instituto mirou muito mais resolver a questão das limitadas do que estabelecer um regime jurídico que desse a esse tipo societário maior credibilidade e melhor segurança aos sócios e a terceiros.¹⁰⁸

A principal característica da sociedade limitada é a limitação da responsabilidade dos sócios ao valor de suas respectivas quotas e, solidariamente, até a integralização do capital social. Nesse tipo de sociedade, diferentemente de

no instrumento do contrato.

¹⁰⁵ Art. 1.015. No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir.

Parágrafo único. O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses:

(...)

III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.

¹⁰⁶ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2.ed. p. 26.

¹⁰⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. p. 298.

¹⁰⁸ Idem, p. 300.

todas as demais, existe apenas uma única categoria de sócios, que não respondem pelas obrigações sociais, mas que no papel de sócios, obrigam-se pelas contribuições que prometeram em caráter solidário, até ser integralizado o capital social.¹⁰⁹

Considerada um tipo intermediário entre sociedades de capital e de pessoas, a sociedade limitada é uma sociedade empresária. A responsabilidade dos sócios na limitada não tem nenhuma vinculação com as obrigações sociais, assim como não há que se falar em sócio *prestador de serviços*.¹¹⁰

Gonçalves Neto assevera ainda que o sócio de uma limitada, em função do regime jurídico a que está submetido, só responde “pelo pagamento da sua quota e, em solidariedade com os demais sócios, pela diferença que faltar para a integralização do capital social. Trata-se, nesses casos, de uma responsabilidade objetiva, que decorre *do status socci*.”¹¹¹. As demais responsabilidades são todas de natureza subjetiva e só surgem em decorrência dos negócios jurídicos praticados pelos sócios.¹¹²

Pode acontecer também de o sócio ser dirigente da sociedade, situação em que é possível que responda por atos que realize sem poderes suficientes, contra a lei ou contra disposição do contrato social. Neste caso específico estaremos falando de uma responsabilidade que tem por fundamento a administração irregular, que configure a conduta culposa do administrador na gestão dos negócios sociais.¹¹³

Como consequência da criação do instituto da sociedade limitada no ordenamento jurídico brasileiro, se deu um efeito considerado previsível, como relembra Gonçalves Neto:

¹⁰⁹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. p. 300.

¹¹⁰ Idem, p. 302.

¹¹¹ Idem, p. 304.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ Ibidem.

“não necessitando de capital mínimo nem de quota máxima para sua constituição, ela passou a substituir os demais tipos de sociedade de pessoas então existentes e, em pouco tempo, praticamente os fez desaparecer. Realmente podendo os sócios limitar sua responsabilidade e não responder pelas dívidas sociais, qual a razão de escolher modelos antigos, se, sem necessidade de atender formalismos maiores, podiam optar pelo novo que eliminava qualquer desses riscos?”¹¹⁴

Também com a criação da limitada, se instalou outro efeito, só que nesse caso indesejável, motivando inclusive a constituição de sociedades fantasmas. Trata-se de problema não resolvido pelo Código Civil e que se constitui na não exigência de capital mínimo, bem como da não fixação de um valor mínimo para as cotas. “Sem capital adequado, têm surgido varias sociedades aventureiras, nas quais o comerciante individual abriga-se para limitar ou excluir sua responsabilidade em empreendimentos pessoais mais ousados, constituindo-a quase sem recursos pessoais e participação figurativa de um consórcio, exclusivamente para preencher o pressuposto de pluralidade de sócios.”¹¹⁵ Ressalta Gonçalves Neto que essa realidade nada tem a ver com a *sociedade unipessoal*. O rigor na sua constituição com o estabelecimento de uma série de normas de proteção aos credores, evita esse tipo de problema.¹¹⁶

¹¹⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**.p. 299.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Ibidem.

4. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

Antes de entrar no escopo do empresário individual propriamente dito, ressalta-se, mais uma vez, a questão da condição de empresário. Nas palavras do professor RUBENS REQUIÃO, “dois elementos fundamentais – destacam geralmente os autores – servem para caracterizar a figura do empresário: a *iniciativa* e o *risco*. O poder de iniciativa pertence-lhe exclusivamente: cabe-lhe, com efeito, determinar o destino da empresa e o ritmo de sua atividade. (...) Compensando o poder da iniciativa, os riscos são todos do empresário: goza ele das vantagens do êxito e amarga as desventuras do insucesso e da ruína.”¹¹⁷

Embora parte da doutrina considere que a figura do empresário individual se encontra em extinção, Gonçalves Neto¹¹⁸ ensina que a condição atual não poderia ser mais diversa. Definido no art. 966 do Código Civil, o empresário individual ou singular “é a pessoa natural que faz do exercício da atividade econômica sua profissão.”¹¹⁹:

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

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

O Código Civil prevê ainda a obrigatoriedade da inscrição do empresário¹²⁰, considerada um ato declaratório, que tem por objetivo dar publicidade à nova

¹¹⁷ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, 1º volume**. 29. ed. rev. e atual. p. 109.

¹¹⁸ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. p. 67.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:

I - o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens;

II - a firma, com a respectiva assinatura autógrafa;

III - o capital;

IV - o objeto e a sede da empresa.

§ 1o Com as indicações estabelecidas neste artigo, a inscrição será tomada por termo no livro

condição jurídica que o empresário adquire ao exercer a atividade econômica. Gonçalves Neto prossegue ensinando que “Incidem em erro palmar aqueles que acham ser a inscrição constitutiva da qualidade de pessoa jurídica do empresário. O empresário, sua empresa individual, a então denominada firma individual não são nem em algum momento foram alçadas à condição de pessoa jurídica. Personalidade jurídica é tema que diz respeito às sociedades em geral.”¹²¹

É fundamental deixar claro que a condição que confere ao empresário este status é o exercício da atividade econômica, e não a inscrição em si. De forma clara, Gonçalves Neto esclarece que “exercendo atividade econômica na forma descrita pelo art. 966, está sujeito à inscrição. Essa inscrição, mesmo devendo anteceder o exercício da atividade, não é constitutiva da qualidade de empresário. Assim, se alguém faz sua inscrição perante a Junta Comercial como empresário individual, mas não exerce nenhuma atividade econômica, ou exerce atividade econômica que não é própria de empresário, não será considerado como tal.”¹²²

Em outras palavras, e ainda utilizando as lições de Gonçalves Neto, considerando que a inscrição é obrigatória, a ausência da inscrição impede que o empresário exerça sua empresa, embora não deixe de ser empresário caso descumpra essa obrigação. Por outro lado, ao descumprir com a obrigatoriedade, o empresário “sujeita-se a responder por perdas e danos perante eventuais prejudicados, consoante estatuído no art. 1.151, § 3º, do Código Civil (...). Mas não é só essa sanção, visto que o empresário que não inscrito perante o Registro Público

próprio do Registro Público de Empresas Mercantis, e obedecerá a número de ordem contínuo para todos os empresários inscritos.

§ 2º À margem da inscrição, e com as mesmas formalidades, serão averbadas quaisquer modificações nela ocorrentes.

§ 3º Caso venha a admitir sócios, o empresário individual poderá solicitar ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação de seu registro de empresário para registro de sociedade empresária, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.

¹²¹ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.** p. 72.

¹²² Ibidem.

de Empresas Mercantis jamais conseguirá exercer regularmente sua atividade.”¹²³

Importante também clarear, com o auxílio de Romano Cristiano, que a “firma individual, conforme já vimos, não é pessoa jurídica, como muitos entendem. Ela nada mais é do que a pessoa física do comerciante individual. Assim, falecido o comerciante, termina também, *ipso facto*, a firma individual, cujo registro deve ser cancelado.”¹²⁴

Rubens Requião afirma, em sua obra Curso de Direito Comercial, que “à firma individual (hoje denominada *firma mercantil individual* pela Lei nº 8.934, de 18-11-1994, art. 32, II, a) do empresário individual, registrada no Registro do Comércio, atualmente Registro Público de Empresas Mercantis, chama-se também de *empresa individual e empresário*, pelo Código Civil.”¹²⁵

Para o professor Requião, ainda, “o empresário individual é a própria pessoa física, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer sejam comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do direito tributário, somente para o efeito do imposto renda(...)”¹²⁶

Romano¹²⁷ ainda esclarece que não há que se falar em personalidade jurídica do comerciante individual, ainda que jurídica fosse a personalidade que teria a empresa, caso isso fosse possível. Uma vez que a empresa “se identifica com a pessoa, física ou jurídica, de seu proprietário, concluímos que a firma individual, no caso de seu titular falecer ou não querer mais trabalhar, deveria apenas ser objeto, nas repartições públicas, de baixa, pura e simples, desaparecendo, assim, a própria empresa.”¹²⁸

¹²³ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil.** p. 73.

¹²⁴ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica.** pp. 126 a 127.

¹²⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, 1º volume.** 29. ed. rev. e atual. p. 110.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica.** p. 127.

¹²⁸ Idem, p. 144.

Característica marcante que afeta o empresário individual é o fato de que este “responde ilimitadamente, isto é, com seu patrimônio inteiro, parte comercial e parte civil, pelas obrigações comerciais assumidas.”¹²⁹ Ao responder de forma ilimitada, o empresário se sujeita a consequências que “podem ser trágicas, pois o mau êxito dos negócios pode acarretar a ruína completa do comerciante individual, o qual fica, assim, em posição de enorme desvantagem, com relação a todos aqueles que exercem o comércio através de sociedades. Por outro lado, por ser pessoa física, a firma individual não pode ser transformada em sociedade, nem ser transferida a terceiro, por ato *inter vivos* ou *mortis causa*.”¹³⁰

A respeito da impossibilidade de transferência a terceiro por *mortis causa*, Romano Cristiano observa que “uma vez que não se pode registrar firma individual em nome do espólio, a empresa durante o inventário ficaria parada, aguardando a partilha ou a adjudicação, para posterior registro de novo titular, pessoa física ou jurídica.”¹³¹

Também é preciso consignar que é condição necessária ao empresário a capacidade civil plena, adquirida com a emancipação ou a maioridade, sendo proibido a menores ou aos civilmente incapazes.¹³²

Gonçalves Neto lança luz sobre o assunto e esclarece que “a capacidade, de que se trata – e agora consagrada em lei –, não é a capacidade civil, mas uma capacidade especial, para o exercício da empresa, que diz respeito às condições necessárias do agente para o exercício da atividade de empresário em caráter profissional (...). Essa capacidade é atingida com o preenchimento destas duas exigências legais: (i) capacidade civil plena e (ii) ausência de impedimento legal.”¹³³

¹²⁹ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. pp, 148 a 149.

¹³⁰ Idem, pp. 124 a 125.

¹³¹ Idem, p. 126.

¹³² GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. p. 83.

¹³³ Ibidem.

Ao tratar dos dispositivos do Código Civil, o professor Gonçalves Neto ensina que “além da capacidade civil, é preciso que a pessoa natural, que irá dedicar-se à atividade empresária, não esteja legalmente impedida. (...) no lugar de proibição, o Código Civil refere-se, com melhor técnica, a *impedimentos*, que compreendem tanto as *proibições*, que têm cunho geral, quanto as *limitações* ao exercício da atividade empresarial, consoante, respectivamente, sejam de cunho geral ou restrito.”¹³⁴

Proibições e limitações são, portanto, espécies de impedimentos, que segundo Gonçalves Neto são assim distinguidas:

As proibições para o exercício profissional de atividade empresária vigoram para os funcionários públicos em geral, aí incluídos os professores das universidades estatais, inclusive de âmbito estadual; apanha, também, para os magistrados, os militares, e o falido enquanto não julgadas extintas suas obrigações ou não for ele penalmente reabilitado. Ao lado dessas proibições existem as *limitações* ao exercício do comércio, que não têm o caráter de generalidade, próprio daquelas: ora se materializam por meio de uma *vedação* ora exigem uma prévia *autorização* para seu exercício pela iniciativa privada.¹³⁵

No que diz respeito à participação de incapaz na administração de empresa, prevalece a posição doutrinária de que tal possibilidade inexiste. O motivo estaria no fato de que “sendo incapaz, não lhe é dado praticar livremente os atos que tal administração dele exigiria.”¹³⁶

¹³⁴ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. pp. 84 e 85.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Idem p. 85.

5. SOCIEDADE UNIPESSOAL

Segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

“a sociedade unipessoal é uma realidade, não só no Brasil (com a consagração legislativa da subsidiária integral) como no exterior, e a teoria institucionalista, que afasta a natureza contratual das sociedades, tem sido cada vez mais prestigiada, não sendo recomendável que o legislador opte por uma das correntes contestadas por expressiva parte da doutrina. Pode-se argumentar que o substrato da sociedade está na união de duas ou mais pessoas; nesse caso, a sociedade unipessoal seria outra figura, mas visando o mesmo fim. Por isso, a doutrina a considera espécie do gênero sociedade. Outra designação poderia afastá-la do regramento próprio da matéria societária.”¹³⁷

Fábio Ulhoa Coelho, por sua vez, afirma que

“é óbvio que, em se adotando as categorias de classificação das sociedades empresárias desenvolvidas pela tecnologia, e não tergiversando ao raciocínio lógico, a sociedade limitada originariamente unipessoal não pode ser incluída entre as contratuais; deve ser considerada, pelo contrário, exemplo de sociedade institucional. Mas essa discussão, na verdade, é infértil, porque a pesquisa da classificação de uma sociedade segundo o regime constitutivo e dissolutório é útil na solução de problemas práticos, relacionados a conflitos entre os sócios. De fato, em determinadas situações, os interesses dos membros da sociedade se antagonizam em tal medida que se dá o desfazimento do vínculo entre eles. A classificação das sociedades em contratuais ou institucionais tem relevância nesse momento. Ora, na sociedade limitada unipessoal não existe tal possibilidade, porque o sócio único manifesta sempre um só interesse. Assim, apontar o caráter contratual da sociedade como dificuldade à admissão da unipessoalidade originária, como parece fazer certa doutrina, é, a rigor, um falso problema.”¹³⁸

5.1 UNIPESSOALIDADE TEMPORÁRIA

Antes do recente advento da Lei 11.441/11 existiam somente duas situações em que o ordenamento jurídico brasileiro permitia a unipessoalidade. Uma dessas situações diz respeito à subsidiária integral, da qual trataremos a seguir, e a outra trata das chamadas sociedades unipessoais temporárias.

Essa segunda possibilidade, conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho, diz

¹³⁷ GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil**. p. 110.

¹³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. p. 389.

respeito à “hipótese legal de uma unipessoalidade incidental e temporária da limitada. Quer dizer, a sociedade, contratada entre dois sócios, que, posteriormente, por força de uma das causas de dissolução parcial, tem sua composição reduzida a um só membro.”¹³⁹ Em outras palavras, diz respeito àquelas sociedades que não foram originalmente criadas como unipessoais, mas que, por algum motivo, acabaram remanescendo com apenas um sócio em seu quadro social.

No caso das sociedades por ações, Bertoldi ensina que “a Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), em seu art. 206, prevê a continuidade da sociedade que, por qualquer motivo, remanesça com apenas um sócio, se o mínimo de dois for reconstituído no prazo de até um ano.”¹⁴⁰ No caso das demais espécies de sociedades, ressalta-se, antes da criação da EIRELI, Bertoldi completa o raciocínio, ainda, no sentido de que “essa regra aplica-se também às demais sociedades do Código Civil, por força do seu art. 1.033, IV, reduzindo, no entanto, o prazo para a recomposição da pluralidade de sócios para 180 dias (...).”

5.2 SUBSIDIÁRIA INTEGRAL (S.A.)

Bertoldi continua os casos de unipessoalidade no ordenamento jurídico brasileiro citando a segunda situação onde é permitida:

“(...) a chamada subsidiária integral, que, nos termos do art. 251 da Lei 6.404/76, conta com um único sócio e deverá ter como instituidora uma sociedade brasileira. A sociedade instituidora não precisa necessariamente ser uma sociedade anônima, mas a subsidiária integral deverá ser constituída como tal. Não há motivo para que no Brasil não se institua definitivamente a sociedade unipessoal com responsabilidade limitada. Trata-se de evolução necessária, especialmente para o fomento da pequena e média empresa. Se não por outro motivo, sua previsão legal é necessária para que não mais tenhamos que conviver com as chamadas sociedades fictícias, criadas por duas pessoas, uma com a quase totalidade das quotas e outra com apenas ínfima parcela do capital social. Essa divisão entre os sócios é perfeitamente lícita, mesmo deixando transparecer claramente a intenção do sócio majoritário em utilizar-se da sociedade tão-somente para proteger seu patrimônio pessoal, não carreado para a integralização do

¹³⁹COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. p. 390.

¹⁴⁰BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed., p. 173.

capital social.”¹⁴¹

Sobre esse tipo de sociedade por ações, Rubens Requião ensina que “no direito brasileiro sempre repugnaram as sociedades unipessoais, constituídas de um sócio apenas. A lei atual abriu uma exceção, entretanto, ao rígido princípio doutrinário, permitindo legalmente a companhia formada de um sócio apenas, no caso de subsidiária, a que chama de ‘subsidiária integral’.”¹⁴²

Bertoldi¹⁴³ complementa afirmando que a sociedade subsidiária integral representa exceção à regra de que as sociedades precisam contar com no mínimo dois sócios para serem constituídas. A sociedade unipessoal, constituída obrigatoriamente como uma sociedade anônima mediante escritura pública pode ter desde a sua criação um único acionista, que deve ser sempre uma sociedade brasileira.

Explicando a constituição da mesma, Requião¹⁴⁴ defende que, tendo a sociedade um único acionista, devendo ser uma sociedade brasileira, tal tipo de sociedade se separa da sociedade principal, que lhe subsidia o capital e a constitui, para se tornar uma nova pessoa jurídica. A lei proíbe a constituição de subsidiária integral em uma companhia estrangeira.

Requião explica o processo de fusão de uma subsidiária integral dizendo:

Mas uma companhia, normalmente constituída, pode ser convertida em subsidiária integral, mediante aquisição, por sociedade brasileira, de todas as suas ações. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à assembleia geral das duas companhias, mediante protocolo, como se elabora no processo comum de incorporação ou fusão. Compete à assembleia geral da companhia incorporadora aprovar a operação, autorizando-lhe o aumento de capital a ser realizado com as ações a serem incorporadas após a avaliação destes. Os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, que é todo tomado pela companhia incorporadora.¹⁴⁵

¹⁴¹ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed., pp. 170 e 171.

¹⁴² REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, 2º volume**. 25.ed. p. 282.

¹⁴³ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed., pp. 359 e 360.

¹⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, 2º volume**. 25.ed. p. 283.

¹⁴⁵ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, 2º volume**. 25.ed. p. 283.

Na mesma esteira, o autor assevera que “A assembléia geral da companhia, cujas ações houverem de ser incorporadas, somente poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto. Aprovada a incorporação, a assembléia autorizará a diretoria a subscrever o aumento de capital da sociedade incorporadora, por conta de seus acionistas.”¹⁴⁶

Arremata Requião:

Aprovado o laudo de avaliação pela assembléia geral da incorporada, efetuar-se-á a incorporação, na forma do protocolo. Os titulares das ações da incorporada receberão diretamente da incorporadora, em substituição das ações que possuírem, as ações que lhes couberem. Passam eles, assim, a ser acionistas da incorporadora, e esta transforma-se em único acionista da subsidiária integral.¹⁴⁷

5.3 SOCIEDADES FICTÍCIAS

Quanto às sociedades fictícias, iniciamos com Romano Cristiano esclarecendo, preliminarmente, que “devemos ressaltar, de antemão, que o próprio legislador brasileiro revelou certa tendência no sentido da limitação da responsabilidade dos comerciantes.”¹⁴⁸

Ainda segundo o autor:

Fora da anônima, portanto, a regra era a responsabilidade ilimitada. Essa regra virou exceção com o advento da sociedade por quotas de responsabilidade limitada em 1919. De sorte que hoje em dia em ambos os tipos comuns de sociedades comerciais, “anônima”, para empreendimentos grandes, e “limitada”, para empreendimentos pequenos, é perfeitamente limitada a responsabilidade dos sócios.¹⁴⁹

Ao discorrer sobre a condição do comerciante individual, Romano Cristiano

¹⁴⁶ Idem, p. 284.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. p. 138.

¹⁴⁹ Idem, p. 139.

ensina:

O único que ainda é obrigado, por lei, a responder ilimitadamente pelas obrigações comerciais assumidas é o comerciante individual. Mas responsabilidade ilimitada é fardo pesado demais e muitos comerciantes individuais, para resolver esse problema, criam situações jurídicas que, perfeitamente legais quanto à forma, não passam, no fundo, de estratégias para burlar a lei.¹⁵⁰

Sobre as sociedades unipessoais de fato, também conhecidas como sociedades fictícias, Romano Cristiano explica: “a pessoa do sócio foi perdendo importância, até desaparecer por completo atrás do véu da personalidade jurídica. Foi aí que o comerciante se deu conta que, mesmo continuando a usufruir as vantagens oferecidas pela sociedade, poderia ao mesmo tempo ter sólida posição decorrente do exercício individual do comércio. Acabou surgindo, assim, figura jurídica nova, que apresenta a seguinte anomalia: forma de sociedade e substância de comerciante individual. Trata-se da chamada ‘sociedade de fachada’, ou sociedade unipessoal de fato”.¹⁵¹

Para Fábio Ulhoa Coelho, “rejeitar a sociedade limitada originariamente unipessoal na origem é um despropósito, porque é fácil configurar-se o contrato social de modo a alcançar resultados bem próximos aos da unipessoalidade originária, atuando estritamente no campo do lícito. De fato, como não há, na lei, percentual mínimo para a participação do sócio, o empreendedor que dispõe, sozinho, dos recursos necessários à implantação da empresa, e deseja beneficiar-se da limitação da responsabilidade, decorrente da personalização da sociedade limitada, pode constituí-la com um irmão ou amigo, a quem reserva uma reduzidíssima participação. O empreendedor, por exemplo, subscreve 99,99% do capital social e o seu sócio 0,01%. A sociedade assim formatada atende ao pressuposto da pluralidade de sócios, mas, convenha-se, não apresenta nenhuma

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ CRISTIANO, Romano. **Personificação da Empresa**. p. 25.

diferença, em termos econômicos, da figura da sociedade limitada constituída por um único sócio (ou do empresário individual de responsabilidade limitada).¹⁵²

Iluminando a ótica da formação individual da empresa, Romano Cristiano afirma que “A empresa comercial individual, dotada de personalidade própria, não existe ainda ‘de direito’, isto é, não obteve ainda o reconhecimento oficial, direto, por parte do legislador brasileiro. Existem, porém, por mais estranho que isto possa parecer, diversas empresas, geralmente enquadráveis nos esquemas jurídicos vigentes e funcionando de pleno acordo com a lei, que, se analisadas com relativa profundidade, revelam ser empresas individuais com personalidade própria no sentido mais amplo que atribuímos no presente caso à palavra individual”.¹⁵³

Em relação à sociedade fictícia e unipessoal, assim se manifesta José Edwaldo Tavares Borba: “admitindo esse tipo de sociedade, por que não acolher amplamente a sociedade unipessoal? O direito societário certamente evoluirá nessa direção, de modo a admitir-se a personalização de um patrimônio, sob a forma de sociedade, sem cogitação do número de sócios”.¹⁵⁴

Para Romano Cristiano, “a solução ideal para todos esses problemas seria, a nosso ver, a outorga de personalidade jurídica à ‘empresa individual’. Atribuir-se-ia, assim, personalidade jurídica a uma universalidade de bens, materiais e imateriais, e uma universalidade de fato, que se transformaria, conseqüentemente, em universalidade de direito – conjunto de relações ativas e passivas.”¹⁵⁵

¹⁵²COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. pp. 389 a 390.

¹⁵³CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. pp. 153 a 154.

¹⁵⁴BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 6. ed. p. 30.

¹⁵⁵CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. p. 149.

5.4 EMPRESÁRIO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI)

Na opinião de Romano Cristiano, a empresa individual se apresenta como uma unidade econômica independente bem definida, separada de maneira clara da pessoa do seu proprietário. Nada impede, assim, que ela receba a personalidade jurídica, deixando de ter somente uma existência de fato para se tornar um sujeito de direito, capaz, como outros tipos de entes ideais, de direitos e obrigações.¹⁵⁶

Quanto à materialização da empresa individual de responsabilidade limitada, o jurista apresenta como solução que seja feita da seguinte forma: a) através da inscrição obrigatória de seus dados junto ao Registro Público de Empresas Mercantis; b) através dos lançamentos contábeis em geral constantes dos livros, dos balanços, das declarações do imposto de renda etc., que podem revelar, a qualquer momento, a situação patrimonial da EIRELI, já que normalmente acontece dos valores registrados a título de capital social serem diferentes dos bens do empresário.¹⁵⁷

Uma vez criada a empresa individual com personalidade jurídica, caberia definir as peculiaridades quanto ao nome, que o professor sugere que seja formado por uma “expressão individualizadora da entidade”, mais uma “expressão alusiva ao objetivo comercial da empresa”, mais uma “expressão alusiva ao tipo de pessoa jurídica”, ao todo três elementos bem distintos um do outro.¹⁵⁸

No que diz respeito à propriedade, para ele pode ser de qualquer pessoa física, qualquer pessoa jurídica, e também de “espólios”. Ressalta-se que, em sob a ótica que rege o mesmo investimento considerado para a formação de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, ser proprietário de uma empresa

¹⁵⁶ Idem, p. 150.

¹⁵⁷ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. pp. 157 e 158.

¹⁵⁸ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. pp. 160 e 161.

individual equivaleria à simples aplicação de capital. Deveria ser observada, contudo, a possibilidade de administração da EIRELI pelo proprietário, ou a nomeação de um administrador “não sócio”, pois, por equiparação, o administrador é que deverá apresentar a capacidade especial disposta no Código Civil para exercer a atividade de empresa.¹⁵⁹

Quanto à responsabilidade do proprietário, deve ser limitada ao valor total do capital declarado na sua constituição, devidamente integralizado.¹⁶⁰ O capital, expresso em moeda nacional, poderia compreender, além de valores em espécie, qualquer tipo de bens móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, que possam ser avaliados em dinheiro.¹⁶¹

A atividade objeto da EIRELI deverá ser sempre empresarial.¹⁶²

A transferência de propriedade da EIRELI poderia ocorrer por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, a título gratuito ou oneroso, por instrumento público ou particular.¹⁶³ Além disso, “sem qualquer perigo para a continuidade da empresa, a pessoa jurídica ‘empresa individual’ poderá tornar-se, por simples processo de transformação, pessoa jurídica “sociedade”, a qual tanto poderá ser anônima como por quotas de responsabilidade limitada, excluídos os demais tipos de sociedades comerciais, isto é, as sociedades de pessoas”¹⁶⁴.

5.4.1 Lei 12.441 de 11 julho de 2011: *legem referenda*

A Lei 12.411, de 11 de julho de 2011, trouxe ao nosso ordenamento jurídico

¹⁵⁹ Idem, p. 162.

¹⁶⁰ Idem, p. 163.

¹⁶¹ Idem, p. 165.

¹⁶² Idem, p. 166.

¹⁶³ Idem, p. 167.

¹⁶⁴ CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. p. 169.

a possibilidade de atribuir personalidade jurídica ao empresário individual. Tal ato promove, entre outras consequências, a autonomia patrimonial do empresário individual, ou seja, a separação do patrimônio do proprietário em relação à empresa individual de responsabilidade limitada que atende às regras previstas para as sociedades limitadas.

A Lei limita o registro de uma única empresa individual de responsabilidade limitada por pessoa natural, e ainda cria a possibilidade da concentração de quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração, de modo que pode ocorrer a transformação do tipo societário.

A nomenclatura empresarial deverá incluir a expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social, a fim de representar uma empresa individual de responsabilidade limitada.

Como em uma sociedade limitada, a responsabilidade do empreendedor será restrita ao valor do capital social (Art. 1.052).

Com essa criação, que mais é uma ratificação da realidade econômica atual, o legislador buscou, entre outras coisas, regularizar a situação das muitas sociedades fictícias criadas para fugir da responsabilidade ilimitada de um empreendedor e facilitar questões que envolvem a sociedade unipessoal temporária, reduzir as dificuldades provenientes da aplicação do direito das sucessões quando do falecimento de um empresário individual, possibilitar a aplicação justa e correta das normas fiscais, fomentar a atividade empresarial e promover a regularização do exercício informal da atividade de empresa.

Possivelmente, contudo, a grande questão que envolve a criação da figura Empresário Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI – é a que diz respeito à própria teoria da separação do patrimônio. Para tratar dessa questão, é necessário retomar o assunto relativo ao estabelecimento, já mencionado no capítulo que diz respeito à empresa e sociedade limitada.

O estabelecimento nasce da reunião de vários tipos de bens, de natureza distinta. É considerado juridicamente, assim, uma *universalidade de fato*, ou seja, um conjunto de coisas independentes, podendo ser compostas ou simples, materiais ou imateriais, que é criado como manifestação da vontade de um sujeito de destiná-los a um único fim. Diferencia-se, desse modo, da *universalidade de direito*, que é *um conjunto formado pela lei para unificação de relações jurídicas ativas e passivas*. Em resumo, nas palavras de Bulgarelli, “a universalidade de direito (*universitas juris*) é um conjunto de direitos (relações ativas e passivas), enquanto a universalidade de fato (*universitas fact*) é um conjunto de objetos de direito.”¹⁶⁵

Para o professor Requião:

“Compõe-se o estabelecimento comercial de elementos corpóreos e incorpóreos, que o empresário comercial une para o exercício de sua atividade. Na categoria dos bens, por outro lado, é classificado como *bem móvel*. Não é consumível nem fungível, apesar da fungibilidade de muitos elementos que o integram. Sendo *objeto de direito* constitui propriedade do empresário ou da sociedade empresária, que é o seu dono, sujeito do direito.”¹⁶⁶

Não há possibilidade de conceituar o estabelecimento como uma *universitas juris*, já que no direito brasileiro a *universalidade de direito* só se constitui por força de lei.¹⁶⁷

Na tentativa de solucionar o problema, Saleilles criou uma categoria jurídica formada por uma parte do patrimônio de um sujeito *afetado* ou destinado a um fim específico. Essa categoria foi concebida como o *patrimônio de afetação*, ou *patrimônio separado*, e a intenção seria de que tal patrimônio teria uma certa autonomia, como se de alguma forma pudesse figurar como sujeito de direito. Dessa forma seria possível entender certos tipos jurídicos que possuem uma dada autonomia subjetiva mesmo sem ter personalidade. O ordenamento jurídico brasileiro, contudo, não admite tal categoria. Sendo assim, se não se pode considerar o estabelecimento nem uma universalidade de direito, nem patrimônio

¹⁶⁵ BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades Comerciais**. 2. ed. p. 52.

¹⁶⁶ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, 1º volume**. 29. ed. rev. e atual. p. 320.

¹⁶⁷ Idem, p. 321.

separado, só se poderia conceituá-lo como universalidade de fato, o que corresponde a simplesmente enunciar uma evidência, sem explicar nada sob o aspecto jurídico, pois tal afirmação, de que o estabelecimento é um conjunto de bens unidos por vontade do sujeito, nada mais é que uma simples constatação.¹⁶⁸

Tal questão veio a ser resolvida com a Lei 10.406/2002, que instituiu o novo Código Civil. Nas palavras de Requião:

“O Código Civil, com efeito, conceitua o estabelecimento comercial como um complexo de bens organizado pelo empresário para exercício da empresa (art. 1.142), podendo ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza(art. 1.143). Assim, pela primeira vez, surgiu no direito brasileiro a disciplina jurídica do estabelecimento comercial de forma definida e clara, pondo fim às dúvidas e incertezas que inçavam a doutrina e a jurisprudência.”¹⁶⁹

O estabelecimento, portanto, seria uma espécie de bem incorpóreo, formado de um conjunto de bens que mantêm cada um a sua individualidade própria, não se fundindo numa coisa só.¹⁷⁰

Ocorre que, em primeiro lugar, nas palavras de Waldírio Bulgarelli, “posto que o patrimônio da pessoa responde por suas obrigações (art. 591 do Código de Processo Civil) e que todas as pessoas (físicas ou jurídicas) possuem um patrimônio, e um só, o estabelecimento integra-se como parte do patrimônio.”¹⁷¹

E considerando, ainda, a unidade do patrimônio, a separação patrimonial pretendida para a EIRELI, que seria entre o patrimônio pessoal e o comercial, resta prejudicada. Sobre o assunto, Bulgarelli explica que “em relação ao comerciante individual não há qualquer distinção entre a parte que ele destinou ao comércio e o restante de seu patrimônio, isto porque o patrimônio é *uno*, apesar de algumas exceções estabelecidas pela lei, em função de certas necessidades”.¹⁷²

¹⁶⁸ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, 1º volume**. 29. ed. rev. e atual. p. 321.

¹⁶⁹ Idem, p.326.

¹⁷⁰ BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades Comerciais**. 2. ed. p. 53.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades Comerciais**. 2. ed. p. 53.

De fato, a teoria da separação do patrimônio considerada para a criação da EIRELI não parece ter levado em consideração a premissa de que a responsabilidade limitada não diz respeito à sociedade, pois esta responde ilimitadamente com todo o seu patrimônio, e não somente até o limite de seu capital social; quem detém a limitação da responsabilidade, e ainda de forma não absoluta, são os sócios formadores da sociedade. O limite da responsabilidade, portanto, está sempre no montante total do patrimônio, visto que, nas palavras do renomado jurista, “o nosso direito acolhe o princípio da responsabilidade patrimonial, constituindo o patrimônio do devedor a garantia comum dos credores.”¹⁷³ E partindo dessa premissa, como juridicamente não existe a previsão de separação do patrimônio em civil e comercial, já que o patrimônio é uno, o empresário individual, ainda que tivesse personalidade jurídica e destinasse parte de seu patrimônio exclusivamente à atividade empresarial, responderia com todo o seu patrimônio.¹⁷⁴

Quanto a essa questão, a Lei não traz muitas soluções, visto que aplica subsidiariamente as regras destinadas à sociedade limitada. Nesse aspecto, ou consideraríamos que não houve efetivamente a limitação da responsabilidade do empresário individual, ou à EIRELI não se aplicaria o princípio da responsabilidade patrimonial, ou, ainda, a Lei 12.441/2011 modificou a unidade do patrimônio até então premissa do nosso ordenamento jurídico.

¹⁷³ Idem, pp. 53 a 54.

¹⁷⁴ Idem, p. 55.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho desenvolvido visou o abordar o tratamento atual da personalidade jurídica pelo ordenamento brasileiro, a fim de entender sua possível aplicação à nova figura criada pela Lei 12.441/2011 para exercício de atividade empresária: a EIRELI.

Para o desenvolvimento deste trabalho foi necessário compreender as teorias que tratam da natureza e atribuição da personalidade jurídica, bem como as possibilidades de admitir em nosso ordenamento a sociedade unipessoal e a empresa individual de responsabilidade limitada. Assim, buscou-se através de obras de diversos juristas, escritas ao longo de momentos diferentes da realidade brasileira e sob a vigência de normas diferentes, a origem dessa discussão, os problemas que vêm surgindo desde então acerca do tema e as soluções propostas para esses problemas, tentando chegar à solução (ou ao novo problema) trazida pela citada Lei.

Constatou-se com as pesquisas que o problema envolvendo a responsabilidade ilimitada dos empresários individuais existe há muito tempo e vem se agravando com o desenvolvimento econômico do país e a necessidade cada vez maior da criação de novas atividades empresariais, novos objetos de consumo, novos serviços a serem prestados etc. Além disso, verificou-se ainda que o tema da personalidade jurídica, no que diz respeito à sua natureza e atribuição, foi objeto de diversas teorias que tratavam de variações entre a ideia de que é criada, atribuída, e a de que é reconhecida pelo ordenamento. Tais teorias ainda são discutidas na atualidade, e não há um consenso a respeito de qual é a melhor, havendo, inclusive, o conselho por parte de importantes doutrinadores para que sejam consideradas várias delas a fim de explicar todas as formas em que nosso ordenamento utiliza a personalidade jurídica.

Também se verifica a quase inexistência de preocupação de boa parte dos autores sobre a diferenciação entre a sociedade unipessoal e a empresa individual de responsabilidade limitada e, em que pese existir a possibilidade de diferenciação

entre elas, a Lei 12.441/2001 optou por tratá-las de forma igual, permitindo, por exemplo, a conversão de uma sociedade limitada formada temporariamente por um único sócio em uma EIRELI.

Conclui-se que a Lei 12.441/2011 trouxe a EIRELI ao nosso ordenamento visando essencialmente regularizar uma realidade, buscando a responsabilidade limitada e separação patrimonial entre empresa e empresário, sem contudo considerar questões importantes como o princípio da responsabilidade patrimonial, a unidade do patrimônio e a eficácia dessa separação patrimonial. Não se preocupou referida lei em abordar as peculiaridades envolvendo a personalidade, nem dar qualquer tratamento diferenciado considerando a natureza da figura, mais institucional que negocial, o que se verifica ao analisar o §6º do art. 980-A que dispõe que “Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.”¹⁷⁵

Contudo, em que pese a simplicidade com que tratou do tema, a Lei trouxe uma inovação de grande importância ao Direito Societário, e espera-se que a partir de tal figura seja possível a discussão das questões que ela envolve e se possibilite o desenvolvimento econômico do país e a qualidade de vida de pessoas que, sozinhas, se dedicam ou desejam se dedicar à atividade empresária.

A partir deste trabalho, seria importante desenvolver a aplicabilidade das normas que tratam das sociedades limitadas à EIRELI e, mais importante, como dar efetividade à separação patrimonial pretendida pela citada Lei e como isso poderia ser solucionado dentro do ordenamento jurídico brasileiro atual.

¹⁷⁵ Lei nº. 12.411 de 11 de julho de 2011, art. 2º.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 16 nov. 2011.

_____. Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm>. Acesso em: 16 nov. 2011.

BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: direito de empresa**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRISTIANO, Romano. **A empresa individual e a personalidade jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

_____, Romano. **Personificação da Empresa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

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

_____, Alfredo de Assis. **Lições de direito societário: regime vigente e inovações do novo Código Civil**. 2.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; CATANESE, Andrea Di Fuccio. **Direito de empresa no novo código civil: empresário individual e sociedades: sociedade limitada**. São Paulo: Atlas, 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial, 1º volume**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Rubens. **Curso de direito comercial, 2º volume**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, Maurício Faria da. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

Universidade Federal do Paraná. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: Referências**. Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

_____. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: Citações e notas de rodapé**. Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

_____. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: Redação e editoração**. Curitiba: Ed. UFPR, 2007.

_____. Sistema de Bibliotecas. **Normas para apresentação de documentos científicos: Teses, dissertações, monografias e outros trabalhos científicos**. Curitiba: Ed. UFPR, 2007.