

FÁBIO LEANDRO TOKARS

A SOCIEDADE UNIPESSOAL EM FACE DA TEORIA DA EMPRESA

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Professora Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro.

CURITIBA

1999

FÁBIO LEANDRO TOKARS

A SOCIEDADE UNIPESSOAL EM FACE DA TEORIA DA EMPRESA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos Professores:

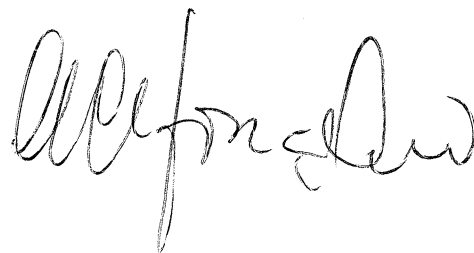
Orientadora: Professora Doutora Márcia Carla Pereira Ribeiro



Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Professor

Alfredo de Assis Gonçalves Neto



Setor

UFPR

Professor

James J. Martins de Souza

Setor

Dirito - PUC PR



À Professora Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro, pelo incentivo e pela orientação sempre precisa.

Ao meu pai, por ensinar, entre tanto mais, o respeito aos livros e a seriedade no trabalho.

A Gisele, pela doçura de todos os dias e pela compreensão nas noites de trabalho.

À pequena Beatriz, justificativa para qualquer esforço.

SUMÁRIO

. Resumo	viii
. Introdução	09
I. O SUJEITO DE DIREITO NO DIREITO COMERCIAL	13
1. Noções gerais	13
2. Períodos subjetivista e objetivista	14
3. O critério misto e a teoria da empresa	18
4. Sujeito de direito do direito mercantil pátrio	21
5. A disciplina do comerciante individual	25
6. Sociedades comerciais	29
7. Sociedades unipessoais	37
7.1. A subsidiária integral	45
8. O empresário	51
9. A empresa	56
9.1. Conceito	57
9.1.1. No direito francês	62
9.1.2. No direito italiano	63
9.1.3. No direito brasileiro	67

9.2. Natureza jurídica	69
9.3. Alguns aspectos relevantes da empresa para o Direito	75
9.3.1. Direito do trabalho	76
9.3.2. Lei antitruste	77
9.3.3. Registro empresarial	78
9.3.4. Projeto de Código Civil	79
9.4. A proposta da personificação jurídica da empresa	84
 II – PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO	90
1. Definição de personalidade jurídica	90
2. Consolidação histórica da personificação das sociedades comerciais ..	91
3. Personificação das sociedades de fato	99
4. Conseqüências da personificação	104
4.1. A limitação da responsabilidade como corolário	
da personificação jurídica dos comerciantes coletivos	105
4.2. A irrealidade do capital social	107
4.3. A irrealidade do patrimônio social	110
5. O tratamento diferenciado aos comerciantes individuais	112
6. A necessidade de aceitação jurídica das sociedades	
unipessoais originárias	115
 III. A PROPOSTA DE AMPLA PERSONIFICAÇÃO JURÍDICA DA	
SOCIEDADE UNIPESSOAL	123
1. Breve revisão conceitual	123

2. Sociedades unipessoais e personificação	124
2.1. A intenção da lei e a realidade atual	126
2.2. Sociedades unipessoais de fato	127
2.2.1. Sociedade entre cônjuges	129
2.2.2. Sociedade entre pais e filhos	131
2.2.3. Preponderância de um sócio	131
3. Questões referentes à responsabilidade limitada da sociedade unipessoal	133
4. Argumentos favoráveis e contrários à limitação de responsabilidade .	143
4.1. Noção de empresário como fundamento de limitação de responsabilidade	148
4.2. Argumento final em favor da proposta de reforma legislativa.	149
5. Construção histórica da personificação da unipessoal originária	151
6. A conformação jurídica da sociedade unipessoal	154
7. Natureza jurídica da sociedade unipessoal	155
8. Sociedade unipessoal singular e de grupo	164
9. Sociedade unipessoal de propriedade e de controle	166
10. A sociedade unipessoal no direito comparado	169
10.1. No direito italiano	170
10.2. No direito alemão	171
10.3. No direito francês	172
10.4. No direito português	175
10.5. XII Diretiva da Comunidade Económica Europeia	176
11. Forma de constituição	178
12. Assembléia	180

13. Dissolução nas unipessoais derivadas em que não se reconstitui a pluralidade	181
14. Projetos de Lei	184
. Conclusões	186
Anexo I – Projeto de Lei de julho de 1991	189
Anexo II – XII Diretiva da Comunidade Económica Européia	195
Anexo III – Legislação espanhola	199
Anexo IV – Legislação alemã	202
Anexo V – Legislação francesa	204
Anexo VI – Legislação luxemburguesa	205
Anexo VII – Legislação italiana	206
Anexo VIII – Legislação portuguesa	208
. Bibliografia	216

RESUMO

A edição da XII Diretiva da Comunidade Econômica Européia, que trata da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, reacendeu o debate referente à possibilidade de constituição de sociedades formadas por tão-somente um sócio. Tal debate polariza-se entre a defesa do contratualismo, que exige pluralidade de pessoas para a criação do ente coletivo, e a necessidade de combate às sociedades de fachada, formadas com o fito de se obter as vantagens decorrentes da personificação jurídica, mormente a limitação da responsabilidade do empresário. Embora a legislação atualmente vigente no Brasil consagre a primeira corrente, recentes inovações do direito societário têm possibilitado a consolidação de fundamento jurídico à regulamentação das sociedades unipessoais, principalmente em vista do contrato-organização. Superando-se tal obstáculo de criação de uma pessoa jurídica distinta do ente do sócio único, torna-se possível a concessão de responsabilidade limitada ao empresário individual sem ofensa ao princípio da unicidade patrimonial. E, desta forma, serão corretamente aplicados os postulados da moderna teoria da empresa, caminhando-se para uma precisa visão do empresário, sem confundi-lo com a figura do comerciante.

INTRODUÇÃO

“Nenhuma lei consagra, ou poderá consagrar, esta monstruosidade jurídica – indivíduo-sociedade.”

Miranda Valverde

“Os juristas não se desvencilham dessa ... fantasia.”

Philomeno da Costa

“Não há lógica que a lei permita a duas pessoas o que proíbe a uma só, sobretudo porque o princípio da responsabilidade patrimonial ilimitada não se coaduna com os

caracteres da atividade econômica moderna.”

Francisco Wildo Lacerda Dantas

Recentemente, em trabalho desenvolvido em sala de aula com alunos do curso de graduação em Direito, tivemos a oportunidade de abordar alguns aspectos básicos do tema proposto no presente trabalho. Um dos estudantes, visivelmente incomodado com o conteúdo da fala, não tardou cinco minutos a interrompê-la e a sentenciar: sociedade unipessoal é uma contradição básica e insuperável, já que a sociedade, como o Código Comercial prevê há quase cento e cinquenta anos, é uma reunião de duas ou mais pessoas.

Criou-se instantaneamente uma daquelas incômodas situações ao expositor que, para tratar de um instituto de simplicidade aparente, vê-se obrigado a respirar fundo, recuperar longamente os mais elementares princípios de direito societário e, somente algumas horas-aula depois (em que o sorriso quase vitorioso do interveniente é mantido minuto a minuto) poder concluir de forma concisa. Não, a sociedade unipessoal não é uma fantasia nem uma contradição. É, antes disso, uma necessidade jurídico-econômica inafastável, por razões várias que não cabem nas curtas linhas desta introdução.

Contudo, mostra-se oportuno salientar três aspectos, como elementos de compreensão da estrutura proposta para o trabalho que segue, quais sejam: a) a sociedade unipessoal, em sua forma originária, não é atualmente permitida no direito brasileiro, salvante o excepcional caso da subsidiária integral; b) os avanços na compreensão da natureza do contrato plurilateral permitem a imputação de natureza contratual, e societária, à empresa criada e mantida por tão-somente um empresário; c) não se pode perpetuar a prática legal de imposição de um tratamento mais rigoroso, mormente no campo da responsabilização do empresário pelas obrigações sociais, à empresa individual, pelo simples fato da existência de um, e não dois sócios.

A conjugação de tais elementos, evidentemente, torna menos fantasiosa a proposta de regulamentação da sociedade unipessoal originária. E a análise do desenvolvimento do direito europeu aponta para a relevância e atualidade do tema, principalmente a se considerar os termos e efeitos da XII Diretiva da Comunidade Econômica Européia, que veio a regular no Continente a Sociedade de Responsabilidade Limitada de Sócio Único.

Principalmente em razão de tais premissas foi motivada e estruturada a presente dissertação. Neste sentido, optamos pela divisão da exposição em três capítulos. No primeiro, efetiva-se a demonstração do atual quadro de caracterização do sujeito de direito no direito comercial. No segundo, procede-se a uma análise dos pressupostos e conseqüências da personificação jurídica das sociedades mercantis. E, no terceiro, amparando-se nos elementos dos precedentes, busca-se a uma construção conceitual da proposta central e evidente deste texto, qual seja a de regulamentação, no Brasil, da sociedade unipessoal originária, de responsabilidade limitada, em horizontes amplos.

Em tal quadro, não vem este breve escrito se pretender superador de uma lacuna doutrinária. Ao contrário, coloca-se como mera provocação, pronto para as mais diretas e sinceras críticas, para que, de suas falhas e omissões, possa ser iniciado o caminho para a compreensão deste importante e necessário aspecto do direito empresarial.

I – O SUJEITO DE DIREITO NO DIREITO COMERCIAL

1. Noções gerais:

O direito mercantil, ao assumir a tarefa de disciplinar uma realidade cambiante como é a atividade comercial, na qual, para que sejam atendidas as variáveis regras de mercado, são efetivadas mudanças estruturais com grande agilidade, adentrou num reino em que os paradigmas tornam-se movediços; em que as certezas são evitadas.

Com isso, esvai-se a definitividade conceitual até mesmo das mais basilares questões do direito comercial, interessando-nos, neste ponto, a própria discussão sobre qual seja o objeto central de tutela deste ramo jurídico: os atos de comércio, o comerciante, ou comerciante e os atos de comércio em conjunto ou a empresa.

Entretanto, antes de desembarcarmos no atual estágio de discussão acerca da matéria, vale repisar alguns elementos históricos.

2. Períodos subjetivista e objetivista:

Num primeiro momento do direito mercantil como disciplina sistematizada, à época das medievais corporações de mercadores, deparava-se com um quadro de insegurança política que levou ao agrupamento de indivíduos detentores de interesses em comum. No estado feudal, completamente pulverizado no exercício do poder, não se poderia esperar dos reinos a tomada de decisões centrais. Por isso, na busca pela estabilidade na aplicação de regras jurídicas uniformes, sem a qual não se mostra possível o desenvolvimento de atividade econômica relevante, criaram os mercadores uma realidade própria, a corporação, na qual era legado principalmente aos cônsules o exercício do poder jurisdicional.¹

Com a constância das decisões dos cônsules, construiu-se um direito costumeiro conhecido como *jus mercatorum*, caracterizado como um direito de classe, atendendo diretamente aos interesses dos mercadores medievais. De fato, tendo sido criadas as corporações pelos próprios mercadores, e não por um poder estatal, as mesmas tomaram feição de um verdadeiro órgão de classe, voltado à satisfação dos interesses de seus membros

¹ “É nesta fase histórica que começa a se cristalizar o direito comercial, deduzido das regras corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, juízes designados pelas corporações para, em seu âmbito, dirimirem as disputas entre comerciantes. Diante da precariedade do direito comum para assegurar e garantir as relações comerciais, fora do formalismo que o direito romano remanescente impunha, foi necessário, de fato, que os comerciantes organizados criassem entre si um direito costumeiro, aplicado internamente na corporação por juízes eleitos nas suas assembléias: era o juízo consular, ao qual tanto deve a sistematização das regras de mercado” (REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, vol. I, p. 10).

Desta forma, o primeiro momento do direito mercantil restou conhecido como período subjetivista², em vista de sua aplicação, única e exclusivamente, ao comerciante, assim entendido aquele que se encontrava matriculado junto à corporação de mercadores. Com isso, duas pessoas que praticassem atividade profissional semelhante, no mesmo local, poderiam estar sujeitas a poderes jurisdicionais distintos, dependendo a sujeição ao regramento das corporações tão-somente da existência de matrícula.

As corporações, com o decorrer da história, ganharam grande força política, principalmente por oferecer certeza na aplicação de algum direito nos delicados momentos de pulverização político-administrativa da Idade Média. Em seu auge, o poder jurisdicional das corporações confundiu-se com o das próprias cidades medievais, como bem atestou Dilson Dória:

“A justiça das corporações, na verdade, representou um papel importante na elaboração e fixação do Jus Mercatorum nascente. A presteza, a sabedoria e a equidade dos seus julgamentos os fizeram respeitáveis a tal ponto, que à jurisdição consular, a que, de início, só se sujeitavam os membros da corporação, vinham submeter-se voluntariamente as pessoas a ela não subordinadas. De outra parte, pela real adequação das normas estatutárias às exigências do comércio, esse direito novo, de caráter

² “Tem-se aí a origem do direito comercial: um direito de cunho subjetivo (dos comerciantes) e de feição eminentemente classista, porque criado e aplicado pelos comerciantes para resolver suas questões de negócios” (GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Apontamentos de Direito Comercial, p. 49).

*intercorporativo e internacional do mercado, passou das corporações para as cidades, tornando-se em pouco tempo o direito comum de todos os comerciantes da Europa”.*³

Porém, com o advento da Revolução Francesa, as funções das corporações foram atacadas diretamente, já que, como é curial, não se mostravam compatíveis o bordão revolucionário da igualdade com o exclusivismo classista das corporações.

Numa sociedade revolucionária, que lutava pelo fim dos privilégios de classes, mostrava-se dissonante a existência de corporações, com poder jurisdicional próprio, voltadas única e exclusivamente ao atendimento dos interesses individuais daqueles que estivessem matriculados. Vale lembrar, neste passo, a lição do Professor Alfredo de Assis Gonçalves Neto:

*“A Idade Contemporânea tem seu início com a Revolução Francesa que, movida por essas idéias, consagrou a ascensão da burguesia à classe dominante. O lema igualdade, liberdade e fraternidade impunha a supressão dos privilégios classistas, a abolição das corporações, assim como de qualquer resquício de restrição à liberdade profissional”.*⁴

³ Curso de Direito Comercial, 1º vol., p. 17.

⁴ Apontamentos de Direito Comercial, p. 52-53.

Foi por tanto que, em 1791, veio o *Decret D'Allarde* trazer liberdade de comércio, sem necessidade de vinculação dos mercadores às corporações, para, ao depois, a Lei le Chapelier abolir qualquer forma de associação profissional na França. Estava encerrado, naquele país, o subjetivismo do direito mercantil.

Pondo ombros à árdua tarefa de erigir um novo paradigma, os juristas nomeados por Napoleão Bonaparte para integrar a comissão encarregada de redigir o novo Código colheram, como mais importante resultado de seus trabalhos, a criação de um sistema em que a base do direito mercantil seria formada pelos atos de comércio⁵, criando um direito ligado a determinadas atividades econômicas, e não às pessoas dos mercadores. Ou seja: a partir de então um mercador estava também sujeito à jurisdição comum, assim como qualquer cidadão estaria sujeito aos Tribunais do Comércio se praticasse atos de comércio.

Estava superada, desta forma, a fase subjetivista do direito mercantil. Os atos de comércio, relacionados na longa lista presente nos arts. 632 e 663 do

⁵ "Um fenômeno social e político, todavia, próprio da época de Bonaparte, provocou nova orientação, essa arraigadamente objetivista. O Código Napoleônico de 1807 adotou declaradamente o conceito objetivo, estruturando-o sobre a teoria dos atos de comércio. Agindo assim, os legisladores do Império punham-se a serviço dos ideais da Revolução Francesa, de igualdade de todos perante a lei, excluindo o privilégio de classe. Não se concebia, diante dessa filosofia política, um código destinado a garantir, numa sociedade fundada sobre o princípio da igualdade de todos perante a lei, prerrogativas e privilégios dos mercadores. É de se recordar que 'todas as espécies de corporações de cidadãos do mesmo estado e profissão', resquícios da organização feudal, haviam sido proibidas pela Lei de 14 de junho de 1791, a célebre Lei Le Chapelier, 'sob qualquer forma que seja ...'. Com isso pretendia a convenção assegurar a plena liberdade profissional, extinguindo todos os privilégios que as corporações acumularam através de séculos a favor dos comerciantes. O Código de Comércio passava a ser, destarte, em 1807, um estatuto disciplinador dos atos de comércio, a que estavam sujeitos todos os cidadãos." (REQUIÃO, Rubens, Curso de Direito Comercial, p. 12).

Côde, poderiam ser praticados por qualquer cidadão, não se perquirindo sobre o seu status de comerciante⁶. Nascia, com a centralização nos atos de comércio, o período objetivista do direito mercantil.

3. O critério misto e a teoria da empresa:

Embora alguns países tenham definido claramente a sua opção pelo objetivismo⁷, o caso brasileiro, bem como o da maioria dos países latinos, aponta para um sistema misto, em que o direito mercantil resta caracterizado como sendo dos comerciantes e dos atos de comércio⁸.

Tal se dá, primordialmente, em decorrência da dificuldade de conceituação dos atos de comércio. Os doutrinadores, que há quase dois séculos se debruçam sobre esta categoria jurídica, não foram muito além das conclusões expostas por Alfredo Rocco, as quais, segundo alertou o próprio mestre italiano, pautam-se numa busca de elementos em comum entre os atos de comércio elencados pelo legislador. Não se obteve, desta forma, uma descrição ontológica pura dos atos de comércio, mas sim a simples descrição dos vagos elementos comuns encontráveis entre as hipóteses de atos de comércio apontadas pelo legislador. Tal obstáculo científico justifica a afirmação de Rubens Requião no sentido de que

⁶ *Pela sistemática do Código Comercial francês "são comerciantes os que exercem os atos de comércio e deles fazem profissão habitual" (art. 1º). Vale menção, ainda, ao fato de que os atos elencados no art. 633 são considerados comerciais "ainda que aqueles que os praticassem não o fizessem profissionalmente."*

⁷ Pode-se citar as legislações mercantis da França, Itália, Bélgica, Holanda, Grécia Egito e Turquia (SAMPAIO DE LACERDA, J.C. Curso de Direito Comercial Marítimo e Aeronáutico, p. 22).

⁸ Não se pode olvidar, entretanto, a opinião de Fábio Ulhoa Coelho, no sentido de que "profundamente influenciado pelo ordenamento comercial francês, o nosso direito incorporou a teoria dos atos de comércio (Manual de Direito Comercial, p. 5).

“O sistema objetivista, que desloca a base do direito comercial da figura tradicional do comerciante para a dos atos de comércio, tem sido acoimado de infeliz, de vez que até hoje não conseguiram os comercialistas definir satisfatoriamente o que sejam eles.

(...)

“Não é preciso esforço de imaginação para se concluir da precariedade científica de um sistema que não se encontra capacitado, sequer, para definir seu conceito fundamental”.⁹

Pela dificuldade quase intransponível de conceituação dos atos de comércio, bem como pela superação histórica, desde o advento do liberalismo, de um subjetivismo puro, nosso legislador viu-se compelido a buscar uma solução original.

Assim, porquanto o Código Comercial estabeleça, em seu art. 4º, que estenderá sua proteção somente aos comerciantes, no mesmo dispositivo estabelece como requisitos ao reconhecimento desta categoria jurídica o seu registro e a prática da mercancia. Esta, como se sabe desde o antiquado Regulamento 737, é a prática reiterada de atos de comércio.

Surge, desta forma, um sistema intermédio entre o objetivismo e o subjetivismo, com prevalência deste. Sistema que, destaque-se, é o atualmente vigente no Brasil. Valem as palavras sempre lembradas de Fran Martins:

⁹ Curso de Direito Comercial, p. 12.

*“Em virtude de não satisfazerem plenamente as teorias acima expostas, resta a que considera o direito comercial como o direito dos comerciantes e dos atos de comércio. (...) “Apesar de muitos inconvenientes (a falta de categorização científica dos atos de comércio por força de lei, a sujeição ao legislador do âmbito do direito mercantil), no momento é essa a teoria mais aceitável para melhor compreensão do campo de atuação do direito comercial”.*¹⁰

Como se extrai desta lição, o sistema misto, embora confortável em sua vastidão, apresenta o insuperável óbice lógico de depender diretamente da identificação dos atos de comércio para a verificação de sua aplicabilidade, sendo que os mesmos não apresentam definição científica sólida, derivando simplesmente do critério (nem sempre preciso) do legislador.

Surgem, com isso, inúmeros pontos de fadiga na estrutura do direito comercial, como, em exemplo aleatório de uma lista imensa, o que se verifica na exclusão do âmbito de incidência do direito mercantil das atividades empresariais modernas como a compra e venda de imóveis¹¹. São sinais de desatualidade, que conduzem a uma nova corrente, que busca na empresa um paradigma inovador.

¹⁰ Curso de Direito Comercial, p. 29.

¹¹ Alfredo de Assis Gonçalves Neto alerta, neste sentido, que “atento à realidade, poderia o intérprete ter em conta que este dispositivo remonta ao início do século passado (é cópia do que, a respeito, dispôs o art. 632 do Código Comercial francês), recém saído de uma época que não concebia a possibilidade de o imóvel servir de objeto para operações mercantis; por sua natureza, não podia circular nem ser explorado comercialmente. No entanto, a realidade atual é outra: os imóveis passaram a ser explorados comercialmente e têm circulação econômica, à semelhança dos móveis e semoventes.

Garrigues, emblematicamente, assevera que “a construção da teoria da empresa mercantil constitui atualmente a nova missão do direito comercial”.¹² A análise dos contornos da teoria da empresa constitui em si pressuposto deste trabalho, e será particularizada na seção 9 deste capítulo.

Por ora, cumpre uma análise mais cuidadosa do comerciante, eleito pelo legislador pátrio como figura central do direito mercantil.

4. O sujeito de direito no direito mercantil pátrio:

No contexto da normatização mercantil vigente, salta à evidência que o sujeito de direito neste ramo do jurídico é o comerciante¹³, que pode ser definido, genericamente, como a pessoa, física ou jurídica, que profissionalmente pratica atos de intermediação, em vista de uma finalidade lucrativa.

Destacam-se desta noção três elementos basilares para a identificação do comerciante: a intermediação, o intuito lucrativo e a profissionalidade.

Para a compreensão do primeiro, vale atenção à economia, que classicamente divide o processo produtivo em três etapas distintas: a produção originária, a intermediação e o consumo, correspondendo à atividade mercantil

“Poderíamos ter seguido, neste particular, o exemplo da jurisprudência francesa que, diante da especulação imobiliária que frutificou em Paris a partir da metade do século passado (muito antes, portanto, da reforma legislativa operada pela Lei de 13/07/67) segundo a qual deveriam ser considerados comerciantes aqueles que se dedicavam à atividade imobiliária” (Apontamentos de Direito Comercial, p. 88).

¹² Referido por Fran Martins, Curso de Direito Comercial, p. 28.

¹³ Vale referir que a palavra comerciante ganhou relevo somente com a edição do Código Comercial napoleônico. Até então, o tratamento mais comum a quem praticava tais atividades era o de mercador.

tão-somente a etapa intermediária, desenvolvida por meio dos distribuidores e dos transformadores da produção originária¹⁴.

Desta forma, na sistemática vigente quem opera a produção originária de bens, para vendê-los, não é comerciante, praticando uma atividade atinente ao direito civil¹⁵. Comerciante seria quem compra para posterior revenda ou quem compra, transforma e então revende o produto. Portanto, conclui-se que nem toda empresa identifica um comerciante, visto que as atividades de produção originária, salvo exceção legal, apontam para a revelação de um empresário civil.

Além disso, temos que esta prática de atos de comércio deve ser efetivada em nome próprio pelo comerciante, de forma a se afastar deste universo os prepostos de qualquer natureza. Estes, porquanto possam praticar habitualmente atos de intermediação, o fazem em nome e por conta de outrem,

¹⁴ Com maior minudência, Dilson Dória faz a seguinte explanação: “Explica-se a mediação pela posição que o empresário assume no campo dos negócios econômicos privados, que compreende, de sua vez, três partes interdependentes, relacionadas entre si pela lei da oferta e da procura. Assim, no campo de tais negócios, distinguimos: a produção originária, a intermediação e o consumo.

“Considera-se produção a atividade por meio da qual os bens são obtidos diretamente da natureza material ou imaterial. São exemplos da espécie: agricultura, pecuária, mineração, piscicultura, avicultura, horticultura, invenções, tecnologia, produção intelectual, prestação de serviços. Neste setor, é o produtor empresário civil, ainda quando, no local da produção, se dê ao produto algum tratamento primário, como o descaroçamento, descascamento ou curtimento, que não lhe altere, contudo, a substância.

“De seu turno, a intermediação se desenvolve por meio dos distribuidores e transformadores da produção originária, isto é, dos comerciantes e industriais, respectivamente. Ressalte-se, neste passo, que a distribuição dos produtos industrializados tanto pode ser feita pelos comerciantes quanto pelos próprios industriais. Nesta fase dos negócios econômicos é que se situam os empresários mercantis representados por comerciantes e industriais.

“Por último temos o consumo, onde se encontram todas as pessoas. Todos nós somos consumidores, vale dizer, compramos bens ou produtos para consumi-los, gastá-los. Enfim, utilizamo-nos de bens e serviços para a satisfação de nossas próprias necessidades” (Curso de Direito Comercial, p. 05).

que, na hipótese, é o comerciante. Distingue-se com isso a figura do sócio da do comerciante, visto que, porquanto aquele represente a sociedade no exercício da gerência, ou a personifique no ambiente social, em realidade assume obrigações em nome de pessoa distinta, qual seja a sociedade representada, que será o comerciante. Ou seja: sócio e sociedade são realidades de distinta natureza.

Já o intuito lucrativo não pode ser confundido com a existência material do lucro. Não há necessidade de que este se verifique faticamente ao final do exercício social, sendo imperioso apenas que o comerciante acredite o estar perseguindo com o desenvolvimento de sua atividade.

Destaque-se, incidentalmente, que o lucro não pode ser considerado critério de distinção entre a atividade civil e a comercial, como preteritamente já se fez crer, já que as empresas civis, como é curial, também apresentam escopo lucrativo.

Quanto aos elementos de identificação do comerciante, cumpre ainda aduzir que a prática destes atos de intermediação não pode ser ocasional, na forma de uma eventual aquisição de produto para posterior revenda com auferimento de lucro. Para que se identifique o comerciante, necessário é que o mesmo faça da mercancia sua profissão habitual, como consagrou nosso Código em seu art. 4º, ou que promova a repetição em massa dos atos de comércio, como prefere a doutrina francesa. Assim, alguém que eventualmente compre em condições vantajosas uma obra de arte com o intuito de revendê-la, não será considerado comerciante. Contudo, se o sucesso de operações ocasionais vier a motivar a sua profissionalização, ter-se-á presente o comerciante, regular ou não.

¹⁵ É o caso do extrativismo e da agropecuária.

Indo além, o legislador pátrio criou, na redação dada ao art. 4º, um dos muitos problemas de hermenêutica impostos ao aplicador do direito mercantil. De fato, a norma estabelece que comerciante é quem faz da mercancia sua profissão habitual. Contudo, a própria lei comercialina deixa de definir o que seja mercancia.

De início, o lapso foi corrigido pelos arts. 19 e 20 do Regulamento 737, que definiram mercancia mediante o estabelecimento de um rol de atividades mercantis que nos aproximou do objetivismo francês. Contudo, não estando mais em vigência o Regulamento 737, ficaram os comercialistas desprovidos de um Norte nesta matéria.

Atualmente, entende-se por mercancia a prática profissional de atos de comércio, os quais são identificados nas mais diversas normas de direito mercantil. Ou seja: a qualidade de ato de comércio, essencial para a identificação de uma atividade comercial qualquer, parte do critério do legislador, que, contudo, não estabeleceu um rol dos atos de comércio. Cria-se uma grave e curiosa insegurança. Grave porque a verificação da mercancia é elemento-chave para a atribuição da qualidade de comerciante a alguém. Curiosa porque a indefinição legal e doutrinária quanto à caracterização dos atos de comércio leva a situações fronteiriças interessantes. O caso atualmente mais relevante é o das empresas de publicidade, que ora são reputadas comerciais (visto se mostrarem, assim como a atividade creditícia, essenciais à prática material de forma eficaz de atos de intermediação) ora civis (aproximando-se-as das prestadoras de serviços). Qual a melhor resposta? O fato é que nenhuma das soluções retro mostra-se isenta de críticas.

Assevere-se que tal sistemática de identificação do comerciante é excepcionada pela norma presente no art. 3º, II, da Lei das 6.404/76, a qual determina que, independentemente da atividade social, as sociedades anônimas são consideradas comerciantes.

De outro lado, a norma presente no art. 4º de nosso diploma comercialino também se refere à matrícula como requisito essencial ao reconhecimento jurídico do comerciante. Entretanto, temos que tal elemento nunca foi obrigatório. Sabedores, inicialmente, de que a matrícula de há muito foi substituída pelo arquivamento do ato constitutivo ou da declaração de firma individual na Junta Comercial (salvo para alguns agentes auxiliares do comércio, para os quais permanece o regime da matrícula), percebemos que o registro era e continua sendo requisito essencial apenas para que o comerciante possa gozar da proteção fornecida pela legislação mercantil. Sem a inscrição, continua existindo o comerciante, tratado particularmente pelo direito como irregular ou de fato, o qual tanto resta reconhecido pelo mundo jurídico que pode ser declarado falido, havendo até mesmo defensores de sua personalidade jurídica independentemente do registro de seus atos constitutivos¹⁶.

Por derradeiro, não se pode olvidar, nestas linhas superficiais sobre a figura do comerciante, que o mesmo pode ser uma pessoa física ou jurídica, na forma do comerciante individual e das sociedades comerciais, cujos contornos básicos merecem atenção especial nas seções subseqüentes.

4. A disciplina do comerciante individual:

¹⁶ A matéria será minudentemente analisada na seção 8 do capítulo II.

Primitivamente, os comerciantes agiam pessoalmente, sem a necessidade de busca por sócios para o atingimento de seus objetivos negociais. Somente com o posterior desenvolvimento da atividade mercantil é que os mercadores se viram obrigados a somar esforços, comerciando em comum na forma das sociedades mercantis.

Aqueles primeiros comerciantes ainda existem em nossa realidade econômica e jurídica, principalmente no desenvolvimento de atividades de modesto porte, sendo reconhecíveis juridicamente como comerciantes individuais.

Resta evidente, desta forma, que o comerciante individual, agindo em nome e por conta própria, responsabiliza a integralidade de seu patrimônio pessoal em face das obrigações contraídas no exercício da atividade empresarial. Aliás, esta é a principal consequência jurídica decorrente da opção por exercer pessoalmente a mercancia, razão pela qual muitas vezes o empresário opta por constituir uma sociedade de palha (em que um dos sócios comparece tão-somente no contrato social, cumprindo o requisito legal da pluralidade de sócios para a constituição de uma sociedade mercantil), a qual detentora de personalidade jurídica, atrai para si a responsabilidade pelas obrigações empresariais, de forma a diminuir grandemente os riscos pessoais ao empresário. Tal questão, central ao desenvolvimento do presente trabalho, será oportunamente exposta com maior acuidade.

Mas, para que alguém possa contrair direitos e assumir obrigações, evidentemente deve portar capacidade jurídica. Assim, temos que o menor, salvo se emancipado ou autorizado, não pode ser considerado comerciante. Entretanto, se dolosamente oculta a sua idade, não se afasta da aplicação do art. 155 do Código Civil, que enuncia: “o menor, entre 16 e 21 anos, não pode, para se eximir

de uma obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a ocultou, inquirido pela outra parte, ou se, no ato de se obrigar, espontaneamente se declarou maior”.

Pelos mesmo fundamentos que afastam o menor do exercício da mercancia em nome próprio, os interditos e os pródigos também encontram vedação legal para tanto.¹⁷

De outra ótica, tem-se que a lei elenca uma série de casos de proibição ao exercício do comércio, entre os quais destacamos os dos funcionários públicos, dos militares da ativa, dos magistrados, dos corretores, dos leiloeiros, dos cônsules, dos falidos enquanto não reabilitados e dos médicos, em farmácias, drogarias ou laboratórios farmacêuticos. Aqui, a justificativa centra não na inexistência de capacidade, mas sim no interesse estatal de manter principalmente o servidor público voltado ao pleno desenvolvimento de suas funções.

Sempre oportuno ressaltar, entretanto, que tais restrições aplicam-se, em sua generalidade, ao exercício da mercancia na qualidade de comerciante individual, não estendendo seus efeitos ao âmbito da presença da pessoa como sócio de sociedade mercantil.

De fato, no tocante às restrições ao exercício do comércio, vemos nas legislações específicas¹⁸ o estabelecimento de uma restrição que não se impõe aos sócios de sociedades mercantis, desde que observadas determinadas limitações. Neste sentido vem a norma presente no art. 36, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35, de 14/03/79), *in verbis*:

¹⁷ Existe discussão doutrinária a respeito da possibilidade de superveniência da prodigalidade ou da interdição, tema que refoge à brevidade da exposição.

“Art. 36. É vedado ao magistrado:

I – Exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou cotista.”

Tal orientação normativa repete-se no Estatuto do Funcionalismo Federal e no Código Penal Militar, entre outras leis. Aliás, esta sistemática tem origem no próprio art. 3º do Código Comercial, que primitivamente regia a matéria dos impedimentos, o qual excetuava de seus comandos o acionista (numa época em que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada ainda não existia).

No caso dos menores, embora a solução tenha-se mostrado como fruto de penosa construção jurisprudencial¹⁹, tem-se, atualmente, que os mesmos podem sócios em sociedade comercial, desde que não detenham poderes de gerência e não assumam responsabilidade patrimonial em face das obrigações sociais. Assim, aceita-se que o menor possa ser sócio em sociedades por quotas de responsabilidade limitada (sem poderes de gerência), em sociedades anônimas (sem exercer cargos de diretoria) ou em sociedades em comandita (na posição de sócio comanditário), sendo que, no caso da sociedade por quotas de

¹⁸ A matéria atualmente é regulada por diversas leis, dos mais distintos ramos do Direito.

¹⁹ Mesmo com várias divergências doutrinárias, um julgado do STF, em 1976, deu causa ao envio às juntas comerciais do Ofício-circular 22, de novembro daquele ano, emitido pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio. Pelo ofício, determinou o DNRC que “doravante, as Juntas Comerciais devem aceitar e deferir os contratos sociais onde figurem menores impúberes. Desde que suas quotas estejam integralizadas, e não constem nos contratos sociais atribuições aos mesmos, relativas à gerência ou administração.” Posteriormente, a aceitabilidade de arquivamento de contrato social em que figurem menores como sócios foi repetida, embora de maneira indireta, pela Instrução Normativa nº 12/86, do DNRC.

responsabilidade limitada, exige-se que todo o capital social esteja integralizado²⁰. Nestas hipóteses, evidentemente o contrato social deve ser firmado com a devida assistência ou representação, visto que o menor, porquanto possa figurar como sócio, não detém a capacidade civil necessária à assunção dos direitos e deveres decorrentes do *status socii*.

De tal breve análise dos pressupostos do exercício individual da mercancia, destaca-se como elemento mais relevante para o desenvolvimento da presente dissertação o fato da vinculação do patrimônio pessoal às obrigações empresariais, de forma que o empresário individual responde de forma muito mais rígidas pelos infortúnios eventualmente decorrentes de sua empresa.

5. Sociedades comerciais:

A associação entre empresários sempre foi conseqüência lógica de percepção de que a união de esforços potencializava as capacidades individuais, além de diminuir os impactos negativos resultantes dos azares da vida empresarial. Ou seja: a reunião de interesses e forças mostra-se como corolário lógico do crescimento de uma atividade empresarial.

Desta forma, são identificáveis espécies primitivas de sociedades deste o direito babilônico. No próprio Código de Hamurabi, a 99ª regra traduzida estipula que *“se um homem deu a (outro) homem dinheiro em sociedade, os lucros e as perdas que existirem, eles partilharão diante de Deus, em partes iguais.”*

²⁰ A exigência é de que todo o capital esteja integralizado, e não só a parcela subscrita pelo menor, em vista da norma presente no art. 9º do decreto 3.708, de 1919.

Contudo, a conformação moderna da sociedade advém do desenvolvimento das corporações de mercadores, na Idade Média, daí surgindo os modelos que originariam as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, em conta de participação e de capital e indústria.

Mas a grande quebra paradigmática do direito societário surgiu com a construção jurídica da personalidade jurídica das sociedades comerciais, o que permitiu a distinção patrimonial e de responsabilidade entre os sócios e a sociedade, fatos causadores de profundos reflexos, que serão pormenorizadamente analisados na seção 4 do capítulo III desta dissertação.

O art. 1.363 do Código Civil traz interessante definição genérica de sociedade, *in verbis*: “*Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns*”.²¹ Se o exercício da mercancia caracterizar o fim comum preconizado pela norma, estaremos diante da sociedade comercial.

Distingue-se a sociedade comercial da mercantil por meio da análise do objeto social, o qual, se refletir atividade de mercancia, conduzirá à percepção da existência de sociedade mercantil. A única exceção é o caso das sociedades anônimas, as quais, independentemente de seu objeto, serão sempre reputadas comerciais. É o que dispõe o art. 2º, I, da lei 6.404/76.

Para a constituição regular de uma sociedade comercial, devem concorrer uma série de elementos, comuns e específicos, quais sejam:

²¹ A Lei das Sete Partidas, espanhola, também construiu interessante conceituação normativa: “Fazem companhia os mercadores e outros homens entre si, para ganhar mais facilmente, juntando seus capitais em um, do que às vezes serem recebidos nela por seus companheiros: uns que sabem e entendem de comprar e vender, embora não tenham capital para fazê-lo; outros que o têm, mas lhes falta aquela instrução; e outros que, sem embargo de ter capital e inteligência, não querem usar deles para si mesmos”.

a) Elementos comuns:

a.1) Consenso: As sociedades decorrem de manifestação de vontade, que, como resta evidente, deve se efetivar de maneira válida, desviando-se dos vícios tradicionalmente apontados (erro, dolo, coação, simulação e fraude). Ressalte-se que menores não emancipados podem ser sócios de sociedades mercantis, desde que se sejam acionistas, quotistas ou comanditários, todo o capital social esteja integralizado e não detenham poderes de gerência.

a.2) Objeto lícito e possível: As sociedades devem ter por objeto atividade possível, entendendo-se como tal aquela cientificamente viável no momento da criação do ente coletivo, de forma a se excluir a possibilidade de constituição de uma sociedade cujo objeto seja uma atividade provavelmente possível no futuro.

a.3) Forma prescrita em lei: Em realidade, não há forma prescrita para o contrato de constituição de uma sociedade, já que, se não se proceder à feitura de um contrato escrito, levado ao competente registro, estar-se-á diante de uma sociedade irregular ou de fato, a qual, porquanto não usufrua dos favores legais concedidos aos comerciantes regulares, continua a ser comerciante face ao direito. Trata-se, portanto, de clássico equívoco acreditar que a sociedade de forma por instrumento público ou particular levado a arquivamento na Junta Comercial. Percebe-se assim que o contrato social não é somente aquele instrumento tradicionalmente tomado como tal, mas sim o ato, em sentido amplo, pelo qual os sócios manifestam seu desejo de criar o ente coletivo, ainda que de forma irregular.

b) Elementos específicos:

b.1.) Pluralidade de sócios: O art. 302 do Código Comercial, ao elencar os requisitos do contrato social, refere-se a sócios, no plural, de forma a se concluir pela exigência, no direito pátrio, de um mínimo de dois sócios para o reconhecimento da existência de uma sociedade²². Entretanto, encontra-se o clássico caso de sociedade unipessoal originária no art. 251 da Lei 6.404/76, o qual disciplina as subsidiárias integrais, cujo único sócio seria a sociedade que a originou. Ademais, admite-se, no Brasil, ainda que temporariamente, a sociedade unipessoal derivada, que se reduz a um sócio posteriormente à sua constituição. Tais hipóteses, centrais ao desenvolvimento desta monografia, serão estudadas em seção própria.

b.2) Constituição do capital social: Trata-se de uma soma representativa das contribuições individuais dos sócios para que a sociedade possa se constituir e desenvolver suas atividades. Atualmente, sua validade tem sido severamente criticada, conforme estudaremos de forma particularizada no momento oportuno desta dissertação.

b.3) “*Affectio societatis*”: Caracteriza-se como uma espécie de interligação intersubjetiva entre os sócios, de forma que cada qual tem um interesse coletivo além daquele individual de auferimento de lucros, qual seja o de integrar o ente coletivo, participando, da maneira exigível, para o seu desenvolvimento. Porquanto seja evidente nas chamadas sociedades de pessoas, é extremamente diminuta nas sociedades de capital.

²² “A exigência dos dois sócios para constituir a sociedade resulta dos princípios do direito comum – especialmente da definição da sociedade no código – e das interpretações gerais da doutrina e da jurisprudência; a interpretação é unânime quanto à exigência de dois sócios para constituir a sociedade de responsabilidade limitada” (Cañizares, citado por Fran Martins nos Novos Estudos de Direito Societário: Sociedades anônimas e Sociedades por Quotas, p. 263)

b.4) Co-participação nos lucros e nas perdas: está prevista no art. 288 do Código Comercial, que veda a constituição da chamada sociedade leonina ao dispor que “é numa a sociedade ou companhia em que se estipular que a totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social.”

Estando presentes estes requisitos, pode-se visualizar, ainda que de forma genérica, o comerciante coletivo. Evidentemente que muitas discussões exsurtem da análise das sociedades mercantis. Entretanto, tais disceptações serão evitadas no presente trabalho, que busca evidenciar tão-somente as bases necessárias ao desenvolvimento pretendido e ao esclarecimento do tema proposto.

A única concessão que ainda se requer do leitor vem no sentido de uma rápida incursão no esclarecimento quanto à natureza jurídica do contrato social, visto que, nos capítulos subsequêntes, serão construídos caminhos lógicos dependentes desta prévia tomada de posição. Por isso mesmo, abstrairmos o desenvolvimento histórico da questão²³, para apenas indicar qual a solução que acreditamos ser a mais completa em vista do direito societário atual.

Assim, temos que no âmbito das sociedades de pessoas (quais sejam as previstas no Código Comercial), bem como no da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a melhor doutrina é a apresentada pelo italiano Tulio

²³ *Por tal razão, deixamos de abordar, principalmente, as teorias alemãs do ato coletivo e do ato complexo, de todo afastáveis num sistema normativo que não consagra a distinção entre sociedades dotadas de personalidade jurídica e aquelas organizadas simplesmente sob a forma de comunhões.*

Ascarelli, que vê na formação da sociedade um contrato plurilateral. Tal teoria permite a solução das mais relevantes questões decorrentes da personificação jurídica das sociedades, as quais não encontravam guarida na primitiva concepção do contrato bilateral.

Por contrato plurilateral tem uma relação que envolve um número indeterminado de pessoas ocupando uma mesma posição na relação contratual. No caso, são os sócios, que manifestam vontades semelhantes no sentido da criação do ente coletivo. E, pelo fato de ocuparem idêntica posição contratual, o inadimplemento de um dos sócios não leva à rescisão da avença (como aconteceria se se tratasse de um contrato bilateral), mas sim à simples extinção do vínculo que prende o sócio à sociedade (dissolução parcial da sociedade).

A consolidação da doutrina de Ascarelli teve o condão de possibilitar a reaproximação das sociedades mercantis ao contratualismo, proposta que vinha sendo questionada em face da análise dos efeitos do descumprimento de obrigações assumidas por parte de um sócio. Isto porque, se se aproximasse o contrato social do restrito âmbito dos contratos bilaterais, a hipótese de inadimplemento de obrigação contratual (mormente por meio da falta de integralização da quota subscrita de capital social) levaria à rescisão do contrato, e à conseqüente extinção da sociedade.

Contudo, na esfera do contrato plurilateral, são identificáveis duas modalidades de manifestação de vontade, gerando vínculos distintos. Vemos, inicialmente, as volições direcionadas à criação do ente coletivo, sendo equivalentes entre todos os sócios. E, ao lado da vontade criadora, advém a necessidade da regulação interna da estrutura social, desde a divisão das quotas até a forma de liquidação. Ou seja, em síntese: encontra-se no contrato social, a

se compreender a sua natureza plurilateral, tanto uma instrumentalização do ato criativo, de forma equivalente entre os sócios, quanto uma regulação da estrutura interna, de forma a regular os colidentes interesses entre os sócios (afinal é natural a busca individual de ampliação dos poderes e vantagens).

Como consequência desta conclusão, tem-se que, ao revés do que ocorreria se estivéssemos diante de um contrato bilateral, a não integralização das quotas subscritas por um sócio, e.g., levaria não à dissolução do contrato, mas sim à incidência de sanções estabelecidas na esfera organizativa do pacto (ou na lei, em caso de omissão). Isto porque a atuação injurídica do sócio em nada interfere na anterior volição criativa, sendo um evento de interesse interno entre os sócios, que podem, inclusive, relevá-lo.

A única espécie societária que cobra leitura específica, além do âmbito do contrato plurilateral, é a das sociedades anônimas, melhor enquadradas à teoria da instituição, apresentada por Hauriou. A principal distinção que se estabelece é que, na instituição, os sócios agrupam-se tão-somente para manifestarem suas vontades no sentido da criação do ente coletivo. Este, uma vez concebido, passará a existir por si só, de forma autônoma, independentemente da composição do quadro social. Ou seja: aqui também se concede grande flexibilidade à estrutura societária, permitindo-se a entrada e saída de sócios sem que haja alteração de substância da sociedade mercantil. No caso da instituição, concede-se maior autonomia à sociedade, o que é natural em face da grande dimensão normalmente apresentada pelas sociedades anônimas.

A mais relevante distinção que se faz entre contrato plurilateral e instituição reside na regulação interna (organizativa) do ente coletivo. Naquele, a organização exsurge do estabelecimento de regras pelos próprios sócios; nesta, é

o ente coletivo, por meio de seu poder disciplinar, que impõe as regras de atuação interna.

Embora alguns autores tendam a aproximar a natureza institucional das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, não cremos ser este o caminho mais correto. Ocorre que a instituição é verificável tão-somente em empresas de maior porte organizativo, o que é praticamente a regra no âmbito das sociedades anônimas, embora mostre-se apenas como uma possibilidade no das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. De fato, forçoso é o afastamento da natureza institucional de uma hipotética sociedade por quotas de responsabilidade limitada de pequeno porte. Cremos que este equivocado enquadramento decorre da própria confusão que se faz entre instituição e empresa.²⁴

Mas, superadas estas questões incidentais, tem-se que, de ambas as teorias exsurge um relevante elemento comum, qual seja a concessão de flexibilidade e autonomia (mais evidente na instituição) à entidade criada pelo sócios, garantindo-se a realização de todos os efeitos decorrentes de sua personificação jurídica. E esta evolução jurídica, que superou as antigas concepções individualistas do contrato bilateral, do ato coletivo e do ato complexo, indica um caminho de desenvolvimento que desaguará na análise do tema central desta breve monografia.

Ocorre que, para que se possibilite o reconhecimento lógico-jurídico de uma sociedade composta de apenas um sócio, não se poderia partir da

²⁴ Como melhor veremos, a empresa é identificável na organização dos fatores de produção com vistas ao auferimento de lucro, qualquer que seja o porte da atividade. E a constatação da existência de uma empresa não acarreta qualquer consequência na estrutura organizativa do eventual ente coletivo.

premissa do contrato bilateral, o qual, à evidência, não poderia subsistir com tão-somente um sócio. E, de outro lado, não se poderia, como vimos, apontar uma eventual natureza institucional de molde a permitir uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada composta por um único sócio. A aceitação do contrato plurilateral, com as evoluções oportunamente mencionadas, é pressuposto lógico do debate relativo às sociedades unipessoais, como será melhor exposto na seção 7 do capítulo III deste trabalho.

4. Sociedades unipessoais

As sociedades unipessoais constituem-se em objeto de debate bastante analisado pelo moderno direito mercantil, principalmente em face de sua aceitação no âmbito do direito francês e do alemão, e da posterior edição da XII Diretiva da Comunidade Econômica Européia.

Como a própria denominação indica, são sociedades unipessoais aquelas compostas por um único sócio, superando-se o requisito da pluralidade de sócios. A doutrina tradicionalmente as divide em três espécies distintas: a sociedade unipessoal originária, a reduzida a um sócio e a preordenada a um sócio.

Sociedade unipessoal originária é aquela que desde o seu nascimento conta com tão-somente um sócio. Embora, em regra, seja vedada pelo direito comercial brasileiro, que exige pluralidade de sócios como requisito ao reconhecimento de sociedade, encontra-se uma exceção no art. 251 da Lei 6.404/76, que autoriza a existência da subsidiária integral com os seguintes

termos: “A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira”.

A reduzida a um sócio encontra-se nas hipóteses em que a sociedade, porquanto tenha se constituído mediante pluralidade de sócios, em face de causas de dissolução parcial de sociedade, tenha seu quadro reduzido a um único sócio. É o caso, *e.g.*, de sociedade composta por dois sócios, em que um deles vem a falecer. Qual a consequência deste ato? A dissolução da sociedade, em obediência ao requisito da pluralidade ou a sua manutenção, em atenção ao princípio da preservação da empresa?

A hipótese encontra regulamentação direta no caso das sociedades anônimas, estabelecendo a Lei 6.404/76 que as mesmas não serão extintas em virtude da redução a um sócio. De fato, o art. 206, I, d, da legislação anonimária determina que a companhia restará dissolvida de pleno direito “pela existência de um único acionista, verificada em assembléia geral ordinária, se o mínimo de dois não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no art. 251”. Ou seja, nos termos da lei, a sociedade pode eventualmente constar com apenas um sócio em seu quadro durante um lapso temporal que pode chegar até quase dois anos²⁵.

Houve discussão, entretanto, quanto à aplicabilidade desta mesma sistemática às sociedades por quotas de responsabilidade limitada. De fato, o

²⁵ Embora, de forma simplista, costume-se afirmar que o prazo legalmente fixado para a restituição da pluralidade seja de um ano, não é este o sentido da norma. De fato, a lei estabelece que o prazo de manutenção da companhia tem como termo final a assembléia social seguinte àquela em que se constatou a redução a um sócio. Pode-se, assim, identificar uma hipótese em que a redução do quadro social deu-se no dia 10 de março de 1997, tendo-se realizado assembléias gerais ordinárias nos dias 08 de março de 1997, 1998 e 1999. Neste caso, tem-se que a unipessoalidade foi verificada na AGO de 1998, de forma que o prazo para a reconstituição da pluralidade seria o dia 08 de março de 1999, quase dois anos após o fato da redução.

decreto 3.708, de 1919, omissos quanto à matéria (como de resto em quase todas as questões relevantes da vida societária) legou ao doutrinador a norma contida em seu art. 18, gerando homéricos esforços hermenêuticos.

A norma em tela estabelece que *“serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas”*. Imediatamente após a edição da norma surgiu longo debate doutrinário no sentido de estabelecer se a supletividade da lei anônima no tocante às sociedades por quotas de responsabilidade limitada seria genérica ou adstrita a hipóteses de omissão do próprio contrato social, como indicaria uma interpretação literal do dispositivo legal²⁶. Contudo, sem penetrar nos meandros desta discussão, compartilhamos da opinião da doutrina majoritária, aqui representada por João Eunápio Borges:

“Mandando, pois, o art. 18 do Dec. Nº 3.708 que se observem, na parte aplicável, e quando omissos o contrato de uma sociedade por quotas, a lei de sociedades anônimas, o que está claro e insofismavelmente afirmado em lei é que a lei de sociedades anônimas, pelo próprio fato de ser supletiva

²⁶ “Tem-se entendido este texto em sentido diverso de seu enunciado. Nele se manda aplicar os dispositivos da lei de sociedade anônima ‘no que não for regulado no estatuto social’. Trata-se portanto de lacuna deste, isto é, do estatuto social. Cuida-se de suprir a deficiência estatutária. Procura-se, portanto, elemento supletivo da vontade dos contratantes. É o que está escrito, claramente. Muitos, entretanto, têm ali visto, em vez da cláusula ‘no que não for regulado no estatuto social’ esta outra: ‘no que não for regulado nesta lei’. A diferença é sensível e profunda. Lêem o que não está escrito e concluem que a lei de sociedades anônimas é supletória da lei de sociedades por quotas.” (FERREIRA, Waldemar, Tratado de Direito Comercial, vol. 3, p. 461)

do contrato ou dos estatutos, o é igualmente da lei de sociedades por quotas".²⁷

Definida a supletividade, *in genere*, da lei das sociedades anônimas, resta definir a compatibilidade da norma com a estrutura das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Entretanto, seja em face da adoção da teoria do contrato plurilateral, de Ascarelli, como melhor explicação quanto à natureza jurídico do contrato social neste tipo societário, seja em atenção ao princípio da preservação da empresa, tem-se entendido pela possibilidade da redução temporária das sociedades por quotas de responsabilidade limitada a um único sócio, principalmente após a prolação de um aresto paradigma, por parte do Superior Tribunal de Justiça, cuja transcrição é esclarecedora:

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

*"II – Inteligência do art. 206, alínea 'd', da Lei das Sociedades Anônimas, c/c o art. 18, do decreto nº 3.708/19".*²⁸

²⁷ Revista Forense, vol. 128, p. 353.

²⁸ REsp. nº 381-MG, Rel Min. Waldemar Zveiter, 3ª T., v.u., DLU de 19/02/90, p. 1.403, Seção I.

E, neste ponto, também não se pode olvidar a lição de Rubens Requião, que vê, na redação da Instrução Normativa nº 12, do Departamento Nacional de Registro do Comércio, uma autorização à sobrevivência das sociedades em caso de redução a um sócio. Segundo o autor anota,

“Ainda tendo em vista a uniformização de procedimentos do arquivamento, a Instrução nº 12, do DNRC, alude a caso de dois sócios, quando um sai. Antigamente, se a sociedade era constituída de apenas dois sócios, um morrendo ou se retirando, estava ela irremediavelmente dissolvida, porque a sociedade ficara com um sócio apenas, não se podendo fazer a posteriori o ingresso de novo sócio para recompô-la.

“(...) O §1º esclarece que a falta de estipulação quanto à dissolução de sociedade, mesmo no caso de sociedades de dois sócios, não será considerada pelo órgão de registro como causa impeditiva de ingresso de novo sócio, em substituição ao anterior, quer por atos inter vivos, quer causa mortis”.²⁹

Ademais, também se funda a aceitação jurídica da manutenção da personalidade jurídica das sociedades reduzidas a um sócio (mesmo que temporariamente) a possibilidade de transferência das quotas (ainda existentes), a terceiros. Neste passo, vale remissão às palavras de Karl Heinsheimer:

²⁹ Curso de Direito Comercial, p. 290.

“O número inicial [de sócios] pode diminuir durante a vida da sociedade, se um membro que conserva sua participação do negócio adquire uma ou várias quotas dos demais sócios. Deste modo, pode ocorrer que todas as participações fiquem unidas a um mesmo proprietário; a sociedade limitada, sem embargo, não se dissolve por isto, porque ditas quotas podem ser de novo transmitidas para outras pessoas, continuando deste modo a sociedade com todos os seus órgãos”.³⁰

Conclui-se, desta forma, pela possibilidade jurídica da unipessoal reduzida a um único sócio no direito brasileiro, seja para as companhias, seja para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

A última espécie legal de sociedade unipessoal é a preordenada a um sócio, identificada como aquela que, apesar de regularmente constituída mediante pluralidade de sócios, seja afetada por prévia avença entre os mesmos, no sentido de, após determinado prazo ou condição, as quotas sejam transferidas a um único sócio. Tais sociedades, embora questionadas por servirem de teórico instrumento de provocação indevida da unipessoalidade, têm merecido tratamento jurídico idêntico ao dispensado às reduzidas a um sócio³¹.

Mas não se pode olvidar que alguns doutrinadores, como Romano Cristiano, aduzem a existência de uma quarta categoria de sociedade unipessoal:

³⁰ Apud MARTINS, Fran. Novos estudos de Direito Societário: Sociedades Anônimas e Sociedades por Quotas, p. 265.

as de fato. Estas seriam as que, constituídas e mantidas em respeito ao requisito da pluralidade de sócios, evidenciam-se, em realidade, como sociedades de fachada, onde apenas um dos sócios dirige e controla o desenvolvimento das atividades sociais, com o outro, ou outros, apenas emprestando o seu nome à composição do contrato social (sócios de palha). Constituem as sociedades unipessoais de fato o mais evidente fundamento sócio-jurídico à necessidade de aceitação da sociedade unipessoal originária, vez que se constituem no instrumento necessário para que o empresário auto-suficiente possa gozar da segurança da limitação da responsabilidade. Contudo, tais sociedades mereceram estudo particularizado neste trabalho, cumprindo, neste momento, apenas referir a sua existência.

Elencadas as modalidades da sociedade unipessoal, cumpre ainda caminhar por uma questão de relevância no desenvolvimento desta dissertação, qual seja a atinente à responsabilidade do sócio durante o período de redução a um sócio.

De fato, alguns sistemas legislativos, como ocorria com o italiano antes do advento do Decreto 88, em 1993, embora admitam a conservação da personalidade jurídica da sociedade reduzida a um sócio, negam-lhes o atributo da limitação da responsabilidade do sócio único, ao determinar, durante o tempo da unipessoalidade, o sócio remanescente responderá ilimitadamente, como eu patrimônio pessoal, pelas dívidas empresariais.

Não nos parece acertado tal posicionamento, visto que, como evidenciaremos ao momento da exposição de nossa tese central, a limitação da responsabilidade constitui-se no principal reflexo decorrente da personificação

³¹ Embora haja doutrinadores que vêm na preordenada uma sociedade unipessoal de fato.

jurídica de uma sociedade comercial. De fato, a razão basilar pela qual o empresário busca a regular constituição de uma sociedade (quase sempre sob a forma de anônima ou por quotas de responsabilidade limitada) é a diminuição dos riscos por meio do mecanismo pelo qual o ente coletivo (e não os sócios) é assuntor das obrigações sociais, respondendo com o seu patrimônio (e não com o pessoal dos sócios) pelas dívidas daí decorrentes. Neste aspecto, vale o suporte da lição de Calixto Salomão Filho:

*“Não se deve confundir o problema da dissolução com o da responsabilidade limitada. A lei não define a forma de responsabilidade entre o momento de verificação da unipessoalidade e o da (eventual) dissolução da sociedade. No silêncio da lei, parece ser mais razoável considerar que não existe qualquer modificação societária e organizativa da sociedade”.*³²

Desta forma, apresentando a sociedade, desde a sua constituição, a estrutura jurídica de uma das formas de sociedade de responsabilidade limitada existentes em nosso direito (sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou sociedade anônima), não parece existir qualquer fundamento jurídico que possa atribuir responsabilidade ilimitada ao sócio remanescentes, em vista da própria manutenção da personalidade jurídica da sociedade.

Se se mantém a personalidade jurídica, e se o principal efeito desta é o estabelecimento de um patrimônio separado que responde pelas obrigações

³² Sociedade Unipessoal, p. 116.

empresariais, que razão jurídica poderia suprimir, no tempo da manutenção da unipessoalidade derivada, a limitação da responsabilidade? A nosso ver, nenhuma.

7.1. A subsidiária integral:

A subsidiária integral, única possibilidade de unipessoal originária no direito brasileiro, surgiu com a edição da Lei 6.404/76. De fato, no contexto da legislação anterior, somente se admitia a redução temporária do quadro social da companhia a um acionista.³³

No início, seu conceito foi reprimido por parte de nossa doutrina, conforme se verifica da análise da seguinte afirmação, quase exaltada, de Miranda Valverde:

“com absoluta falta de senso, sugeriu-se a possibilidade de se constituir sociedade anônima com um único subscritor ou acionista. Gente que ouve cantar o galo, mas não sabe onde. Nenhuma lei consagra, ou poderá consagrar, essa monstruosidade jurídica – indivíduo-sociedade. Nem mesmo a lei alemã de 1937, e mais revolucionária de todas, dada a orientação política da Alemanha ‘nacional-socialista’, ousou admitir essa anomalia. (...) Aqui, porém, sob o calor dos trópicos, tudo se funde, até o bom-senso”.³⁴

³³ Art. 137 do Decreto-lei 2.627, de 1940.

Contudo, a aceitação generalizada da natureza institucional das sociedades anônimas acabou por favorecer o acolhimento doutrinário desta novel forma societária, hoje largamente incentivada. Por isso, Modesto Carvalhosa afirma que *“a pluralidade de sócios é, pois, fruto do superado contratualismo como expressão da reunião de capitais. Já o acionista único é fruto do institucionalismo, que se funda na empresa e não mais no contrato”*.³⁵

Neste passo, vale menção aos termos da Exposição de Motivos da lei anonimária, cujo teor adequa-se perfeitamente ao modelo mais amplo de unipessoal proposto pelo presente trabalho:

“A companhia que tem por único acionista outra sociedade brasileira é expressamente admitida e regulada no art. 252 (251 da lei), que dá juridicidade ao fato diário, a que se vêem constrangidas as companhias, de usar ‘homens de palha’ para subscreverem algumas ações, em cumprimento ao requisito formal de número mínimo de acionistas.”

Acatada a possibilidade jurídica da subsidiária integral (de resto claramente indicada pela lei), cumpre evidenciar algumas de suas características basilares.

Inicialmente, pode-se distinguir a subsidiária integral em originária ou derivada. Verifica-se a modalidade originária quando a sociedade controladora destaca parte de seu patrimônio para a constituição do novo ente. Já a derivada

³⁴ Sociedades Por Ações, v. 1, p. 245, nota 16.

³⁵ Comentário à Lei de Sociedades Anônimas, v. 4, p. 117.

ocorre quando a sociedade adquire todas as ações de outra companhia, sendo esta basicamente regulada pelo art. 252 da Lei 6.404/76.

Em qualquer das modalidades, deve a subsidiária integral ser regularmente constituída, para que não se confunda com uma sociedade unipessoal temporária. Desta forma, deve constar do protocolo de incorporação a intenção de constituição de sociedade nos moldes do art. 251.

Em razão da redação dada à lei, a subsidiária integral não precisa ter como única sócia uma sociedade anônima. Ao revés, ao fazer referência o texto legal de que a companhia terá como sócio único “sociedade brasileira”, acabou por possibilitar a sua criação por sociedade de qualquer espécie. Ressalte-se que a nacionalidade da sociedade controladora, desde a Emenda Constitucional nº 6, de 1995, prende-se tão-somente à exigência de que ela esteja sediada no país, não tendo qualquer relevância o fato de estar o seu controle em mãos de estrangeiros.

Defendemos que a subsidiária integral possa ser constituída até mesmo por outra subsidiária integral, discordando, desta forma, do posicionamento doutrinário majoritário no sentido de que esta modalidade societária somente pode ser constituída por sociedade plurilateral, principalmente em defesa do princípio da publicidade. Vale citar o posicionamento de Modesto Carvalhosa:

“Como referido, a doutrina aventa a possibilidade de a subsidiária constituir outras subsidiárias. Não nos parece plausível esse negócio, na medida em que a figura do controlador implica a existência de uma pluralidade de

*sócios. Ora, a subsidiária investidora do capital de outra subsidiária não seria controladora, mas única acionista. Faltariam, assim, os destinatários do regime da publicidade, que são, inclusive, os acionistas minoritários da controladora. Haveria, por sua vez, um distanciamento do 'pass through' entre os minoritários da controladora e os da subsidiária da subsidiária, ficando difícil o controle da legalidade e legitimidade dos atos dos seus administradores. Conclui-se, desta forma, que uma sociedade plurilateral poderá ter várias subsidiárias. Não poderá a controladora, no entanto, criar subsidiária da subsidiária pelas razões acima aventadas".*³⁶

Contudo, conforme já alertado, não acreditamos ser este posicionamento o mais adequado à espécie, em vista do próprio princípio da legalidade, já que a lei, fazendo menção genérica a "sociedade brasileira", evidentemente não excluiu a subsidiária integral. Ou seja: uma inconveniência prática doutrinariamente levantada não pode criar uma restrição de direito, assumindo papel exclusivo de lei.

Com relação à estrutura organizativa básica de uma subsidiária integral, vemos a generalidade das regras incidentes sobre as sociedades anônimas aplica-se a esta modalidade societária, observando-se apenas as limitações lógicas de aplicabilidade decorrentes da unipessoalidade.

Assim, a responsabilidade do sócio único em face das obrigações sociais é limitada à integralização do capital subscrito, a teor dos arts. 106 e 108

³⁶ Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, p. 130.

da Lei das Sociedades Anônimas. Da mesma forma, responde o administrador pela sua gestão de acordo com a sistemática estabelecida nos arts. 153 a 159. Ademais, a sociedade terá assembléia geral, diretoria e Conselho Fiscal³⁷, sendo conveniente esclarecer, neste ponto, que os administradores não serão acionistas.

Contudo, a subsidiária integral não pode possuir um Conselho de Administração, pela própria inexistência das pessoas naturais acionistas cuja presença resta exigida pela norma do art. 146 da lei anônima.

No tocante à assembléia geral, tem-se que pela mesma serão exercidas as atribuições previstas nos arts 121 a 137. Embora a lei não faça expressa menção à assembléia na regulação da subsidiária integral, não se pode concluir pela supressão da mesma, sob pena de violação do princípio da indelegabilidade das funções dos órgãos administrativos, previsto no art. 139 da Lei. Desta forma, é inadmissível defender-se a sub-rogação da diretoria nas atribuições da assembléia social, ou mesmo a delegação aos órgãos sociais da sociedade controladora, tal como ocorre no direito norte-americano.

Evidente que a convocação, prevista no art. 124, não se aplica à subsidiária integral, em vista da supressão da exigência pelo comparecimento do

³⁷ “Tem a doutrina abordado a questão do funcionamento do Conselho Fiscal na subsidiária integral. Bulgarelli, em seu magistral estudo sobre a matéria, lembra que o funcionamento desse órgão repousa na dialética maioria-minoria, que inexistente na subsidiária integral. Não obstante, parece-nos que diante das funções do órgão, de fiscalizar a gestão financeira dos administradores e dar parecer sobre suas contas e respectivas demonstrações financeiras, é absolutamente compatível o seu funcionamento com o da subsidiária integral. No caso, ressalta-se o caráter técnico-contábil dessas funções. Por outro lado, o funcionamento do órgão atende indiretamente aos interesses dos acionistas minoritários da controladora, em razão do princípio do *pass through*. E, sobretudo, o funcionamento do Conselho Fiscal interessa à própria sociedade controladora, tendo em vista que a conduta dos administradores da subsidiária será alcançada por essa fiscalização” (CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, v. 4, p. 127).

sócio, que logicamente sempre se dará em caso de sociedade constituída por tão-somente um sócio.

Com relação ao aumento do capital social, verifica-se a aplicação geral das normas incidentes sobre as companhias fechadas. Neste sentido, por sua concisão, vale menção ao escólio de Modesto Carvalhosa:

*“O negócio de aumento do capital social da subsidiária segue todas as regras aplicáveis às companhias fechadas. Assim, não pode haver aumento se a controladora estiver remissa (arts. 106 a 108). O aumento somente poderá ser procedido depois de realizados três quartos, no mínimo, do capital social (art. 170, caput). Também se aplica a regra de prévia avaliação dos bens conferidos pela controladora em aumento do capital da subsidiária (arts. 8º e 10). Acrescente-se ainda o proibitivo explicitado pela Lei nº 9.457, de 1997, no sentido de não poder essa conferência de bens ser estranha ao interesse social (v. art. 117)”.*³⁸

No tocante ao número de ações, oportuno é esclarecer que a unipessoalidade da subsidiária integral não leva à existência de uma única ação. Ao revés, o capital será dividido em ações da maneira como dispuser o estatuto, facilitando-se, desta forma, a transformação desta sociedade em pluripessoal, mediante transferência da titularidade de ações.

³⁸ Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, p. 129.

8. O empresário:

Grande parte da moderna doutrina comercialista busca uma substituição, ao menos em nível de nomenclatura, da figura do comerciante pela do empresário. Entretanto, no mais das vezes, o fazem mediante simples troca terminológica, sem atenção às profundas diferenças que se evidenciam.

Poucos autores, como é o caso de Rubens Requião, ao invés de proceder à simples troca de palavras, buscam uma forma de distinção. Porém, o fazem em atenção a elementos de cunho eminentemente psicológico. Desta forma, explicita o mestre paranaense que a única diferença entre empresário e comerciante está em seu perfil subjetivo, já que enquanto o comerciante assumia a individualista posição de se acreditar senhor absoluto de sua atividade, o empresário, porquanto continue a figura central do processo produtivo, está consciente da função social atinente à atividade que exerce. Vale relembrar a sua lição:

“Não há dúvida de que o empresário comercial, na linguagem do direito moderno, é o antigo comerciante. Neste aspecto, portanto, as expressões são sinônimas. Mas é preciso compreender, por outro lado, que a figura do comerciante se impregnou de um profundo ressaibo exclusivista, egocêntrico, resultante do individualismo que marcou historicamente o direito comercial, cujas regras eram expressão dos interesses do sistema capitalista de produção. Mas hoje o conceito social de empresa, como o exercício de uma atividade organizada, destinada à produção ou

circulação de bens ou serviços, na qual se refletem expressivos interesses coletivos, faz com que o empresário comercial não seja mais o empreendedor egoísta, divorciado daqueles interesses gerais, mas um produtor impulsionado pela persecução de lucro, é verdade, mas consciente de que constitui uma peça importante no mecanismo da sociedade humana. Não é ele, enfim, um homem isolado, divorciado dos anseios gerais da sociedade em que vive.

“Neste sentido, mais ideológico do que científico ou jurídico, é que se deve distinguir o empresário moderno do comerciante antigo”.³⁹

Ousamos, entretanto, dissentir do ilustre mestre. Inicialmente, ainda no campo do subjetivismo, porque a crença na consciência da função social de sua atividade salta à evidência como um excesso de otimismo quanto à superação do individualismo que marca a vida brasileira, inoportuno em um estudo científico-jurídico.

De outro lado, e de forma muito mais contundente, temos que esta maneira de distinguir o empresário do comerciante distancia-se dos contornos pretendidos pela moderna teoria da empresa. De fato, como vimos nas seções precedentes, o comerciante pode ser definido, de maneira superficial, como a

³⁹ *Curso de Direito Comercial*, p. 74. No mesmo sentido vem a lição de Francisco Wildo Lacerda Dantas: “Desponta então a grande importância do empresário moderno, traço distintivo entre este e o comerciante antigo. O empresário procura antecipar-se agressivamente aos consumidores, buscando, mercê da produção em massa, alargar o mercado e, assim, controlar a demanda, atraindo-a para si, enquanto aquele – o comerciante tradicional – a esperava passivamente, sofrendo a influência dos consumidores” (*Manual Jurídico da Empresa*, p. 26).

pessoa, física ou jurídica, que profissionalmente pratica atos de intermediação no contexto da atividade produtivo, com o intuito de lucro. Entretanto, nas lindes da teoria da empresa, o empresário é apenas um de seus elementos. E, neste contexto, tem-se como empresário a pessoa que efetiva a criação da empresa, possibilitando materialmente a organização dos fatores de produção. Assim, numa sociedade, pode ocorrer que todos os sócios, alguns ou apenas um seja empresário, sem que se desnature o ente coletivo.

Não há se falar, assim, na mera existência de um fator psicológico de distinção entre comerciante e empresário. A sua diferença é de ordem material. Quem pratica os atos de intermediação é a pessoa física ou jurídica de que se reveste a empresa, e não o empresário. Com isso, podemos concluir que o comerciante (pessoa física ou jurídica titular da atividade mercantil) e o empresário (agente impulsionador a criação da empresa) não são conceitos sinônimos ou intercambiáveis, mas sim realidades conviventes harmonicamente em qualquer estrutura societária, cada qual guardando sua peculiar significação.

Por óbvio que o posicionamento doutrinário ora combatido encontra um fundamento que não pode ser desprezado, já que o art. 2.082 do Código Civil italiano determina que “é empresário quem exerce, profissionalmente, atividade econômica organizada para a produção ou a troca de bens ou serviços”. Entretanto, há a se esclarecer que o direito empresarial exurgente na Itália não se trata da consolidação pura dos princípios da teoria da empresa, mas sim de adaptação rápida e interessada do direito comercial tradicional aos reclamos anti-individualistas da doutrina fascista.⁴⁰

⁴⁰ Tal noção de empresário encontra-se repetida em nosso Projeto de Código Civil, cujo art. 1.033 determina que é empresário “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para

E o mais curioso é que é no próprio direito italiano que encontramos uma caracterização mais precisa do empresário, por meio da obra de Asquini. Embora a temática do empresário seja retomada neste trabalho em momento mais oportuno, vale a transcrição, como elemento indicativo, da lição de Cristiano Romano:

“... ao menos no plano econômico, o empresário, com toda a sua importância, não passa de mero elemento constitutivo da empresa, ainda que, no plano jurídico, seja confundido com a própria empresa, cuja noção ele absorve devido à ausência, na mesma de personalidade própria, conforme veremos melhor adiante.

“Como elemento constitutivo da empresa, o empresário (singular ou coletivo) é aquele que conjuga os fatores da produção, organiza e coordena as atividades, assume os resultados e os riscos, dentro dos limites fixados pelo legislador”.⁴¹

E é de uma crítica a este conceito que se extrai elemento basilar à compreensão da matéria, qual seja o risco. Ocorre que este é assumido pelo organizador da atividade empresarial tão-somente no caso do comerciante individual. De fato, na hipótese das sociedades mercantis resta evidente que é a pessoa jurídica, ente abstrato, quem assume as responsabilidades (e os riscos)

a produção ou circulação de bens ou serviços”. O conteúdo de tal norma merece análise em seção própria, na sequência deste trabalho.

⁴¹ Personificação Jurídica da Empresa, p. 74-75.

decorrentes da atividade empresarial. De fato, no caso das sociedades de responsabilidade limitada (sejam sociedades por quotas ou sociedades anônimas, que, em conjunto, mostram-se como espelho da quase totalidade das formas de constituição dos comerciantes nacionais) os sócios têm como risco simplesmente o de receberem, ou não, sua participação nos lucros, sem responsabilização patrimonial pessoal (salvante na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica). Tal se dá porque quem assume as obrigações, respondendo com seu patrimônio pelos riscos da atividade empresarial, é a pessoa jurídica, e não os sócios.

De outro lado, é também cristalino que a principal função do empresário é a de atuar como agente impulsionador da empresa, agindo desde a tomada das providências burocráticas necessárias à constituição regular de uma sociedade comercial até a efetiva organização dos fatores de produção para o atingimento dos fins lucrativos por todos pretendidos. Tal atividade, à evidência, não pode ser desenvolvida pelo ente abstrato que é a sociedade (que, em sua pessoa, responde patrimonialmente pelos riscos).

Tem-se, em conclusão, que a figura do empresário somente se confunde com a do comerciante quando se estiver diante de um comerciante (ou empresário) individual. Já no caso das sociedades mercantis (representantes de quase toda a atividade econômica relevante) tem-se que estas são comerciantes (contraíndo em seu nome obrigações e respondendo pelos riscos), enquanto que os sócios efetivamente impulsionadores e organizadores da atividade (sejam todos, alguns ou um deles) serão identificados como os empresários.

Ressalte-se que a aplicação de tal raciocínio à lição de Rubens Requião conduz ao mesmo resultado. Afinal, crer no contrário seria considerar a

hipótese de consciência dos reflexos sociais da atividade por parte de uma pessoa jurídica. Logicamente, tais atributos somente podem ser imputados aos sócios condutores da atividade social.

Percebe-se, assim, que porquanto se mostre urgente uma reforma do direito comercial pátrio, mormente pela atualização do vetusto Código de 1850, tal mister não se cumprirá satisfatoriamente pela apressada e indevida apropriação de elementos da teoria da empresa. Ou seja: empresário e comerciante são conceitos absolutamente distintos, pelas razões expostas.

9. A empresa:

A realidade da empresa não passa despercebida ao observador minimamente atento, independentemente de ser o seu objeto de estudo a sociedade, a economia ou o direito.

No campo social, estamos praticamente todos organizando nossas vidas em função de papéis sociais quase sempre ligados ao processo produtivo, seja nos preparando para ocupar os melhores postos de trabalho, seja no desempenho de funções produtivas, seja, finalmente, no sempre almejado (e muitas vezes desnecessário) objetivo do exercício do papel de consumidores.

Já para a economia, desde a disseminação dos princípios da Revolução Industrial, a empresa passou a ocupar o posto de mais importante agente, superando, para alguns, até mesmo a figura do Estado, que tem sido mesmo relativizada ante as inquestionáveis demonstrações de poder por parte dos grandes impérios empresariais.

E tal realidade sócio-econômica, à evidência, não poderia escapar da análise do aplicador do Direito, seja motivando atuações positivas dos legisladores

(como nos casos da proteção aos mais relevantes elementos do estabelecimento comercial, ou no da edição da legislação antitruste), seja motivando e embasando trabalhos doutrinários de vanguarda, como, por exemplo, os referentes à personificação jurídica da empresa, ao fim da dicotomia do direito privado ou à personificação jurídica da empresa individual (o que modestamente se pretende com este texto).

Em suma, não se pode negar a presença da empresa como vetor científico em qualquer área das ciências humanas. Cumpre, então, construir uma conceituação básica da empresa, visto que a mesma será pressuposto necessário para a construção das conclusões finais desta dissertação.

9.1. Conceito:

A empresa, à evidência, não é uma criação do legislador. Configura-se como realidade econômica que se desenvolveu largamente antes de atrair a atenção do jurista. Desta forma, a conceituação jurídica da empresa não se pode afastar de sua realidade econômica, razão pela qual os doutrinadores repetida e acertadamente referem que o conceito jurídico se amolda ao econômico, não podendo o jurista pretender a criação de uma ficção que não se conforme à realidade dos fatos.

Nesta ótica, toma-se classicamente a empresa como organização dos fatores de produção pelo empresário, com vistas ao desenvolvimento de uma atividade profissional tendente à consecução de um resultado lucrativo.

Para além da simples conceituação, vale referir que a empresa não constitui, atualmente, um instituto jurídico plenamente regulamentado pelo direito, sendo absolutamente equivocado crer que empresa e sociedade, ou empresa e

comerciante, são conceitos assemelhados. A empresa mostra-se, atualmente, como realidade de ordem econômica motivadora de algumas reconduções em leis específicas. Por isso, pode-se afirmar com segurança que são efetivamente relevantes para o universo jurídico não a empresa em si, mas sim os reflexos de sua existência e, principalmente, da relevância de seu poder sócio-econômico.

Vale referir as observações que fez Hermano Machado acerca da complexidade envolvida na realidade econômica da empresa, mostrando que a mera organização, tomada como ponto de partida, desdobra-se em diversas outras conseqüências quando sua materialização em forma de atividade. São as suas conclusões:

- a) A empresa é uma organização de bens, direitos e pessoas voltadas para o exercício de uma atividade;*
- b) Essa atividade é geradora de valor ou de riqueza, sob a iniciativa ou o comando do empresário;*
- c) A organização serve como instrumento para a atividade desenvolvida em nome do empresário;*
- d) Quem estrutura essa organização é o empresário, com a sua iniciativa e o comando da empresa;*
- e) Essa organização e essa atividade são de certa permanência ou duração, subsistindo mesmo que muitos de seus componentes se alterem ou sejam substituídos;*
- f) O nível e escopo desta atividade é a obtenção de uma vantagem econômica (que em alguns casos pode não ser o lucro);*

- g) *Essa atividade é desenvolvida segundo uma ação racional, orientada pelo cálculo econômico;*
- h) *A empresa tem autonomia de direção. O chefe da empresa comanda sua atividade interna e externa, gozando de autonomia em suas decisões;*
- i) *A empresa apresenta autonomia financeira e contábil, dentro de cujo quadro são apreciadas as vantagens econômicas obtidas;*
- j) *A produção da empresa é destinada ao mercado;*
- k) *A empresa implica comunidade de trabalho. Existe uma pluralidade de pessoas que exercem papéis de direção e de execução de serviços num trabalho coordenado para a consecução de um fim;*
- l) *A empresa utiliza assalariados para a execução da tarefa produtiva;*
- m) *A comunidade de trabalho compreendida pela empresa abriga inúmeros conflitos, avultando o criado pelo choque de interesses contrapostos do empresário-empregador e dos empregados-assalariados;*
- n) *A empresa exerce, notadamente quando assume grande dimensões, influência e poder sobre os mercados em que atua – mercado de mão-de-obra, de bens de uso intermediário, das matérias-primas, de insumos, e o próprio mercado onde oferta os seus produtos. A estrutura oligopólica (poucos vendedores) ou monopolista*

(um só vendedor), oligopsônica (poucos compradores) ou monopsônica (um só comprador) do mercado é decisiva para a atribuição deste poder à empresa;

- o) Os dirigentes da empresa detêm um poder político que se agiganta com a grande empresa. As decisões empresariais da grande empresa implicam macro-decisões econômicas. Refletem-se não só na vida dos participantes dos bens de produção, como também na atividade econômica em nível de emprego, não só regional ou nacional, como, no caso das multinacionais, até internacional”.*⁴²

Contudo, ao jurista interessam mais de perto apenas alguns aspectos da empresa, em face da necessidade de tutela específica para o regular desenvolvimento da economia. Por isso, uma série de facetas da empresa, como é o caso das técnicas empregadas no fenômeno produtivo, estão afastadas do âmbito da análise jurídica.

Com relação aos ângulos da empresa que mais interessam ao direito, tornou-se clássica a lição de Ferri, para quem são efetivamente relevantes os seguintes:

- a) A empresa como expressão da atividade do empresário. A atividade do empresário está sujeita a normas precisas, que subordinam o exercício da empresa a determinadas*

⁴² Referido por DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Manual Jurídico da Empresa, p. 36-38.

condições ou pressupostos ou o titulam com particulares garantias. São as disposições legais que se referem à empresa comercial, como o seu registro e condições de funcionamento;

- b) A empresa como Idéia criadora, a que a lei concede tutela. São as normas legais de repressão à concorrência desleal, proteção à propriedade material (nome comercial, marcas, patentes, etc);*
- c) Como um complexo de bens, que forma o estabelecimento comercial, regulando a sua proteção (ponto comercial), e a transferência de sua propriedade;*
- d) As relações com os dependentes, segundo princípios hierárquicos e disciplinares nas relações de emprego, matéria que hoje se desvinculou do direito comercial para se integrar no direito do trabalho”.*⁴³

Vale ressaltar que tal elenco de ângulos da empresa não representam sua definição, mas tão-somente aspectos mais relevantes para o direito. Reverbera, então, o questionamento: qual é o conceito de empresa para o direito?

Neste ponto, cada nação, no âmbito das peculiaridades de seu direito mercantil, disciplinou a matéria de forma específica, ou, como é o caso do Brasil, nem ao menos se construiu qualquer definição. Antes de apontar um conceito jurídico da empresa para o direito brasileiro, cumpre revisitar os mais

⁴³ Citado por REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, p. 49.

importantes sistemas jurídicos comerciais, para verificar como conceituam a empresa.

9.1.1. No direito francês:

Foi o Código Comercial napoleônico a primeira legislação a se referir à empresa como realidade jurídica. E o fez no seu art. 632, ao incluir, no rol dos atos de comércio, *“todas as empresas de manufatura, de comissão, de transporte por terra e água”*, bem como *“todas as empresas de fornecimento, de agência, escritórios de negócios, estabelecimentos de vendas em leilão, espetáculos públicos”*.

Contudo, embora se referisse à empresa, não trouxe o Código uma definição. Concluíram os doutrinadores, então, que a empresa seria a organização dos fatores econômicos voltada à prática em massa de atos de comércio.

Não se construiu, desta forma, um direito empresarial na França, tendo o legislador simplesmente se apoiado na noção econômica de empresa para melhor descrever algumas modalidades de prática de atos de comércio.

Mas a doutrina francesa, em seus estudos a respeito da natureza da empresa, legou uma obra fundamental a todos os pesquisadores posteriores. Trata-se do livro *“L’Entreprise et le Droit”*, de Michel Despax, cuja importância e conteúdo central são indicados pela lição de Rubens Requião:

“Uma obra francesa merece aqui destaque. Intitula-se L’Entreprise et le Droit, e seu autor, Michel Despax, recebeu como galardão prêmio do Ministério da Educação, sendo seu livro laureado pela Faculdade de Direito de Toulouse. Nessa

monografia, que chamou a atenção dos meios jurídicos europeus, Despax adota o conceito econômico de empresa de M. James, de que é ela todo o organismo que se propõe essencialmente produzir para o mercado certos bens ou serviços, e que depende financeiramente de qualquer outro organismo.

*“A tendência do moderno autor é a de dissociar a noção de empresário da noção de empresa, fonte de incertezas que cercam a noção jurídica da empresa, como ele próprio observa, pois, ‘de mais a mais, com efeito, o direito considera a empresa como uma entidade autônoma distinta da pessoa do empresário, e, em certos casos, até mesmo opõe o interesse desta ao interesse daquele’. A monografia do festejado autor é o ponto mais alto que a doutrina francesa atingiu, no sentido da personificação da empresa”.*⁴⁴

Os fundamentos da tese esposada por Despax, e que tiveram reflexos diretos no direito pátrio na obra de Romano Cristiano, serão melhor estudados em momento oportuno no desenvolvimento desta dissertação.

9.1.2. No direito italiano:

Ao revés do direito francês, em que a empresa foi referida como noção subsidiária no elenco dos atos de comércio, o Código Civil italiano de 1942 elegeu a figura do empresário como núcleo do direito mercantil. E é a na doutrina

⁴⁴ Curso de Direito Comercial, pp. 50-51.

italiana, à evidência, que se encontra a maioria dos doutrinadores do direito empresarial.

Antes de referir as suas principais conclusões, entretanto, cumpre evidenciar que o Código Civil italiano não se materializou num processo politicamente isento. Ao contrário, nasceu no decurso da Segunda Guerra Mundial, época em que o fascismo imperava como doutrina imposta no território italiano. E, no conceito fascista, toda a individualidade é perniciosa, sendo o coletivismo dirigido o grande valor perseguido pelos estadistas, entre os quais se destacou a figura de Benito Mussolini. Somando-se a esta realidade o caráter repressor do Estado, chegamos à evidente conclusão de que a empresariedade do Código italiano constituiu-se, em grande parte, em vetor da política fascista, perdendo, com isso, muito de sua juridicidade. Neste ponto, retomamos a precisalção de Rubens Requião:

“Quando da reforma do direito privado italiano, que culminou no Código unificado de 1942, em virtude de imperativo político do regime fascista dominante, de ordem corporativa, elevou-se a empresa como centro do sistema. Proscreeu-se do Código a palavra e a figura do comerciante, que representava uma imagem tradicional do mundo capitalista superado pela pretensiosa ideologia dominante. Daí por que a empresa, no ordenamento corporativo, foi alçada como elemento fundamental nas relações jurídicas e econômicas, tendo o Conselho de Ministros, na fase de estudos do projeto de codificação, por proposta do Min. Dino Grandi, louvando a

orientação, afirmando: 'As razões históricas que justificavam a autonomia do Código do Comércio deviam considerar-se superadas pelo ordenamento corporativo fascista, pois o caráter profissional, um dos fatores originários do direito comercial, deixa de ser uma característica especial desse direito, desde que o fascismo enquadrara totalitariamente, na organização corporativa, a economia nacional'.

"Mas os legisladores fascistas malograram ao tentar construir um sistema legal para a empresa. O próprio Min. Grandi, na Exposição de Motivos (Relazione), comentou o desapontamento que causou haver a empresa ficado na penumbra, pois era ela que se pretendia erigir como ponto culminante do novo direito italiano. E aduz que 'o Código não dá a definição de empresa, mas a sua noção resulta da definição do empresário. É empresário quem exercita profissionalmente atividade econômica organizada para o fim de produção ou de troca de bens ou de serviços', como realmente se lê no art. 2.082 da codificação civil".⁴⁵

A longa referência histórica se justifica em face da adoção, pelo legislador pátrio, quando da redação do Projeto de Código Civil em trâmite no Congresso Nacional, de conceitos e normas colhidos diretamente do Código italiano, repetindo seus termos num contexto em nada assemelhado ao então ocorrente na Itália.

⁴⁵ Curso de Direito Comercial, pp. 51-52.

Feita esta observação, cumpre referir que os doutrinadores italianos partiram, então, para a tarefa de definir a empresa, sendo que se destacaram, neste mister, as obras de Giuseppe Valeri, Asquini e Francesco Ferrara.

Giuseppe Valeri buscou a construção de um conceito que refletisse a realidade econômica da empresa, afirmando que haveria, na sua conformação, a inter-relação entre quatro elementos, quais sejam a atividade econômica, a organização, a profissionalidade e o intuito lucrativo.

Partindo desta noção, Asquini percebeu que o fenômeno da empresa não apresenta uma noção única em suas repercussões jurídicas, apresentando-se como uma realidade poliédrica, em face de seus aspectos mais relevantes para o direito. Elencou, então, os quatro perfis da empresa, quais sejam:

- a) subjetivo: decorre da própria noção legal de empresário, buscando a identificação do sujeito de direito que desenvolve a atividade empresarial;
- b) funcional: refere-se à atividade profissional efetivada para a obtenção dos resultados pretendidos;
- c) patrimonial: busca a identificação e a tutela do estabelecimento subjacente à empresa; e
- d) corporativo: regulamenta a relação havida entre o empresário e os seus diversos colaboradores no desenvolvimento da atividade empresarial.

Finalmente, Ferrara critica a teoria de Asquini, aduzindo que a empresa, em realidade, só teria significação em decorrência dos critérios estabelecidos direito positivo, razão pela qual, no âmbito do direito italiano, releva apenas a figura do empresário, sendo a empresa apenas uma conseqüência de sua atividade, sem relevância jurídica a partir do momento em que o empresário, e não a empresa, é o pilar do direito comercial italiano.

9.1.3. No direito brasileiro:

Como restou salientado na subseção 9.1 deste capítulo, o direito comercial brasileiro ainda não toma a empresa como elemento central de identificação da atividade profissional por ele tutelada. Ao contrário, o núcleo ainda são as noções de comerciante e de atos de comércio. Neste sentido vale referência à lição de Sylvio Marcondes Machado:

“É de concluir-se pela inexistência de componentes jurídicos que, combinados aos dados econômicos, formem um conceito genérico de empresa; ou, considerada a constância do substrato econômico, pela inexistência de um conceito de empresa como categoria jurídica.”

Com isso, é evidente que não temos uma definição legal de empresa uniforme do direito pátrio, porquanto não sejam poucas as leis que se refiram a este instituto (no mais das vezes, confundindo-o com a figura do comerciante). De outro lado, o Projeto de Código Civil, há mais de 20 anos em tramitação, dá indícios de abandonar os antigos critérios de comercialidade para edificar um novel direito empresarial. Contudo, o estudo das atuais remissões legislativas à empresa, bem como sobre o conteúdo do Projeto, face à sua relevância, merecem a atenção de um capítulo especialmente dedicado ao seu estudo.

Neste passo, cumpre apenas referir alguns dos conceitos doutrinários da empresa em nosso país.

Para Carvalho de Mendonça, empresa seria *“a organização técnico-econômica que se propõe a produzir a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realização de lucros, correndo riscos por conta do empresário, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige estes elementos sob sua responsabilidade”*.⁴⁶

O conceito de Spencer Vampré é o seguinte: *“empresa, no sentido aqui usado, é a organização econômica, que se propõe a obter mediante a combinação da natureza, do trabalho e do capital, produtos destinados à troca, correndo os riscos por conta de uma pessoa, que reúne e dirige estes elementos sob sua responsabilidade”*.⁴⁷

Já entre os autores modernos, temos na lição de Dylson Dória o seguinte conceito: *“sob o prisma do Direito Comercial, a empresa se traduz numa atividade exercida pelo empresário, sendo-lhe indiferentes o capital e o trabalho, quando olhados isoladamente, pois mais não são que bens e pessoas”*.⁴⁸

Mais completos são os termos de Fábio Ulhoa Coelho: *“conceitua-se empresa como sendo atividade, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços gerados mediante a organização dos fatores de produção, os quais, no capitalismo, compreendem a força de trabalho, a matéria-prima, o capital e, segundo alguns enfoques, também a tecnologia”*.⁴⁹

⁴⁶ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 2ª ed., v. 1, pp. 492-493.

⁴⁷ Tratado Elementar de Direito Comercial. Rio de Janeiro, 1921, v. 1, p. 70.

⁴⁸ Curso de Direito Comercial, p. 48.

⁴⁹ O empresário e os Direitos do Consumidor, p. 12.

9.2. Natureza jurídica

As duas possibilidades lógicas que primeiro se abrem na busca da definição da natureza jurídica da empresa são as de sujeito ou de objeto de direito.

Por diversas vezes o legislador pátrio atribuiu à empresa características de sujeito de direito. Entre outros exemplos, inoportunos no momento, pode-se citar, por sua clareza e relevância, a redação dada ao art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, *verbis*:

“Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.⁵⁰

Tal procedimento faz com que seja forçada uma indevida sinonímia entre empresa e sociedade comercial. Indevida porque sujeito de direito, no âmbito do direito comercial, é o comerciante. E comerciante, como já tivemos a oportunidade de esclarecer, é conceito absolutamente distinto de empresa. Vale retomar a lição de Clóvis do Couto e Silva:

“A concepção da empresa ‘como unidade econômica’, e não como ‘unidade jurídica’, reside na circunstância de o conceito de pessoa jurídica ser próprio e exclusivo do Direito. Essa

⁵⁰ “Esta definição, como visto, refoge aos padrões da legislação civil e comercial em geral, sendo inovação do direito trabalhista, adotado igualmente pelo direito tributário (i.e. art. 127, § 1º, b, do decreto 1.041, de 11/01/94 – RIR) e pela CF/88 (art. 171)” (ISFER, Edson. Sociedade Unipessoal e Empresa Individual, p. 44.).

*afirmação é óbvia, pois é fácil constatar a existência de uma só empresa, de uma só unidade econômica, ainda quando esta unidade se fracione juridicamente, como objeto patrimonial de diversas pessoas jurídicas. Se diversas sociedades se encontrarem controladas por uma outra sociedade e se elas estiverem organizadas para a obtenção de determinados fins, o patrimônio, juridicamente separado, de cada uma delas, é, entretanto, sob o ponto-de-vista econômico, uma unidade”.*⁵¹

Oportuno destacar que a impossibilidade de enquadramento da empresa na categoria de sujeito de direito decorre tão-somente do critério de personificação adotado pelo legislador pátrio. De fato, decorrendo a personalidade jurídica de uma autorização legal, tem-se que somente podem ser considerados como tais aqueles entes relacionados nos arts. 14 e 16 do Código Civil, que não menciona a empresa.

Indo além, poder-se-ia destacar que nem toda sociedade comercial configura-se também como empresa. Basta perceber que uma sociedade regularmente constituída, mas temporariamente inativa, não será uma empresa. Ademais, nem toda empresa é comerciante, em vista da possibilidade de constituição de empresas civis.

Porém, em razão do inegável crescimento em importância da empresa na realidade jurídico-econômica mundial, alguns doutrinadores passaram a considerar a empresa como um sujeito de direito nascente, sob a premissa de

⁵¹ O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro, p. 22.

que, porquanto atualmente não se possa imputar personificação jurídica à empresa (em vista do critério legal supra-referido), existe uma acentuada tendência de, em breve, ser concedida pelo legislador a personificação jurídica de tal realidade.

Tal movimento, inaugurado pelo francês Michel Despax⁵², ganhou seguidores entre nós, entre os quais ressaltamos as pessoas de Romano Cristiano⁵³ e Isabel Vaz⁵⁴. Mas a questão relativa às tentativas de outorga de personalidade jurídica à empresa, em vista de suas peculiaridades, serão melhor analisadas na subseção 9.4 deste capítulo.

Afastada de plano a possibilidade de a empresa ser confundida com o sujeito de direito, resta definir se a mesma constitui-se em objeto juridicamente tutelado. Tal hipótese surge das conclusões daqueles que equiparam a empresa ao estabelecimento comercial.⁵⁵

Entretanto, tal posicionamento também não se mostra acertado, visto que, porquanto o estabelecimento se revele como o perfil patrimonial da empresa, deste fato não se pode concluir pela aproximação da empresa à categoria de objeto de direito. Ocorre que o estabelecimento, como referido, é apenas um dos aspectos da empresa, vez que o fundamento organizativo desta não se pode identificar numa realidade material como é o fundo de comércio⁵⁶.

⁵² Em sua obra *“Entreprise et le Droit”*.

⁵³ Em sua obra *“Personificação Jurídica da Empresa”*.

⁵⁴ Em sua obra *“Direito Econômico das Propriedades”*.

⁵⁵ Entendendo-se estabelecimento comercial como o conjunto de bens destinados à consecução dos objetivos materiais, ou, como bem refere Alfredo de Assis Gonçalves Neto, como a “ferramenta de trabalho” do comerciante (Apostamentos de Direito Comercial, p. 124).

⁵⁶ Adotamos a sinonímia entre estabelecimento e fundo de comércio, porquanto exista posicionamento diverso manifestado por Fábio Ulhoa Coelho.

Mesmo revelando-se de solução simples tal questão, tem ela acarretado uma dificuldade prática no tocante à tentativa de reconhecimento de sucessão obrigacional na hipótese de compra de estabelecimento comercial por outro comerciante.

Bem sabemos que o estabelecimento, na forma de um bem componente do patrimônio do comerciante (normalmente considerado um bem móvel), pode ser transferido a terceiros sem maiores formalismos, bastando para tanto um simples contrato de compra e venda, que pode se dar até mesmo de forma oral. Neste contexto, busca-se constantemente a responsabilização do adquirente do estabelecimento pelas obrigações anteriormente contraídas pelo alienante.

Com relação a débitos tributários e trabalhistas, a matéria não guarda dificuldade, em vista da existência de legislação específica neste sentido. Mas as obrigações de natureza outra não podem de plano ser transferidas ao adquirente do fundo de comércio, sob pena de se confundir tanto empresa com estabelecimento quanto empresa com sujeito de direito. De fato, quem assume a obrigação é o sujeito de direito (no caso, o comerciante, que também é o sujeito de direito que firmará o contrato de compra e venda do estabelecimento) e não a empresa (que será mantida ou extinta pelo alienante, dependendo do fato de o mesmo dar ou não continuidade à sua atividade após o ato de alienação), assim como a transferência do estabelecimento (uma realidade material inerte), não importa a alienação da empresa (organização dos fatores de produção vitalmente ligada à figura do empresário, que, à evidência, não se transfere juntamente com o estabelecimento).

Não se podendo concluir pelo enquadramento da empresa à categoria de sujeito ou de objeto de direito, qual seria então a sua natureza jurídica? Na conclusão de Rubens Requião, chega-se à conclusão de que a empresa é uma abstração, ao menos no âmbito do direito brasileiro.⁵⁷

Contudo, em vista da perplexidade decorrente do cotejo entre a relevância da empresa como realidade e a carência de enquadramento jurídico como categoria, surge ainda uma última possibilidade de resolução da questão proposta nesta seção, por parte dos autores que outorgam à empresa a natureza de instituição, na forma melhor descrita na doutrina de Hauriou.

Contudo, cremos que também a natureza de instituição não pode ser pretendida para a empresa, visto que a instituição, após o ato de constituição da pessoa jurídica subjacente (no caso do Direito brasileiro, uma sociedade anônima), passa a se considerar existente e subsistente por si própria, sendo irrelevantes as alterações no quadro societário ou mesmo na estrutura diretiva. E tal enquadramento lógico afasta-se da empresa no ponto em que esta depende vitalmente de sua face subjetiva, que é o empresário. Ou seja: a empresa não tem existência própria, dependendo da atividade da pessoa do empresário. Ademais, resta dificultoso analisar o institucionalismo nas microempresas familiares ou na atividade do comerciante individual, nas quais a empresa praticamente se reduz à iniciativa de um ou alguns poucos indivíduos.

Cremos, assim, que a melhor resposta à questão da natureza jurídica da empresa seja aquela referida por Requião, no sentido de considerá-la uma abstração. Entretanto, não se trata de um reconhecimento na forma de uma

⁵⁷ “(...) o conceito de empresase firma na idéia de que é ela o exercício de atividade produtiva. E do exercício de uma atividade não se tem senão uma idéia abstrata.” (Curso de Direito Comercial, p. 57)

capitulação ante à impossibilidade de uma melhor definição, mas sim na de um corolário lógico do reconhecimento da multifacetação do fenômeno empresa. Neste sentido, vale nova referência às palavras de Clóvis do Couto e Silva:

*“Na verdade, os aspectos subjetivos e objetivos encontram-se mesclados na empresa: são, até mesmo, complementares. Não seria necessário, decerto, salientar que o Direito, algumas vezes, valoriza o aspecto subjetivo e, em outras, o aspecto objetivo, ou institucional, havendo na constituição interna de muitos modelos jurídicos tensão permanente entre essas duas noções”.*⁵⁸

Neste passo, cumpre relembrar a lição de Asquini, que esclareceu os perfis da empresa. Adotando-se a lição do doutrinador italiano, temos que não é possível a adoção de uma natureza jurídica identificadora da empresa, mas sim o levantamento dos perfis que se revelam mais relevantes nesta multifacetada realidade. Segundo o clássico autor, *“o conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico e poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram”.*⁵⁹

Em conclusão quanto a este tópico, tem-se que, no atual estágio do direito pátrio, não se pode conferir uma natureza jurídica única à empresa, cumprindo tão-somente considerá-la, em sua generalidade, uma abstração, sem olvidar, contudo, os diversos perfis que a mesma ganha nas regulações

⁵⁸ SILVA, Clóvis do Couto e, pp. 22-23.

⁵⁹ Perfis da Empresa, p. 109.

específicas em que o legislador, ao menos de forma indireta, pautou-se em sua realidade econômica para construir uma legislação mais próxima da realidade fática.

9.3. Alguns aspectos relevantes da empresa para o Direito:

Porquanto a exposição retro refira-se à considerável dificuldade de preciso enquadramento jurídico no atual estágio evolutivo de nosso direito mercantil, o legislador pátrio, na edição de alguns textos normativos, não se tem furtado à percepção da realidade econômica da empresa, de forma que, ao menos de forma puntual, já existem consideráveis penetrações da teoria da empresa no direito vigente no Brasil.

Embora refuja aos objetivos desta dissertação a análise profunda de cada exemplo a seguir mencionado, vale destacar a utilidade de tal exame, porquanto perfunctório. Ocorre que a aceitação da penetração incidental da teoria da empresa na conformação moderna do direito pátrio revela-se como fundamento basilar à construção do embasamento lógico-jurídico necessário à proposição deste trabalho, qual seja a necessidade de aceitação jurídica do comerciante individual de responsabilidade limitada. De fato, como veremos, um dos mais sólidos fundamentos da proposição reside no desequilíbrio no tratamento que se confere às empresas, em razão simplesmente de sua estruturação formal. Ou seja: parte-se não mais da atenção à forma, mas sim do respeito à estrutura empresarial subjacente tanto ao comerciante individual quanto ao coletivo.

Feitas tais considerações, cumpre enumerar, entre diversos outros exemplos que poderiam ser citados, os seguintes casos de atenção ao fenômeno empresa por parte do legislador brasileiro:

9.3.1. Direito do trabalho:

Segundo já tivemos a oportunidade de mencionar, a redação conferida ao art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho refere-se ao empregador como *“a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”*.

Tal disposição, contudo, vem sendo criticada de há muito, por induzir a uma indevida personificação jurídica da empresa. De fato, não se afirma que o empregador pode ser pessoa natural ou jurídica, mas sim que a empresa pode ser individual ou coletiva. Contudo, no contexto do direito brasileiro, a empresa não é um ente capaz de assumir obrigações, sendo evidente que o assunto possível é a pessoa, jurídica ou natural, que estabeleça relação não eventual de subordinação, mediante pagamento de salário.

Contudo, não se pode negar a norma, bem como a justificativa de proteção ao trabalhador pela mesma emanada. Aliás, vem desta justificativa de criação a compreensão do alcance da lei, que visa, entre outros efeitos, possibilitar a proteção dos direitos trabalhistas na hipótese de alienação de estabelecimento comercial.⁶⁰ Tal prática, bastante comum em hipóteses de tentativa de diminuição do ativo por empresário que se vê na iminência da insolvência, não poderia gerar prejuízos ao trabalhador, de forma que a responsabilidade pelos créditos trabalhistas, de forma excepcional, transfere-se ao

⁶⁰ Ou mesmo de pulverização formal societária de estruturas empresariais conglobadas.

adquirente do estabelecimento mercantil. Neste sentido, mostra-se oportuna a lição Francisco Wildo Lacerda Dantas:

*“Assim, embora a venda ou o trespasse da empresa acarretasse, nos termos da legislação civil, a cessação das relações obreiro-patrimoniais, pela extinção do contrato de trabalho, remanescendo apenas o direito de os antigos empregados cobrarem os respectivos créditos dos antigos detentores da empresa, continuavam a existir os contratos de trabalho, considerados celebrados com a empresa, tendo em vista que esta continua a existir, embora com nova titularidade”.*⁶¹

9.3.2. Lei antitruste:

O direito antitruste brasileiro, atualmente sistematizado na Lei 8.884/94, elenca diretamente a empresa como sujeito passivo de suas normas. Após a ampla e imprecisa redação dada ao art. 15 deste diploma legal, tem-se, no art. 16, a determinação de que *“as diversas formas de infração à ordem econômica implicaram a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente”*. E, no art. 17, fez-se consignar que *“serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica”*. Ou seja: a lei antitruste não se considerou a existência da empresa como agente econômico, mas, indo além, abandonou a

⁶¹ Manual Jurídico da Empresa, p. 363.

noção de comerciante para referir-se diretamente à empresa como seu principal sujeito passivo.

E a justificativa para esta opção legislativa vem no sentido da possibilitação de imposição de suas normas a outros agentes que não os comerciantes, de forma a se abranger também os empresários agrícolas e os prestadores de serviços, que, porquanto não se enquadrem no clássico conceito de comerciante, detêm a mesma capacidade de atuação abusiva (tanto contra a concorrência quanto contra os consumidores), de forma a serem englobados no campo da sujeição passiva da lei. E é neste sentido que vem a lição de Márcia Carla Pereira Ribeiro:

*“a noção de empresa que decorre da análise da Lei nº 8884/94 é a de empresa comercial, abrangendo aquela já tradicionalmente submetida ao ordenamento jurídico específico de direito comercial e incluindo o reconhecimento de caráter empresarial e comercial das prestadoras de serviço e agrícolas”.*⁶²

9.3.3. Registro empresarial:

Outra grande demonstração de acatamento dos preceitos do direito empresarial pelo legislador brasileiro foi a edição da Lei 8.938/94, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins. Nesta lei, o legislador não mais refere a figura do comerciante, substituindo-a por completo pela da empresa mercantil.

⁶² A Noção de Empresa na Lei nº 8.884/94, p. 99.

A crítica à opção legislativa é evidente, visto que, como mais uma salientamos, a empresa não é sujeito de direito no Brasil. Para os otimistas, a lei, embora com a atual imprecisão terminológica, evidencia a tendência de substituição do direito comercial pelo direito da empresa. Contudo, não se pode deixar de mencionar que a errônea utilização do vocábulo empresa em muito tem contribuído para o próprio atraso de uma implementação do direito empresarial, por perpetuar leituras equivocadas. Afinal, como bem assinalou Jorge Lobo, *“a imprecisão do conceito jurídico de empresa, bem assinalou Ripert, decorre de uma série infindável de fatores, que vão desde a aplicação do vocábulo a situações extremamente diferentes até o uso indiscriminado da palavra pelo legislador, estrangeiro e brasileiro”*.⁶³

Mas, de qualquer forma, o que releva para o momento é a percepção de que o legislador pátrio não ignora a realidade da empresa, adotando aspectos do direito empresarial nestes e em muitos outros campos jurídicos, aqui não referidos por simples questão de concisão.

9.3.4. A empresa no Projeto de Código Civil:

O Projeto 634/75, em longa tramitação junto ao Congresso Nacional, inspirou-se diretamente na sistemática do Código Civil italiano de 1942 para prever, em seu Livro II, a sistematização da atividade negocial.⁶⁴ Desta forma, tal

⁶³ A Empresa: Novo Instituto Jurídico, p. 12.

⁶⁴ Embora, como bem alerta Waldirio Bulgarelli, verifica-se “que ao menos em três pontos básicos difere o sistema brasileiro daquele do Código Civil italiano: 1. Quanto à regulamentação do trabalho na empresa; 2. Quanto à sujeição do empresário e da sua atividade ao Estado; 3. Quanto ao regime peculiar de manter o empresário comercial como o centro do sistema, fazendo passar por via dele, o regime de ônus e obrigações impostos” (Tratado de Direito Empresarial, p. 190).

como sucedeu no direito italiano, buscou-se a modernização do direito comercial por meio da unificação formal do direito privado e da substituição da figura do comerciante pela do empresário. Desta forma, o Projeto restou assim estruturado:

LIVRO II – DA ATIVIDADE NEGOCIAL

TÍTULO I – Do empresário

Capítulo I – Da caracterização e da inscrição (arts. 1.003 a 1.008)

Capítulo II – Da capacidade (arts. 1.009 a 1.017)

TÍTULO II – Da sociedade

Capítulo único – Disposições gerais (arts. 1.018 a 1.022)

SUBTÍTULO I – Da sociedade não personificada

Capítulo I – Da sociedade em comum (arts. 1.023 a 1.027)

Capítulo II – Da sociedade em conta de participação (arts. 1.028 a 1.033)

SUBTÍTULO II – Da sociedade personificada

Capítulo I – Da sociedade simples (arts. 1.034 a 1.075)

Capítulo II – Da sociedade em nome coletivo (arts. 1.076 a 1.081)

Capítulo III – Da sociedade em comandita simples (arts. 1.082 a 1.088)

Capítulo IV – Da sociedade limitada (arts. 1.089 a 1.121)

Capítulo V – Da sociedade anônima (arts. 1.122 e 1.123)

Capítulo VI – Da sociedade em comandita por ações (arts. 1.124 a 1.126)

Capítulo VII – Das sociedade cooperativa (arts. 1.127 a 1.130)

Capítulo VIII – Das sociedades ligadas (arts. 1.131 a 1.135)

Capítulo IX – Da liquidação da sociedade (arts. 1.136 a 1.146)

Capítulo X – Da transformação, da incorporação e da fusão das sociedades (arts. 1.147 a 1.156)

Capítulo XI – Da sociedade dependente de autorização (arts. 1.157 a 1.175)

TÍTULO III – Do estabelecimento

Capítulo único – Disposições gerais (arts. 1.176 a 1.183)

TÍTULO IV – Dos institutos complementares

Capítulo I – Do registro (arts. 1.184 a 1.192)

Capítulo II – Do nome (arts. 1.193 a 1.206)

Capítulo III – Dos prepostos (arts. 1.207 a 1.216)

Capítulo IV – Da escrituração (arts. 1.217 a 1.234)

Além desta estrutura básica, constaram do Projeto, nas Disposições Finais e Transitórias do Livro Complementar, dois dispositivos atinentes à atividade negocial.⁶⁵

A primeira constatação decorrente da análise da forma optada pelo legislador de abordagem da matéria remete a um sistema que, porquanto não cuide especificamente da empresa, aborda, de forma minudenciada, os três perfis apontados por Asquini.

⁶⁵ *Tratam-se dos arts. 2.090 e 2.091, com a seguinte redação: “Art. 2.090. Enquanto não for por lei organizado o Registro das Empresas (art. 1.184), as suas atribuições serão exercidas pelo Registro de Comércio.” “Art. 2.091. Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e sociedades empresárias as disposições de lei, não revogadas por este Código, referentes a comerciantes ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis.”*

Assim, o Projeto cuida da atividade, do empresário e do estabelecimento, sendo inovadora a regulamentação jurídica deste, proposta pelo Título III.

O empresário é caracterizado pela norma do art. 1.003, pela qual mantém a orientação do Código Comercial de 1.850, no sentido de manter o subjetivismo (visto que o empresário é a figura central de análise), embora haja dependência do sistema objetivista para que se proceda à própria identificação do empresário (por meio do exercício profissional da atividade descrita pelo Projeto).

Tal orientação, como já tivemos a oportunidade de salientar, mostra-se equivocada, vez que não dá ao empresário a qualificação jurídica precisa, confundindo-o, de forma imprópria, com a noção de comerciante. De outro lado, no que concerne ao objeto de estudo do presente trabalho, tem-se que não há na legislação proposta qualquer progresso no sentido da possibilitação do reconhecimento jurídico do comerciante individual de responsabilidade limitada.

De fato, porquanto o Projeto busque a modernização do direito mercantil com relação a diversos aspectos pontuais, a tratativa pelo mesmo proposta não aponta, ao contrário do que possa parecer em uma primeira leitura, para uma plena adoção do direito da empresa. Isto porque, ainda que se refira diretamente ao empresário, ao invés do comerciante, o sistema proposto não vai muito além, neste campo, de uma simples troca de denominação de comerciante para empresário. Não se caminha, assim, para a personificação jurídica da empresa, na forma mencionada na seção seguinte, de forma que o sistema proposto no Projeto não traz alterações quanto ao regime jurídico imposto ao comerciante (ou empresário) individual, principalmente no tocante à sua responsabilidade pelas obrigações empresariais, que continua ilimitada, com o

patrimônio pessoal do empresário respondendo integralmente pelos débitos decorrentes da atividade empresarial.

Mas é oportuno destacar que a atuação projetista não deixou de ser inovadora em um área de extrema relevância, visto que no cerne da proposta está o fim da dicotomia formal do direito privado, fato que decorre diretamente dos postulados do direito empresarial.

Na sistemática do Projeto, são previstos diferentes tratamentos jurídicos aos empresários em decorrência da forma organizacional adotada, que pode variar deste a sociedade simples até a sociedade anônima. Mas não mais existe distinção de regulamentação jurídica como decorrência do objeto social, o que tradicionalmente cindiu as sociedades em comerciais e civis. Como bem assentou Jorge Rubem Folena de Oliveira,

*“Impõe-se notar que, na linha do avanço da teoria da empresa na seara jurídica, o Projeto de Código Civil de 1975, propôs o fim da dicotomia entre sociedades civis e comerciais, adotando-se a atividade empresarial como fundamento das sociedades”.*⁶⁶

Conclui-se que o projetista, porquanto não tenha adotado a teoria da empresa em suas mais profundas conseqüências, não fechou os olhos a determinados resultados de sua aplicação, como se deu, de forma mais relevante, com o caso do fim da distinção jurídica entre as sociedades civis e as comerciais.

9.4. A proposta de personificação jurídica da empresa:

A mais incisiva proposta de reformulação normativa decorrente dos postulados da teoria da empresa reside na de concessão de personalidade jurídica à mesma. A pessoa jurídica, desta forma, desloca seu substrato da pessoa dos sócios, incidindo sempre que se constatar a existência da empresa. Neste sentido, vale atenção à lição de Romano Cristiano:

“É preciso que o direito passe a reconhecer formalmente a moderna empresa, dando-lhe ao mesmo tempo nova estrutura, compatível com a atual realidade sócio-econômica, para que ela acabe por fim ocupando o lugar que verdadeiramente lhe compete, isto é, o de única agente no âmbito das atividades do comércio, em substituição às já velhas figuras de comerciantes individuais e sociedades comerciais”.⁶⁷

A possibilidade de personificação de uma realidade cuja base é abstrata (organização) já foi objeto de profunda análise no direito alemão, quando do combate à visão simplificadora que nelas via tão-somente um patrimônio destinado a um determinado fim. Por isso, os doutrinadores alemães, entre os quais podemos referir Larenz, vêm na fundação uma conjugação entre finalidade, organização e patrimônio.

⁶⁶ Desenvolvimento da Teoria da Empresa – Fim da Distinção Entre Sociedades Cíveis e Comerciais, p. 36.

⁶⁷ A Personificação Jurídica da Empresa, p. 155.

O mesmo fenômeno é reconhecível no direito francês, que já se manifestou no sentido de que a vontade dos sócios pode ser contrariada em caso de relevante interesse social, tutelando a empresa, desta forma, e superando-se o interesse de seus sócios. Clóvis do Couto e Silva mostra-nos interessante precedente:

“Não faz muito tempo discutiu-se na França o caso de uma empresa francesa, Berliet, que havia feito um contrato de exportação com a China Continental. Essa empresa francesa encomendou vagões de carga à Fruehauf francesa, subsidiária da Fruehauf Corporation americana, para serem exportados para a China. A companhia Fruehauf francesa recebeu ordem da Fruehauf americana para não entregar os aludidos vagões à Berliet, em razão da legislação americana que impedia o comércio com a China. Os membros da diretoria da Fruehauf francesa, representantes dos sócios minoritários franceses, perceberam que, se não cumprissem o contrato com a Berliet, que, à época, consumia cerca de 40% de sua produção, as perdas e danos levariam à falência a Fruehauf francesa. Em consequência, requereram junto ao Tribunal do Comércio que fosse nomeado um administrador para a Fruehauf, de sorte a determinar o cumprimento do contrato de entrega dos aludidos vagões. O administrador foi nomeado e a decisão foi confirmada pela Corte de Apelação de Paris, através da decisão de 22.5.65. A operação foi feita

*ainda que a ordem de direção fosse em sentido diverso. O interesse na manutenção da empresa superou a vontade expressa da maioria dos detentores do capital”.*⁶⁸

A proposta reformista, porquanto pareça atraente à primeira vista, podendo mascarar uma aura de modernidade ao direito mercantil, não pode passar isenta de críticas. De fato, porquanto a simplificadora tese possibilite a almejada igualdade de tratamento jurídico entre empresários civis e comerciais, coletivos e individuais, o fato é que se mostra absolutamente inviável uma personificação plena da empresa, por razões várias, entre as quais destacamos, de forma resumida, as seguintes:

- a) A concessão de personalidade jurídica tomando como parâmetro tão-somente o fenômeno da empresa tolhe a liberdade organizativa do empresário (ou empresários), que atualmente pode optar entre formas societárias mais complexas (sociedades anônimas), mais simples (sociedades por quotas de responsabilidade limitada) ou de características peculiares aos interesses dos sócios (sociedade em conta de participação);
- b) A personificação jurídica da empresa traria extrema flexibilidade à estrutura social, de forma que os sócios poderiam entrar ou se retirar da mesma sem maiores formalidades. Tal fato, mesmo que possa parecer desejável por conferir maior dinamismo à atividade empresarial, constituir-se-ia em grande elemento de facilitação ao cometimento de fraudes, pela dificuldade de identificação dos sócios em momentos em que se mostre necessária uma atuação mais aguda do Direito. De fato, as penalidades mais efetivas

⁶⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro, p.23.

(condenações criminais aos representantes da sociedade, desconsideração da personalidade jurídica), somente se mostram efetivas quando facilmente determináveis os componentes do quadro social, mormente os representantes legais do ente coletivo;

- c) Não seria possível a manutenção da personalidade jurídica em momentos de paralisação da empresa, o que aconteceria, de forma mais evidente, na hipótese de decretação da falência da mesma, quando, embora com a natural suspensão da empresariedade, a personalidade jurídica é mantida até o encerramento do processo.

Mas, se a proposta de personificação jurídica da empresa não pode ser acolhida de forma irrestrita, ao menos pode ser utilizada como fundamento de imperatividade de reformas legislativas tópicas, notadamente nos campos da unificação do direito privado e da limitação da responsabilidade do empresário individual.

De fato, o fim da dicotomia do direito privado encontra apoiadores em razão de determinadas distorções de tratamento concedido a empresários civis e comerciais, que não mais encontram sustentação lógica. Percebe-se, por exemplo, que não mais subsistem fundamentos que autorizem a exclusão do regime falimentar de atividades empresariais que, porquanto extremamente lucrativas e dependentes de crédito (como a agricultura e a compra e venda de imóveis), são tratadas como atividades de índole civil, proporcionando aos empresários a ela atrelados um regime mais brando do que o imposto aos comerciantes. Por tal razão, as propostas de reforma da legislação falimentar são quase uníssonas no tocante à ampliação do pólo passivo da falência.

De outro lado (e de importância curial para o desenvolvimento do presente trabalho), tem-se na teoria da empresa, mormente no âmbito das lições dos que defendem a sua personificação, campo fértil para a defesa da concessão de personalidade jurídica ao empresário individual. Isto porque, conforme teremos a oportunidade de expor minudentemente, as principais razões de crítica ao regime jurídico imposto ao empresário individual (que prevê, principalmente, a sua responsabilidade pessoal e ilimitada pelas obrigações empresariais, de forma a impulsionar a criação de sociedades de fachada) reside no fato de que não podem ser tratados de forma desigual pessoas que se encontram em grau de igualdade. E, no caso do empresário individual, tem-se que não se justifica que o simples fato da existência de um sócio (com qualquer participação societária, mesmo que ínfima) seja fundamento necessário e suficiente ao enquadramento a regime jurídico extremamente mais benéfico (conforme discorreremos na seção 5 do capítulo II), principalmente a se considerar que, em ambos os casos, são encontráveis estruturas empresariais idênticas.

De fato, parece pouco lógico que duas empresas, com idêntica estrutura organizacional material e aparência ao público consumidor possam ser disciplinadas de maneira mais ou menos rigorosa pela presença, no contrato social, de um nome muitas vezes distante da administração social, que só está presente para o cumprimento do requisito da pluralidade nas sociedades mercantis. Principalmente porque, para os consumidores (e eventualmente para os próprios credores) é a empresa em sua estrutura externa (e não o quadro societário subjacente) o ente identificável e reconhecível.

A realidade da empresa, com o destaque que o direito tem dado aos seus aspectos mais notados, serve então como apoio teórico fundamental para a

construção das conclusões que serão expostas principalmente no capítulo III desta dissertação. Repise-se: não se defende aqui a concessão de ampla personalidade jurídica à empresa, mas sim o reconhecimento e utilização dos pressupostos da moderna teoria da empresa para um melhor embasamento à urgentemente necessária reforma de nosso direito comercial, para que se conceda personalidade jurídica à sociedade unipessoal, única forma segura de outorga de responsabilidade limitada ao empresário individual.

II – PERSONALIDADE JURÍDICA DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO

1. Definição de personalidade jurídica:

Tenha a natureza de ficção, tenha a de uma pessoa real preexistente à lei, a pessoa jurídica é uma realidade basilar do mundo jurídico, a qual, embora possa conduzir a crises quanto à sua efetividade em relação a certos institutos jurídicos, não pode ter a sua existência negada.

Fugindo à complexidade envolvida na matéria, cujo aprofundamento não é meta pretendida por esta curta dissertação, podemos referir e tomar como válido o conceito proposto por Fran Martins:

“Entende-se por pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário,

delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio".⁶⁹

No contexto do direito pátrio, independentemente da teoria adotada quanto à natureza do instituto, resta assente que a pessoa jurídica é, em realidade, uma concessão do legislador. Tanto essa afirmação é verdadeira que somente se reputam pessoas jurídicas no Brasil aquelas indicadas pelo art. 16 do Código Civil.

2. Consolidação histórica da personificação das sociedades comerciais

Nos anos que sucederam à edição de nosso Código Comercial, gerou-se alguma discussão doutrinária a respeito da personificação das sociedades comerciais. E a questão cervical aí envolvida era a adoção ou não, pelo direito brasileiro, do sistema alemão, que distingue as sociedades em entidades dotadas de personalidade jurídica, ou em simples comunhões. Como bem disse Carvalho de Mendonça:

"Os legisladores de 1850, não tendo a concepção das pessoas jurídicas, como atualmente estabelece a doutrina, não podiam assim considerar as sociedades de comércio. Nenhum artigo do Código lhes reconheceu a personalidade; ao contrário, parece que muitos a contestam".⁷⁰

⁶⁹ Curso de Direito Comercial, p. 204.

⁷⁰ Tratado (edição de 1958), v.3, I.2, parte 3, p. 80-81, n. 602.

Neste sistema, somente se reconhecia a existência de personalidade jurídica para as sociedades mercantis de capital. No caso das sociedades comerciais de pessoas, bem como das sociedades civis, a teoria dualista alemã não visualizava um ente autônomo frente aos seus sócios, mas tão-somente uma comunhão, na forma de uma mera unificação intersubjetiva frente a terceiros.⁷¹ Ou seja: embora fosse notório que determinadas pessoas negociam em conjunto, daí não se inferia a criação de uma pessoa jurídica, dotada de autonomia jurídica frente aos sócios, visualizando-se uma reunião de pessoas, cada qual responsabilizando-se pessoalmente pela assunção de obrigações coletivas.

Face ao sistema dualista alemão, alguns doutrinadores, inicialmente, entenderam pela sua aceitação no âmbito do direito comercial pátrio, principalmente em função da análise de dispositivos legais como os artigos 315 e 311 do diploma comercialino, aqui transcritos:

⁷¹ Vale menção às palavras de Lamartine de Oliveira quanto aos entes não dotados de personalidade jurídica no âmbito do direito germânico: "Fundamentalmente, como formas não dotadas de personalidade jurídica, conhecem-se no direito alemão as seguintes formas: a sociedade civil (Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ou BGB-Gesellschaft, regida pelo CC, BGB, em seus §§ 705-740), as sociedades comerciais de pessoas, subdivididas em sociedade aberta, equivalente da nossa sociedade em nome coletivo (Offene Handelsgesellschaft, conhecida normalmente como OHG, e regida pelos §§ 105-160 do C.Com., ou HBG) e sociedade em comandita simples (Kommanditgesellschaft, conhecida normalmente como KG, e regida pelos §§ 161-177 do HGB).

Os três tipos que vêm de ser mencionados, a sociedade civil, a OHG e a KG, constituem o grupo das sociedades, em sentido restrito, que abrange as sociedades de pessoas, quer as duas de Direito Comercial, quer a de Direito Civil.

Não se lhes reconhece a personalidade jurídica e a doutrina dominante estabelece uma básica dicotomia entre elas (que são sociedades em sentido estrito) e as formas de estrutura corporativa, a que se reconhece a personalidade jurídica, a associação, as cooperativas e as sociedades de capitais, como formas básicas." (A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, p. 58)

“Art. 315. Existe sociedade em nome coletivo ou com firma, quando duas ou mais pessoas, ainda que algumas não sejam comerciantes, se unem para comerciar em comum, debaixo de uma firma social.”

“Art. 311. Quando duas ou mais pessoas, sendo ao menos uma comerciante, se associam obrigando-se como sócios solidariamente responsáveis, e sendo outros simples prestadores de capitais, com a condição de não serem obrigados além dos fundos que forem declarados no contrato, esta associação tem a natureza de sociedade em comandita.”

Uma interpretação isolada de tais dispositivos levaria à conclusão de que os tipos societários envolvidos constituem comunhões e não pessoas jurídicas. De fato, ao se exigir que um dos sócios seja comerciante está-se a inferir que este detém a qualidade de comerciante, quando, como é consabido, no caso de sociedades mercantis dotadas de personalidade jurídica, comerciante é esta, e não os sócios que a compõem. Indo além, ao se conferir a qualidade de comerciante ao ente coletivo, perde sentido qualquer exigência de que algum dos sócios o seja. Não resta outra conclusão, na análise simples do texto normativo, senão o reconhecimento de que a sociedade, em si, não ganha o *status* de comerciante, o qual é preservado na esfera individual dos sócios, de forma que

não se poderia aceitar a personificação jurídica das sociedades em análise. Estas seriam, tão-somente, comunhões.⁷²

Além deste fundamento, os defensores da adoção do sistema dualista encontraram outro na redação dada ao art. 335 do Código, *in verbis*:

“Art. 335. As sociedades reputam-se dissolvidas:

- 1. expirado o prazo ajustado da sua duração;*
- 2. Por quebra da sociedade, ou de qualquer dos sócios;*
- 3. Por mútuo consenso de todos os sócios;*
- 4. Pela morte de um dos sócios, salvo convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem.*
- 5. Por vontade de um dos sócios, sendo a sociedade celebrada por prazo indeterminado.”*

Tal dispositivo, juntamente com o art. 336 do mesmo diploma legal, consagrou a preponderância de interesses individuais sobre os coletivos, de forma

⁷² Embora haja doutrinadores que vejam, na incidência dos dispositivos analisados, meramente a evidenciação do caráter personalístico daquelas sociedades. Neste sentido vêm as palavras de Romano Cristiano: “A presença necessária de comerciantes podia, a nosso ver, ser explicada pelo cunho eminentemente personalístico das sociedades comerciais de outrora, hoje comumente conhecidas como ‘sociedades de pessoas’. Mais importante que o capital empregado, era a pessoa dos sócios, que o público, normalmente, chegava a conhecer. E eram os sócios, pessoalmente, os maiores responsáveis pelo aviamento da empresa, que poderia diminuir ou mesmo desaparecer em caso de morte de alguns deles” (ob. cit., p. 03). Entretanto, a moderna interpretação das normas em tela, que ataca tanto a exigência de presença de um comerciante no quadro societário quanto a dissolução total da sociedade nos casos dos arts. 335 e 335 do Código Comercial, não desnatura as sociedades do Código como sociedades de pessoas, pelo que optamos por encaminhar a análise dos artigos no sentido da possibilidade de acatamento, pelo direito brasileiro, na teoria dualista, e não no sentido de mensurar o caráter personalístico daquelas sociedades.

máxime ao determinar a extinção da sociedade pela mera vontade de retirada por parte de um dos sócios.

Bem sabemos que, de há muito, os pretórios criaram a figura da dissolução parcial de sociedade, invertendo a ordem de valores preconizada pelos dispositivos em análise.⁷³ Entretanto, à época da edição do Código, tais normas também levavam à conclusão de que as sociedades de pessoas não seriam dotadas de personalidade jurídica, já que esta não restaria dissolvida pela retirada de um sócio. De fato, a personalidade permanece independentemente da ocorrência de alteração da estrutura societária, como melhor veremos adiante.

De outro lado, o mesmo diploma legal que dava argumentos aos defensores do dualismo fornecia subsídios à defesa da plena personificação das sociedades mercantis. E tal intento tomava como grande trunfo o disposto no art. 350 do Código, aqui também transcrito:

“Art. 350. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados senão depois de executados todos os bens sociais.”

Trata-se do estabelecimento da responsabilidade subsidiária dos sócios frente às obrigações sociais, sem nenhuma espécie de exceção quanto à espécie societária envolvida. A se reconhecer a plena aplicabilidade do dispositivo, está-se a se concluir pela existência de patrimônios distintos entre os sócios e as sociedades, consequência que somente seria possível se se aceitasse a plena personificação das sociedades mercantis.

⁷³ A alínea 2, inclusive, foi revogada pela Lei de Falências.

Porém, embora ambos os posicionamentos fossem juridicamente plausíveis, a legislação posterior passou a definir a opção do legislador brasileiro a partir da vigência da Lei 1.102, de 21 de novembro de 1.903, dissipando-se quaisquer dúvidas que pudessem remanescer na espécie com o advento do Código Civil, que dispõe, em seu art. 16, II, serem pessoas jurídicas de direito privado as sociedades mercantis.

Vale a remissão à superada discussão doutrinária como subsídio à compreensão de que a personificação jurídica das sociedades mercantis não surgiu incólume a barreiras de oposição, fato que pode motivar novas discussões quanto à forma de personificação das sociedades mercantis, o que, embora de forma tópica, restará proposto pelo presente trabalho.

E, entre as diversas manifestações doutrinárias no sentido da plena personificação, referimos, por sua especificidade, a de Lamartine de Oliveira:

“... o direito brasileiro (embora sem chegar aos extremos do minimalismo a que, em determinado momento de sua evolução, chegou o direito francês, como veremos) situa-se em posição antagônica à do direito alemão. Não apenas reconhecemos a personalidade jurídica de todas as sociedades comerciais, inclusive as de pessoas, o que, de resto, é a regra geral nos países latinos, como já em seu tempo observava Rhode (embora hoje essa afirmativa seja inadequada ao caso italiano) como reconhecemos a personalidade jurídica da sociedade civil, quer tenha a forma civil, quer a mercantil, como ainda temos um Código que não

estabelece clara distinção entre associação e sociedade, defeito que o Projeto procurou sanar".⁷⁴

Destaque-se, ainda, que porquanto haja aparente tranquilidade na concessão normativa da personalidade jurídicas às sociedades mercantil no sistema pátrio atual, esta não é a única maneira de analisar a questão. Ocorre que, porquanto a lei determine a concessão ou não de personificação jurídica, sistemas há, como o francês, que admitem a extensão da personificação por simples aproximação analógica entre entidades distintas, em que um não recebe o favor legal. Noutros, como o italiano, tal extensividade não é presumida. Neste passo, as palavras de Lamartine de Oliveira são esclarecedoras:

"A análise que acaba de ser feita demonstra que a dicotomia fundamental a que antes nos referimos (...) entre sistemas maximalistas (em que um máximo de analogia é exigido para que se reconheça a personalidade jurídica: Alemanha e Suíça; Itália) e sistemas minimalistas em que a tendência, opostamente, é no sentido de amplo reconhecimento de personalidade jurídica a qualquer grupamento ou entidade que satisfaça requisitos mínimos de analogia (França) significa também e paralelamente uma dicotomia entre sistemas dualistas (ou sistemas maximalistas, exatamente porque recusam a personalidade jurídica a determinadas figuras, que para outros sistemas são pessoas jurídicas, têm

⁷⁴ A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, p. 40.

*necessidade de dualidade de institutos: pessoa jurídica e gesamthanggemeinschaft, como na Alemanha, pessoa jurídica e sujeitos de direito não personificados, como na Itália) e sistemas monistas, em que há apenas pessoas jurídicas como única forma conhecida de autonomização, de unificação de relações, de subjetividade de direitos, além, é claro, da pessoa natural. É evidente que, em um sistema maximalista, dualista, o elenco de tipos de pessoas jurídicas compõe-se de um número bem menor de figuras, exatamente porque uma parte das figuras que, em sistemas minimalistas, monistas, são consideradas pessoas jurídicas, são, em sistema dualista, rejeitadas para o limbo da Gesamthand ou da mera autonomia patrimonial”.*⁷⁵

Ainda acompanhando a lição de Lamartine de Oliveira, temos que o legislador brasileiro optou pela adoção do sistema minimalista:

“Temos, portanto, no Brasil, um regime minimalista, monista, e, ao contrário dos precedentes europeus em matéria de monismo (França) totalmente liberal em matéria de concessão de personalidade. Mínimos são os requisitos de analogia para que se reconheça a personalidade jurídica, visto que são consideradas ontologicamente pessoas as sociedades, quaisquer que sejam, as associações e as

⁷⁵ A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, p. 93.

*fundações. E, ao mesmo tempo, é liberal a atitude do Poder Público, pois que não existe o sistema da concessão de personalidade, embora exista o sistema – excepcional e restrito – de autorização para constituição ou funcionamento”.*⁷⁶

E a característica minimalista do direito brasileiro referente à caracterização da personalidade jurídica acarreta um obstáculo à plena consolidação da tese do presente trabalho, visto que, como é curial, o reconhecimento da personificação da sociedade unipessoal somente seria possível por intermédio de uma reforma legislativa, seja no campo das sociedades mercantis (para abranger as unipessoais em sua caracterização) seja no da pessoa jurídica (criando nova hipótese de autorização legal).

3. Personificação das sociedades de fato:

À margem da ora insolúvel problemática da criação forçada das sociedades unipessoais de fato como forma de fuga das imposições legais ao comerciante individual, o estudo do sujeito de direito no âmbito do direito mercantil conduz a outra questão que não pode ser olvidada, já que também serve como elemento indicativo da urgente necessidade de reforma de base de nosso direito comercial. Trata-se da matéria relativa à personificação jurídica das sociedades de fato, que não encontra resposta satisfatória dentro de nossas instituições jurídicas.

⁷⁶ A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, p. 97.

Sociedades irregulares ou de fato, frise-se, são aquelas que se encontram em desacordo com as normas disciplinadoras da constituição e funcionamento das sociedades comerciais. Ou melhor, nas precisas palavras de Fran Martins:

*“Sociedades de fato são aquelas que funcionam exercitando atividades comerciais, sem, contudo, haver-se organizado segundo os dispositivos legais, não arquivando os seus atos constitutivos, se houver, no Registro do Comércio”.*⁷⁷

Desta forma, e.g., se um conjunto de pessoas se reúne para comerciar em comum, adotando um nome pelo qual serão conhecidos por terceiros, estabelecendo um local para o desenvolvimento da atividade mercantil, mas não formalizando um contrato social levado a arquivamento na Junta Comercial, encontra-se uma sociedade irregular ou de fato.

De forma indireta, são encontráveis casos em que, mesmo que contrato social exista e tenha sido levado ao competente registro, a atividade praticada não se identifica com aquela prevista na cláusula relativa ao objeto social, de forma que, em relação às atividades que extrapolem a previsão contratual, considera-se a sociedade como de fato.

A grande discussão que, sem resposta convincente, grassa na doutrina pátria, refere-se à dotação ou não de personalidade jurídica a esta espécie societária. São encontráveis dois grupos distintos de doutrinadores, sendo

⁷⁷ Ob. cit. p. 234.

que os argumentos de um não excluem a validade da argumentação do contraposto.

De fato, os defensores da personificação das sociedades de fato pautam-se na aplicabilidade, *in casu*, do art. 350 do Código Comercial, cujo conteúdo está também previsto no art. 596 do diploma processual civil. Tais dispositivos tratam da chamada responsabilidade subsidiária dos sócios pelas obrigações sociais, segundo a qual o patrimônio pessoal dos sócios somente poderá ser atingido quando for esgotado todo o patrimônio da sociedade. Ora! A se admitir a aplicabilidade destes dispositivos, estar-se-ia a reconhecer a existência de um patrimônio distinto, de titularidade da sociedade de fato. E, para que alguém possa ser titular de um patrimônio, deve ser dotado de personalidade jurídica. Resta a irrefutável conclusão de que, a se aplicar o regime da responsabilidade subsidiária às sociedades irregulares ou de fato, em face da autonomia patrimonial da sociedade, estariam dotadas de personalidade jurídica as sociedades irregulares ou de fato. Neste sentido vem a lição de Carvalho de Mendonça:

“As restrições mediante as quais procuram dificultar a existência das sociedades irregulares afetam-lhes por ventura a personalidade jurídica? Absolutamente não. Personalidade jurídica significa capacidade para ter direito patrimoniais; quer dizer autonomia patrimonial.

“As sociedades irregulares dispõem de patrimônio próprio; os credores particulares de cada sócio nada têm que ver com este patrimônio especial, nem podem ilidir ou prejudicar os

*direitos dos credores sociais, aos quais deu o Código ação contra estas sociedades, facultando-lhes todos os meios, inclusive presunções, para a prova de sua existência (art. 305 do Código Comercial); elas empregam a firma ou razão comercial; demandam e são demandadas”.*⁷⁸

Sob outro fundamento, qual seja o da capacidade para estar em juízo, vale remissão às palavras de Lamartine de Oliveira:

“O art. 12, VII, do novo Código de Processo Civil, ao permitir que a sociedade irregular possa ser parte, quer passiva quer ativamente, ‘como autora, ré, assistente ou opoente’, revogou em verdade a primeira parte do §2º do art. 20 do Código Civil.

(...)

*“Assim, entendemos ser a sociedade irregular verdadeira pessoa jurídica, embora com restrições à sua capacidade de direito”.*⁷⁹

Outra ordem de argumentação, no sentido inverso, parte do disposto no art. 18 de nosso Código Civil, pelo qual põe-se à evidência que a personalidade jurídica, no caso das sociedades comerciais, exsurge da inscrição de seus atos

⁷⁸ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, vol. III, p. 89-90.

⁷⁹ A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, p. 236 e 241

constitutivos no registro mercantil, ato que, como é curial, não foi devidamente cumprido no caso das sociedades irregulares ou de fato.

Desta forma, em face da cristalina redação dada ao art. 18 do Código Civil, dentro de um sistema normativo em que a personalidade jurídica advém da concessão legal, não resta outro caminho que não a conclusão pela inexistência de personalidade jurídica no caso do tipo societário em tela. Darcy Arruda Miranda Júnior defende esta tese, como se percebe com a análise da seguinte lição:

“É o que decorre, claramente, do disposto no art. 18 do Código Civil. Segundo este começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com o arquivamento de seus contratos, atos constitutivos, ou estatutos, ou compromisso no registro peculiar. O §2º do art. 20 do referido diploma legal é bem claro ao determinar, que não se reputam pessoas jurídicas aquelas sociedades que descumpram tal exigência: o arquivamento. Portanto, a falta do mesmo exclui qualquer possibilidade legal de considerar-se uma sociedade como dotada de personalidade jurídica”.⁸⁰

⁸⁰ *Sociedade Comercial e Outros Fenômenos Societário*, p. 38. No mesmo sentido vem a opinião de Edson Isfer: “Decorrência lógica deste preceito [art. 18 do Código Civil], é que, não sendo registrado o ato constitutivo da sociedade, no registro que lhe é peculiar, a sociedade existiria sem personalidade jurídica. E a possibilidade de existência de sociedades sem personalidade é incontestada, não sendo ilegal a sua formação. A essas entidades dá-se o nome de sociedades de fato, para distingui-las das que levam seus atos constitutivos ao registro”. (*Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais*, p. 39)

Qual, em conclusão, é a melhor resposta? Porquanto cada doutrinador possa ter sua preferência, o fato é que tanto os argumentos de ambos os pólos de discussão são verdadeiros, quanto restam incólumes aos ataques de seus oponentes. Ou seja: no sistema vigente, ambas as respostas são juridicamente possíveis.

Por ora, serve-nos a conclusão de que, também neste aspecto, o sistema do direito comercial pátrio, embasado na antiga figura do comerciante, não é capaz de conduzir a uma solução pacífica e justa.

4. Conseqüências da personificação:

Podem ser arroladas cinco conseqüências principais em face da personificação das sociedades comerciais, quais sejam, em síntese:

- a) Ser sujeito de direitos e obrigações: a pessoa jurídica, de igual forma à pessoa natural capaz, pode, em seu próprio nome, assumir direitos e obrigações, bem como estar em juízo para efetivá-los. De fato, porquanto o sócio que detenha os poderes de representação societária aponha sua assinatura pessoal nos documentos de titularidade da pessoa jurídica, esta é quem de fato assume os direitos e obrigações. Por isso, alguns autores, como Pontes de Miranda, referem-se ao poder de apresentação da sociedade, para além do conceito clássico de representação;
- b) Aquisição da condição de comerciante: Adquirindo a sociedade mercantil a condição de pessoa jurídica, é ela quem se torna comerciante. Os sócios, em decorrência, não se transformam em tais, não se confundindo com a personalidade por meio deles constituída;

c) Autonomia patrimonial: O patrimônio social não pertence aos sócios, mas exclusivamente à pessoa jurídica. Por isso, com a integralização das contribuições individuais dos sócios à formação do capital social, ocorre verdadeira transferência patrimonial, a qual, se envolver bens imóveis, somente restará efetivada após a devida averbação no Registro Imobiliário competente. De outro lado, o patrimônio que responde pelas obrigações sociais, é, em princípio este pertencente à sociedade mercantil; e

d) Flexibilidade estrutural: A composição social, bem como a espécie societária, pode sofrer alterações sem que se incorra em modificação ou extinção da personalidade jurídica. A saída ou entrada de um sócio, ou a transformação de sociedade por quotas de responsabilidade limitada em sociedade anônima, *e.g.*, porquanto alterem o contrato social, não afetam a personalidade, que não tem qualidade específica.

4.1. A limitação da responsabilidade como corolário da autonomia patrimonial dos comerciantes coletivos

No âmbito da presente dissertação, ganha evidência o efeito da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, o qual, se conjugado com o da capacidade para assunção de direitos e obrigações, conduzirá ao mais importante reflexo da personificação no âmbito do direito societário: a limitação da responsabilidade dos sócios em face das obrigações sociais.

E por que se afirma ser esta a principal repercussão da personificação sem nem todas as espécies societárias outorgam a vantagem da limitação a responsabilidade aos seus sócios? Porque, nunca é demais lembrar, à época da edição de nosso diploma mercantil o tema da personificação jurídica das

sociedades comerciais não tinha atingido a sua maturidade, cogitando-se, mesmo, a aplicação do sistema dualista alemão ao caso brasileiro. Ora! Nas comunhões as obrigações eram assumidas pelo conjunto dos comerciantes ostensivos, e não pelo resultado jurídico de sua unificação. Somente no caso das sociedades anônimas se reconhecia, sem sombra de dúvida, a existência de uma pessoa jurídica, de forma que este tipo societário contemplava a limitação das responsabilidade dos sócios ao preço de emissão das ações subscritas⁸¹.

Em virtude deste quadro, somente na virada do século⁸², época em que se cristalizavam as “conquistas” da revolução industrial, é que se reclamou a criação de um tipo societário que viesse a conjugar a limitação da responsabilidade das sociedades anônimas com a simplicidade de criação e funcionamento inerente às sociedades de pessoas previstas no Código. Após a sua regulamentação legal na Alemanha e na Inglaterra, veio o Decreto 3.708, de 1919, atender os anseios do comerciante brasileiro. Depois da edição desta lei, em face das amplas vantagens fornecidas aos sócios em face dos demais tipos societários, praticamente todas as sociedades de pequeno e médio porte no Brasil adotaram a forma de sociedades por quotas de responsabilidade limitada. De fato, segundo noticia Fábio Ulhoa Coelho, atualmente cerca de 97% das sociedades mercantis são desta espécie societária, sendo as restantes, quase que totalmente, sociedades anônimas.

⁸¹ *Abstraída a questão da responsabilização pessoal dos diretores para atos normais de gestão, vigente na antiga sistemática legal brasileira das sociedades anônimas.*

⁸² Sempre vale esclarecer o engano cometido por tantos doutrinadores: o Projeto de Lei encaminhado em 1865 pelo Conselheiro Nabuco de Araújo, que se pretendia criador das “sociedades de responsabilidade limitada”, em verdade tratava-se apenas da busca pela geração de uma sociedade anônima mais flexível, sem a necessidade de autorização do Imperador para a sua constituição.

Daí se falar com segurança que a limitação da responsabilidade dos sócios frente às obrigações sociais foi a principal consequência, no âmbito do direito societário, da certeza quanto à personificação jurídica das sociedades comerciais.⁸³

4.2. A irrealidade do capital social:

A limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais tem conduzido a novos debates, principalmente no tocante aos mecanismos de diminuição ou eliminação da proteção aos credores. Neste contexto, ganham corpo os debates referentes à efetividade do capital e do patrimônio social, aqui brevemente referidos.

O capital social foi instituído com a vocação de se tornar um dos mais relevantes elementos do contrato social, na forma de um montante sem o qual a atividade empresarial não pode iniciar-se ou manter-se. Por isso, a *affectio societatis* presume-se pelo fato de todos os sócios terem que participar de sua constituição. Além disso, a importância deste elemento faz com que ele seja intangível no decorrer da vida social, não sendo lícitas as distribuições de lucros feitas com prejuízo desta conta.

Entretanto, bem sabemos que o capital social, com o decorrer dos anos mereceu do comerciante tratamento muito diverso daquele intentado pelo

⁸³ Vale destacar, entretanto, que há notícias históricas da limitação da responsabilidade deste épocas remotas. Neste sentido, vale referência à lição de Josefina Materredona: “La responsabilidad es limitada cuando sólo se responde por una cantidad determinada. Ya en las ‘Compañías de las Indias’ las parsonas que participaban económicamente en ellas no respondían con todo su patrimonio, sino únicamente con la cantidad que habían invertido en la operación. La razón de esta limitación se ha fundamentado en la no intervención del que aporta capital en la

legislador. Dificilmente o capital social se coaduna com a sua função legal. De fato, a prática mercantil aponta para duas espécies de desvirtuação que não podem ser olvidadas.

De um lado, no âmbito das sociedades mercantis que não participam de procedimentos licitatórios, verifica-se que, para que haja maior flexibilidade no manuseio dos recursos sociais, superando-se os limites da intangibilidade, costuma-se fixar o capital social com um valor próximo do irrisório em face do montante que efetivamente seria necessário para a constituição da atividade empresarial. E, com tal prática, também se propicia uma diminuição do valor nominal do próprio patrimônio social, diminuindo as perdas do empresário na hipótese de reconhecimento da insolvência do ente coletivo.

De outro, analisando o caso dos comerciantes que regularmente licitam, verifica-se uma interessante inversão de lógica. Ocorre que nos procedimentos licitatórios costuma constar dos editais cláusula em que se exija um capital social elevado por parte das empresas participantes, como forma de garantia à administração pública. Nestes casos, o capital social muitas vezes representa o limite exigido pelo ente licitante, sem nenhuma consonância com as suas funções originais. E, para que se atinjam tais valores, não são poucos os casos em que são utilizados valores contabilmente obtidos mediante técnicas pouco ortodoxas, ou mesmo artifícios de integralizações do capital mediante bens de qualquer natureza, operando-se a avaliações fictícias. Como bem alertou o Professor Rubens Requião,

*“Somos levados a reconhecer que grande parte das fraudes cometidas nas sociedades de pessoas, inclusive nas sociedades anônimas, decorrem da facilidade com que se permite a integralização da contribuição do sócio no capital social, em bens, sejam corpóreos ou incorpóreos. Os bens incorpóreos, como patentes de invenção, marcas etc., são difíceis de avaliar com exatidão. Deixada a critério dos sócios, nas sociedades de pessoas, a atribuição de valor aos bens, sejam móveis ou imóveis, com que ingressam, abre-se oportunidade para que os mesmo abusem dessa facilidade, mencionando valores irreais, e, às vezes, fantásticos. Aliás, em suas lições na Faculdade de Direito de Paris, o Prof. Lagarde registra que ‘o inconveniente é a dificuldade da avaliação em dinheiro do aporte en nature’”.*⁸⁴

De qualquer forma, o que se evidencia é que o capital social, que seria o verdadeiro cerne de garantia do credor (por constituir uma parte intangível do capital social), está completamente desvirtuado das intenções que o legislador nele depositava. Seja por fixação a menor, seja por inexistência de recursos reais para a cobertura de valores fixados a maior. No mesmo sentido vem a lição de Calixto Salomão Filho:

“Analisando criticamente as regras de constituição de sociedades no Brasil deve-se dizer, no entanto, que sua

⁸⁴ Curso de Direito Comercial, p. 291.

*característica maior e mais negativa é o fato de não se exigir a presença de um capital mínimo. Cria-se, assim, uma situação potencialmente perigosa e juridicamente contraditória: o critério de segurança do legislador é o número de sócios e não a existência de uma dotação mínima de capital para o exercício da atividade”.*⁸⁵

Uma solução parcial para o problema seria a ampliação da regra de responsabilidade dos sócios em caso de fraude na avaliação de bens levados à integralização. Outra, adotada com sucesso pelo legislador português, seria a instituição de um capital social mínimo. São propostas simples, mas ainda distantes da boa-vontade do legislador.

4.3. A irrerealidade do patrimônio social

Também não se pode abstrair que o patrimônio social, como um todo, também é figura cuja intenção normativa distancia-se, em muito, da prática mercantil. De fato, não se pode, sob pena de incorrer em alienação pura e simples, acreditar que os demonstrativos patrimoniais dos comerciantes sejam elaborados de forma a servir de espelho inquestionável da realidade financeira da empresa.

Bem sabemos que, muito ao contrário, os demonstrativos contábeis, em diversos casos, são elaborados de forma a se buscar evasão fiscal, seja ao considerar valores irreais para um ativo imobilizado muitas vezes desgastado (ou

⁸⁵ A Sociedade Unipessoal, p. 109.

mesmo inutilizado), seja ao contabilizar as operações mercantis a menor, seja ao forjar despesas, ou ainda por meio de diversas outras formas que os criativos buscam para que se pague menos tributos e se diminua a potencialidade de perdas em caso de insolvência.

E, muito mais chocante do que a lembrança deste fato notório, é a percepção de que o direito pátrio, algumas vezes, compactua com tais atividades ilícitas. Vale destacar a criação pretoriana do balanço de determinação. Tal modalidade de levantamento da situação financeira de uma empresa surgiu na busca de uma solução justa para os casos de dissolução parcial da sociedade. Nestas hipóteses, o sócio retirante, ou seus herdeiros por ele, devem receber o seu quinhão dos haveres sociais ao momento da retirada. Se esta se opera de maneira litigiosa, eventualmente instala-se uma situação interessante, em que o sócio que aprovou um balanço patrimonial, nele apondo a sua assinatura, conteste a sua validade para efeito de pagamento de seus haveres. Ora! Bem se sabe que ninguém pode alegar a sua própria torpeza em defesa de interesse pessoal. Entretanto, a jurisprudência passou a decidir que, nestes casos, o balanço social realmente deveria ser afastado, elaborando-se um novo balanço, chamado de balanço de determinação, com o único objetivo de pagamento do devido quinhão ao sócio afastado. E, mesmo que se evidencie diferença significativa entre os valores constantes do balanço patrimonial anteriormente aprovado e os do de determinação, nenhuma sanção incide sobre a sociedade. Vale referir o julgado do Superior Tribunal de Justiça que serviu como paradigma na construção de uma nova orientação sobre a matéria:

“COMERCIAL – SOCIEDADE CONSTITUÍDA POR SÓCIOS DIVERSOS – DISSOLUÇÃO PARCIAL – CRITÉRIO DE APURAÇÃO DOS HAVERES.

*I – Na sociedade constituída por sócios diversos, retirante um deles, o critério de liquidação dos haveres, segundo a doutrina e a jurisprudência, há de ser, utilizando-se do balanço de determinação, como se tratasse de dissolução parcial”.*⁸⁶

Os debates referidos nas duas subseções retro não têm relação direta com a tese central desta monografia. Contudo, qualquer estudo relativo à limitação da responsabilidade do empresário deve referi-los, ainda que brevemente, tanto como demonstração de compreensão ampla do instituto, quanto como bandeiras de reforço às propostas de atualização normativa nestes pontos.

5. O tratamento diferenciado aos comerciantes individuais:

Os comerciantes que desenvolvem suas atividades mediante o emprego de firma individual não são, à evidência, dotados de personalidade jurídica, assumindo direitos e obrigações em decorrência da capacidade inerente à pessoa física do comerciante. Ao revés do que se verifica no campo das sociedades mercantis, o empresário, em sua pessoa física, atrai todas as responsabilidades decorrentes do exercício de sua atividade.

⁸⁶ STJ, 3ª T., un., Resp. nº 35.702-0/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 13/12/93, p. 27.454.

Por isso mesmo, os comerciantes individuais não podem receber o principal benefício decorrente da personificação jurídica das sociedades mercantis, o qual, como vimos, reside na limitação da responsabilidade dos sócios frente às obrigações sociais. Não há se falar em autonomia patrimonial, pela própria inexistência de um titular deste patrimônio, de forma que o comerciante responde pessoal e ilimitadamente pelas obrigações decorrentes de sua mercancia.

Indo além, percebemos, em outro campo, que o comerciante individual também recebe tratamento mais severo da lei no âmbito falimentar, já que, no caso das sociedades mercantis, é a pessoa jurídica que sofre a falência, ao passo que o comerciante individual sofre diretamente todos os seus efeitos, que, além da perda de administração (e posteriormente da propriedade) de todos os seus bens presentes e futuros (vinculados ou não à atividade empresarial), acarreta, *e.g.*, a vedação ao exercício do comércio.

Por isso, resta evidente a conclusão no sentido de que, para o desenvolvimento de qualquer atividade mercantil, a sociedade, mesmo que inexistia sua necessidade ou que não se identifique a *affectio societatis*, será buscada para que se possa usufruir do tratamento mais benéfico dispensado pela lei às sociedades. Daí a prática comuníssima da constituição de sociedades fictícias, em que o empresário se vale de sócios de palha para a obtenção dos privilégios decorrentes da personificação.

E tais conseqüências decorrem da impossibilidade sistemática de reconhecimento da personificação jurídica do comerciante individual, a qual, no direito brasileiro, tem como única flexibilização a abstração ocorrida no campo do

direito tributário, já que, como resta evidente, o comerciante é a própria pessoa física que pratica os atos de comércio.

“Dessa assertiva, decorre que os comerciantes individuais não podem possuir patrimônio separado para o exercício de sua atividade, registrando-o em nome do comércio, nem podem pretender a limitação de sua responsabilidade, eis que o patrimônio da pessoa deve responder pelas dívidas por ela contraídas.

“Apesar disso, é certo que, no ato da inscrição da firma individual, o comerciante destaca parte de seu patrimônio, o qual será tido como o capital necessário para sua atividade, o fundo destinado para aquela atividade. Isto não conduz, como já dito, à limitação de responsabilidade, nem à autonomia deste patrimônio em face do restante patrimônio do comerciante. nem, tampouco, na existência distinta da pessoa do comerciante da sua pessoa atuando na esfera civil (art. 20 do CCB).

“É certo, no entanto, que, para efeitos tributários, há a incidência de imposto de renda para o comerciante individual, como se pessoa jurídica fosse. O direito tributário encara o comerciante como pessoa jurídica. Nessa área do direito, o fisco impõe uma separação entre a pessoa como centro de imputações de direito civil e a pessoa comerciante.

*Esta é guindada à condição de pessoa jurídica, por mera equiparação fiscal”.*⁸⁷

Por tais razões, tem sido levantada a bandeira da necessidade de criação de mecanismo de concessão de limitação da responsabilidade do empresário individual. Destaque-se, à guisa de lembrança, a tese defendida por Sylvio Marcondes Machado na clássica obra “Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual”, lançada em 1956. Nela, o autor pretendeu o efeito indicado no título por meio da distinção entre o patrimônio do comerciante e o referente à sua atividade, que tomaria a natureza de um patrimônio com afetação. Entretanto, sua tese somente se tornaria juridicamente plausível se houvesse previsão normativa ao reconhecimento de tal patrimônio separado como categoria jurídica própria.

Tais questões serão minudentemente debatidas no capítulo III deste trabalho, cumprindo, no momento, discorrer sobre as razões que levam à tese levantada.

6. A necessidade de aceitação jurídica das sociedades unipessoais originárias:

Como salientamos na seção referente à presença da empresa no Projeto de Código Civil, não estamos de fato caminhando, por esta via, no sentido da implementação de um direito empresarial pleno. De fato, continuamos a nos centrar no pessoalismo do comerciante (agora denominado empresário), sem a acatamento da personificação jurídica da empresa. Contudo, a inquestionável presença da empresa em nossa realidade jurídico-econômica tem levado ao

⁸⁷ ISFER, Edson. Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais. 100-101.

surgimento de correntes doutrinárias no sentido da reforma de diversos aspectos do direito comercial hoje vigente em nosso país.

Entre estes debates, alguns já renderam frutos em termos legislativos, como se verificou com o aperfeiçoamento do direito antitruste, resultante da percepção do poderio econômico dos grandes grupos empresariais. Outros de há muito vêm arregimentando adeptos, como é o caso da imputação do regime do direito falimentar às empresas agrícolas e às empresas imobiliárias.

Entretanto, os preceitos da teoria da empresa geram discussões mais contundentes em duas situações específicas, quais sejam o fim da dicotomia do direito privado e a limitação da responsabilidade do comerciante individual.

Com relação ao fim da distinção jurídica entre empresários civis e comerciais, tem-se que, embora com ferrenha oposição, a aprovação do Projeto de 1975 conduziria a tal efeito. E, mesmo que tal não se dê com a aprovação do projeto, existe uma inegável tendência unificadora decorrente do desenvolvimento do direito empresarial. Com relação à sistemática proposta no Projeto, vale referir a lição de Waldírio Bulgarelli:

“Não é difícil aquilatar os efeitos que a reforma acarretará. A profundidade das alterações pretendidas, como é evidente, diz respeito não só à unidade do Direito Obrigacional, sem distinção entre atos civis e mercantis, mas, também, ao fato de que o comerciante deixará de ser o centro nuclear do sistema, igualando-se os tipos de atividades econômicas produtivas (principalmente os da indústria e serviços), passando todos a figurar em um mesmo plano. O Direito não

mais considerará o comerciante e os atos de comércio como peças angulares, como ocorre no sistema atual, pois que o fundamento da qualificação do empresário não será, como agora, 'o exercício profissional da mercancia' (art. 4º do Código Comercial), e, sim, a empresa como noção referível à atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens e serviços para o mercado, exercida profissionalmente".⁸⁸

Contudo, porquanto o tema se revele de importância curial para a compreensão da evolução do direito comercial, a busca pela cientificidade do presente trabalho leva-nos a deitar olhos especificamente sobre a última das tendências referidas, a qual se confunde com o cerne do presente trabalho.

De fato, uma consequência lógica da evolução da teoria da empresa no direito pátrio é o reconhecimento de um fenômeno que pode ser chamado de sociedade unipessoal originária, empresa individual de responsabilidade limitada ou comerciante individual de responsabilidade limitada, sendo que, conforme restará oportunamente justificado, acreditamos ser a primeira forma a mais científica, embora as demais não se mostrem incorretas (se consideradas como consequências da sociedade unipessoal).

Conforme verificamos em seções outras, o direito consagrou tratamento jurídico, no campo da responsabilização pelas obrigações sociais, absolutamente diverso quando se promove a comparação dos regimes impostos ao comerciante individual e à sociedade comercial.

⁸⁸ Tratado de Direito Empresarial, p. 15-16.

Nestas, os sócios (que são os empresários) assumem um baixíssimo risco em caso de fracasso da atividade empresarial. De fato, pelas obrigações sociais é o patrimônio da sociedade que responde, de forma que, no caso das sociedades de responsabilidade limitada (sociedades anônimas e sociedades por quotas de responsabilidade limitada, que respondem pela quase totalidade das formas organizativas adotadas pelos empresários brasileiros), a única imposição aos sócios é a integralização das parcelas de capital social pelos mesmos subscritas (no caso das sociedades por quotas de responsabilidade limitada) ou o pagamento do preço de emissão das ações subscritas (nas sociedades anônimas).

Considerando-se que cerca de 97% das sociedades atuantes no Brasil são por quotas de responsabilidade limitada, bem como que o capital social apresenta-se como instituto muitas vezes desvirtuado⁸⁹, chega-se à inevitável conclusão de que existe um regime de responsabilização dos sócios pelas obrigações sociais extremamente ameno nesta modalidade societária.

Nem se refira que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica veio trazer maior equilíbrio a esta situação, visto que, em regra, tal efeito somente pode ser lançado sobre aqueles que atuarem em desobediência aos termos do contrato social ou da lei. Ou seja: na simples hipótese de risco pelos azares da atividade empresarial não há possibilidade de imputação de responsabilidade pessoal aos sócios.

Em contrapartida, o comerciante individual tem sobre si um sistema de responsabilização de extremo rigor, visto que a pessoa do comerciante responde de forma ilimitada pelos débitos contraídos em decorrência do exercício

⁸⁹ Conforme tivemos a oportunidade de consignar na subseção 4.2 deste capítulo.

da atividade empresarial. E tal conclusão resta lógica, visto que o comerciante individual, não sendo dotado de personalidade jurídica, evidentemente assume em nome da pessoa física titular da firma individual a totalidade das obrigações empresariais. Desta forma, se os azares da vida empresarial levarem ao insucesso da atividade, o comerciante individual responderá com a totalidade de seu patrimônio, presente e futuro, pelos débitos que contraiu no exercício da mercancia.

Tal diversidade de tratamento leva a uma consequência evidente: o empresário minimamente informado sobre o regime de responsabilização procurará constituir uma sociedade, a qual, no mais das vezes, revelar-se-á uma sociedade unipessoal de fato, ou sociedade de palha.

E tal situação, evidentemente, não é benéfica a ninguém. Juridicamente, porque o Direito não dá outra escolha ao empresário senão a constituição de uma fraude. Economicamente, porque nem sempre a sociedade é desejável, o que ocorre nas atividades de pequeno e médio porte totalmente coordenadas por um empresário. E pessoalmente, visto que nem sempre o empresário encontrará quem se disponibilize a figurar como sócio, de forma a se ver obrigado a enfrentar os extremamente graves riscos da empresariedade no caso do comerciante individual, colocando em risco a totalidade de seu patrimônio.

Desta forma, resta questionar: por que se manter tal sistema? A resposta só pode ser uma: por inércia legislativa e apego à tradição. Esta também é a opinião de Eduardo de Sousa Carmo:

“Visto que o fulcro da resistência contra as sociedades unipessoais por quotas de responsabilidade limitada não vai

*além do preceito dogmático; visto que a sociedade pode subsistir como pessoa jurídica e que a identificação do sócio com a sociedade tende à petição de princípios, assenta-se que a pessoa jurídica e seu único sócio são sujeitos de direito distintos, com lastros patrimoniais nitidamente autônomos e independentes”.*⁹⁰

De fato, a limitação da responsabilidade revela-se um impulso necessário a que o empresário possa movimentar a economia de uma nação. Isto porque o país que não buscar o aperfeiçoamento de seu parque empresarial está condenado à exclusão da comunidade econômica mundial, assumindo as consequências da miséria daí decorrente. Para que possa dar impulso à sua economia, já é de compreensão antiga que o Estado deve ensejar a oferta de condições para que os seus cidadãos mais empreendedores possam dar ensejo à criação e ao desenvolvimento de empresas competitivas nos mais diversos setores econômicos. E, no exercício desta tarefa, o Estado (que atualmente tem sido cobrado no sentido da diminuição da carga tributária aos empresários) já na virada do século XX propiciou a criação de uma forma de sociedade que conjugasse a simplificação das antigas sociedades com a limitação da responsabilidade da sociedade anônima. Percebeu-se, já naquele momento, que os riscos deveriam diminuir para que os empresários pudessem melhor impulsionar a economia, restringindo os temores pessoais pelo fracasso de suas empreitadas. Criou-se, então a sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

⁹⁰ Sociedade Unipessoal Por Quotas de Responsabilidade Limitada, p. 27.

Ocorre, contudo, que tal modalidade de sociedade, porquanto se mostrasse perfeita ao agasalho das atividades de médio porte, evidentemente não se mostra totalmente conveniente a todas as atividades empresariais, principalmente as de pequeno porte, que sempre foram impulsionadas pelos empresários individuais.

Falhou o legislador, então, em não constituir um sistema que possibilitasse a limitação da responsabilidade também ao comerciante individual, fato que tem sido constantemente questionado desde a edição da célebre obra de Sylvio Marcondes Machado, ainda na década de 50. Neste sentido, vale referir as palavras de Francisco Wildo Lacerda Dantas:

“No que respeita à responsabilidade do comerciante individual, busca-se, atualmente, corrigir as distorções do sistema porque não há lógica que a lei permita a duas ou mais pessoas o que proíbe a uma só, sobretudo porque o princípio da responsabilidade patrimonial ilimitada não se coaduna com os caracteres da atividade econômica moderna”.

E, de forma ainda mais enfática, prossegue o autor:

“A recusa de aceitar-se a existência de pessoa individual distinta da personalidade da empresa – na hipótese de comerciante individual – embora representada pelo empresário e com patrimônio afetado à empresa, distinto do

*outro patrimônio da pessoa humana – ente individual por trás do empresário – tem contribuído para a consagração do fictício nas práticas comerciais. Tais práticas agridem a ética e ferem o bom senso. Por isso revela-se a preocupação sempre crescente de atenuar-se a responsabilidade do empresário individual, enquanto devedor, com resguardo do seu patrimônio privado”.*⁹¹

Manifestada nossa bandeira no sentido na necessidade jurídica do reconhecimento da sociedade unipessoal originária, de responsabilidade limitada, resta, no capítulo final deste trabalho, traçar as premissas jurídicas necessárias a tal inovação, bem como as principais conseqüências decorrentes da adoção do novo tipo societário.

⁹¹ Manual Jurídico da Empresa, p. 334.

III. A PROPOSTA DE AMPLA PERSONIFICAÇÃO JURÍDICA DA SOCIEDADE UNIPESSOAL:

1. Breve revisão conceitual:

As sociedades unipessoais, como a própria expressão indica, são aquelas compostas por apenas um sócio. São tradicionalmente classificadas em originárias e derivadas, sendo estas subdivididas em reduzidas e preordenadas a um sócio.

O sistema jurídico brasileiro admite a temporária manutenção das unipessoais derivadas, em atenção, principalmente, ao princípio da preservação da empresa. Contudo, a sociedade unipessoal originária somente é admitida de forma excepcional, com a subsidiária integral sendo regulada pelo art. 251 da legislação anônima.

Para que se possibilite a concessão do benefício da limitação da responsabilidade ao empresário individual, faz-se necessária a reforma de nosso

direito societário, para que admita, de forma ampla, a unipessoal originária, como já ocorre no direito europeu.

Resta evidente, assim, que muitas das considerações que serão expostas nas seções seguintes não encontram conseqüência normativa no direito brasileiro, embora não percam sua validade enquanto elementos de análise do instituto proposto.

2. Sociedades unipessoais e personificação:

As sociedades unipessoais derivadas são dotadas de personalidade, porquanto em realidade sejam administradas por uma única pessoa, que, como é evidente, desenvolve suas atividades da mesma forma que o faria se fosse comerciante individual. Por isso, todos os benefícios usufruídos pelos sócios, em detrimento do comerciante individual, são encontráveis na hipótese da sociedade unipessoal, apesar de não existir distinção material entre esta e o comerciante que negocia mediante o emprego de firma individual.

Em face da personificação, serão mantidos os efeitos dela decorrentes, destacando-se a autonomia da pessoa jurídica para assumir em seu nome direitos e obrigações, a autonomia patrimonial, bem como, em conseqüência, a limitação da responsabilidade do sócio remanescente em face das obrigações por ele contraídas em nome da sociedade.

Para que se evite tal desigualdade de tratamento, alguns autores de nomeada afirmam que, enquanto perdurar a unipessoalidade das sociedades reduzidas a um único sócio, o sócio remanescente responderá pessoal e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Vale referir as palavras de José Waldecy Lucena:

“Durante o período em que o único sócio teve concentradas em suas mãos todas as quotas, responde ele ilimitadamente pelas obrigações assumidas, embora em nome da sociedade”.⁹²

E a justificativa apresentada para a emissão de tal opinião funda-se no conteúdo da já mencionada e revogada norma do art. 2.362 do Código Civil italiano.⁹³

Entretanto, temos que este entendimento, porquanto justo, não guarda consonância com preceitos jurídicos básicos referentes aos efeitos da personificação. De fato, a pessoa jurídica permanece, independentemente de sua composição, não se podendo construir um quadro de personificação formal, negando os seus naturais efeitos. Há personalidade, assim como remanesce a autonomia patrimonial, a distinção entre as pessoas do sócio e da sociedade, bem como, em conclusão, a limitação da responsabilidade daquele em face das obrigações assumidas em nome desta.

É por tanto que consideramos mais coerente a lição de Cristiano Romano, aqui também transcrita:

“Durante este prazo, a existência de acionista único não altera o caráter societário da empresa, nem aumenta a responsabilidade do acionista. A tal ponto que, se a

⁹² Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, p. 676.

⁹³ “Art. 2.362. Em caso de insolvência da sociedade, pelas obrigações sociais surgidas no período em que as ações resultarem pertencer a uma só pessoa, esta responderá ilimitadamente.”

*companhia for à falência, teremos, na prática, a falência de um comerciante individual com responsabilidade limitada”.*⁹⁴

Reconhecendo-se que a sociedade unipessoal derivada permanece dotada de personalidade jurídica, superam-se óbices quanto à personificação das originárias (com as justificativas teóricas que serão expostas nas seções seguintes). Contudo, antes de abordar as premissas jurídicas da personificação, insta destacar duas questões fáticas conexas, quais sejam os desvirtuamentos da concessão da personalidade jurídica e a constituição, como alternativa, das sociedades unipessoais de fato.

2.1. A intenção da lei e a realidade atual

Contudo, porquanto uma análise jurídica isenta conduza às conclusões acima esposadas, alguns aspectos de ordem prática não podem ser olvidados como substrato a uma análise mais completa a respeito da repercussões materiais da aplicação direta do texto normativo no caso em análise.

De fato, muita coisa mudou entre o longínquo ano de 1919 e a prática mercantil atual. À época da consolidação da empresa como *celula mater* do desenvolvimento sócio-econômico, vislumbrou-se no patrimônio social um elemento de segurança aos credores da pessoa jurídica.

Entretanto, a criatividade de pessoas destituídas de senso de honestidade acabou por metamorfosear as funções decorrentes da distinção patrimonial. Atualmente, não se pode negar que prejuízos de grande monta são suportados por pessoas que, assumindo créditos sobre pessoas jurídicas, têm

⁹⁴ Personificação Jurídica da Empresa, p. 24.

frustrada qualquer tentativa de recebimento de seus haveres. Não se pode negar, neste passo, que o processo falimentar, por exemplo, em diversas ocasiões é utilizado desvirtuadamente, em benefício de “sócios” sem nenhum escrúpulo.

Por isso, muitas vezes as sociedades servem de mero instrumento de perpetração de fraudes, o que, por certo, exigirá do legislador uma atitude de combate e reforma. Vale remissão às considerações expostas nas subseções 4.2 e 4.3 do capítulo II.

2.2. Sociedades unipessoais de fato:

Para que se possa fugir do severo tratamento imposto pela lei comerciante individual, a prática mercantil construiu um instituto inovador, conhecido pela doutrina como sociedade unipessoal de fato, exurgente quando um comerciante, porquanto seja senhor absoluto de sua atividade empresarial, vale-se de outra pessoa física, que meramente cede o seu nome para que se possibilite a existência de uma sociedade.

Tais formas de associação ganharam a alcunha de sociedades unipessoais de fato por se contraporem às de direito, cuja existência, incidentalmente aprovada por nosso ordenamento jurídico, tem os característicos contornos já analisados na seção 7 do capítulo I desta monografia.

Tratam-se, em verdade, de embustes juridicamente aceitos, já os critérios que o legislador definiu quanto ao reconhecimento de uma sociedade comercial não comportam, e nem poderiam, aspectos de ordem pessoal de seus componentes. A existirem duas ou mais pessoas que cumpram as formalidades legais, nasce a sociedade. Neste sentido, vale remissão às palavras de Edson Isfer:

“A instabilidade econômica, que não circunda apenas nossa nação, mas que é vista em todo o mundo faz com que, cada vez mais, se busque limitar os riscos e os perigos encontrados na operações empresariais. E essa limitação do risco patrimonial se desafoga, inevitavelmente, no ludibrio à lei, quando não encontra nesta a fórmula correspondente. São deste gênero as sociedades formadas com ‘homens de palha’, ou ‘prestanomes’, os quais não contribuem para o capital social da sociedade, ou até mesmo contribuindo, prestando apenas um favor ao verdadeiro empresário, que deseja estabelecer sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou sociedade anônima, onde encontrará limitação de sua responsabilidade”.⁹⁵

No caso das sociedades unipessoais de fato, existe uma clara dissonância entre a formação contratual e a estrutura real da empresa. Vejamos algumas das formas mais comuns de constituição das sociedades unipessoais de fato, melhor conhecidas como “sociedades de fachada”.

⁹⁵ Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais, p. 16-17. Neste mesmo sentido: “A limitação de responsabilidade no exercício do comércio está vinculada a disposições legais que vêm, ao longo dos anos, avançando, tendo sido criados modelos jurídicos que afastam a responsabilidade dos sócios pelas dívidas sociais (é o que acontece nas sociedades anônimas e nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada). Como esta limitação de responsabilidade só é existente em sociedades, o comerciante individual é obrigado a, desejando limitar a sua responsabilidade, constituir sociedades de favor ou sociedades fictas. Essas são as únicas soluções em termos de direito brasileiro constituído, para que o comerciante individual não tenha o seu patrimônio vinculado às obrigações assumidas no exercício de sua atividade profissional.” (p. 103)

2.2.1. Sociedade entre cônjuges

Em décadas passadas, em que a mulher sofria diversas limitações de ordem jurídica, muito se discutia sobre a possibilidade de constituição de sociedade mercantil entre marido e mulher, unicamente. Contudo, atualmente tal modalidade societária tem sido aceita, sob o argumento de que não existe vedação legal que impeça a sua existência. Vale referir dois julgados esclarecedores sobre a matéria:

*“Sociedade comercial. Marido e mulher, sócios exclusivos. Legitimidade. Sem dispositivo legal que a proíba, expressa ou implicitamente, é válida a sociedade comercial entre cônjuges, mesmo comunheiros, somente desconstituível pelos efeitos invalidantes de sua formação”.*⁹⁶

*“Sociedade comercial entre marido e mulher é permitida em nosso direito. E sendo a administração da mesma feita unicamente pelo marido, está ele obrigado a prestar contas ao outro sócio, conforme princípio de direito de que todos aqueles que administram ou tenham sob sua guarda bens alheios devem prestar contas”.*⁹⁷

Em sentido contrário, vale destacar a posição de Romano Cristiano, que, fundando-se no art. 1º do Decreto 64.567, de 22 de maio de 1969, manifestou a seguinte opinião:

⁹⁶ RTJ, 48/254.

“Não pensamos da mesma forma. Em nossa opinião, o comerciante casado, ao menos o que se encontre, direta ou indiretamente, no regime da comunhão total de bens (às vezes, conforme as circunstâncias, um regime de comunhão parcial pode significar, na prática, comunhão total), ao celebrar contrato de sociedade comercial com seu cônjuge, estará continuando, em última análise, a exercer o comércio individualmente. Afinal, já existe, entre os dois, uma sociedade total, a tal ponto que a atividade de um deve ser vista sempre, direta ou indiretamente, na atividade do outro”.⁹⁸

Em que pese a presente opinião, constante de sólida monografia sobre o tema, a realidade é que os tribunais pátrios aceitam, como regra, a validade da sociedade comercial constituída unicamente entre marido e mulher.

Entretanto, salta à evidência que esta sociedade, no mais das vezes, será administrada unicamente por um dos sócios (que normalmente detém participação largamente majoritária na constituição do capital social), caracterizando, materialmente, uma empresa individual que, à vista do direito, foi constituída sob a forma de sociedade unicamente para que se possa usufruir de tratamento benéfico conferido aos sócios criadores de uma personalidade jurídica autônoma para o exercício da mercancia.

⁹⁷ TJPr, 3ª Câm. Cív., acórdão 4564, Rel. Des. Maximiliano Stasiak, publ. DJ 25/05/87.

⁹⁸ Personalidade Jurídica da Empresa, p. 26.

A aceitação pacífica de tal artificialismo não pode ser aceita sem que acabe por fechar os olhos aos mais básicos elementos consolidadores da personificação das sociedades mercantis.

2.2.2. Sociedades entre pais e filhos

O segundo caminho mais seguido pelos empresário que buscam um nome confiável para a formação jurídica de uma sociedade mercantil é a sua constituição entre pais e filhos, sendo que estes, muitas vezes, não têm idade suficiente para administrar sua própria vida, quanto mais para gerir uma empresa.

Vale referir que é plenamente possível a participação de sócios menores em sociedades mercantis, desde que não detenham poderes de gerência e o capital social esteja totalmente integralizando, valendo estas regras para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita simples (se o menor for comanditário).

Normalmente, os filhos detêm participação mínima na formação do capital social, estando completamente alheios às atividades desenvolvidas por seu genitor. Evidencia-se, também aqui, um caso de constituição de sociedade faticamente irreal.

2.2.3. Preponderância de um sócio

Além dos dois casos clássicos acima lembrados, as mais diversas possibilidades de sociedades de fachada são encontráveis na prática. Desde o famoso caso *Salomon vs Salomon & Co.*, ocorrido em 1827, na Inglaterra⁹⁹,

⁹⁹ O comerciante Aaron Salomon fez constituir uma *public company* em que o mesmo detinha 20.000 ações, enquanto que aos outros seis sócios (mínimo naquele sistema legal) foram legados os direitos referentes à titularidade de uma ação. Logo em seguida, esta companhia gerou

inúmeros são os julgados que analisam situações concretas em que a realidade aponta para a administração e distribuição de lucros praticamente centralizada em mãos de um único sócio.

Tal situação, como é evidente, não pode prosperar. Exigir uma conduta no mínimo falsa do empreendedor para que este fuja das restrições impostas à atividade exercida individualmente é colocá-lo à margem do direito pretendido. É por estas razões, entre outras que serão levantadas no decorrer da presente monografia, que propomos a ampliação da presença da sociedade unipessoal originária em nosso Direito.

No sentido da evidenciação deste contra-senso jurídico, vem a clássica lição de Lamartine de Oliveira:

“No caso de sociedade unipessoal, a circunstância de que um só seja o sócio faz com que seja muito forte a tendência deste sócio único a encarar a sociedade como mero instrumento de seus interesses, cuja autonomia deseja ver reconhecida apenas quando tal reconhecimento lhe é benéfico. A vontade social é a sua vontade. E a separação entre patrimônios só existe se e enquanto o sócio a respeita”.¹⁰⁰

enormes prejuízos aos seus credores, que buscaram, pela primeira vez, a desconsideração da personalidade jurídica desta sociedade. Embora os credores tivessem obtido êxito nas instâncias iniciais, acabaram por sucumbir no âmbito da Casa dos Lordes. Estavam lançadas, contudo, as sementes da doutrina do *Disregard of Legal Entity*.

¹⁰⁰ Ob. cit., p. 559. Vale destacar ainda que “quando falamos, neste capítulo, de sociedades unipessoais, estaremos abrangendo no estudo sociedades que não são, em sentido estrito, e rigorosamente técnico, sociedades unipessoais, principalmente as sociedades que funcionam com o auxílio de testas-de-ferro do único sócio real” (A Dupla Crise da Pessoa Jurídica, p. 560).

É de se referir, ainda, que o Código do Consumidor, em seu art. 28, §5º, indicou alguma reação jurídica às sociedades unipessoais de fato quando determinou que a sua personalidade jurídica pode ser desconsiderada quando for, “de forma alguma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Contudo, verifica-se que tal dispositivo só pode ser invocado no âmbito das relações de consumo, afastando-o das transações mercantis entre comerciantes. De qualquer forma, não se autoriza o reconhecimento da nulidade da sociedade, mas meramente a desconsideração de sua personalidade em alguns casos. E, ainda neste campo, é de se destacar que a aplicação da norma depende previamente de uma nem sempre bem sucedida questão de prova.

3. Questões referentes à responsabilidade limitada do comerciante individual:

Embora a limitação da responsabilidade do comerciante individual se mostre como um dos principais elementos justificadores das proposições do presente trabalho, a sua implementação em nível normativo não é possível sem a superação de alguns problemas de ordem doutrinária.

A primeira questão que se coloca é a possibilidade de criação de patrimônio separado pelo comerciante, para que seja logicamente viável a limitação de responsabilidade. De fato, para tanto mostra-se necessária a identificação de esferas patrimoniais distintas, dirigindo-se uma à garantia de obrigações pessoais do empresário enquanto que a outra volta-se a responder pelas obrigações de natureza empresarial. Neste sentido vale menção ao escólio de Josefina Matarredona:

“O patrimônio separado é autônomo ainda que tenha o mesmo titular que o patrimônio geral. Existem duas massas patrimoniais pertencentes a um mesmo titular. Ditas massas patrimoniais estão perfeitamente diferenciadas de tal maneira que cada credor saiba contra que massa dirigir-se.

“Neste caso a pessoa dedicada a uma atividade comercial terá dois patrimônios, o pessoal e o comercial. O patrimônio pessoal será o da pessoa física como sujeito civil e o patrimônio separado seria o do comerciante ou o afetado ao comércio. Este último responde pelas dívidas nascidas da atividade comercial. Será necessário velar pela auto-suficiência de cada patrimônio para fazer frente às suas próprias obrigações. Também deve-se garantir a transparência dos patrimônios e impedir que os benefícios ou perdas de um repercutam no outro.

“Existirão duas massas patrimoniais pertencentes a um mesmo sujeito, mas distintas. Haverá, como assinala Rubio, uma linha infranqueável de demarcação que supõe reciprocamente uma limitação da responsabilidade.

“A forma de limitar a responsabilidade consiste em determinar especificamente os bens que respondem em consequência da atividade da empresa e os que ficam excluídos de suas consequências. O patrimônio pessoal do

*sócio será inatacável pelas dívidas nascidas da exploração da empresa.*¹⁰¹

A própria definição de patrimônio separado apresenta-se de forma complexa. De fato, pela expressão são compreensíveis duas distintas situações jurídicas: de um lado, na forma de um conjunto de bens sujeito a regime jurídico diverso daquele aplicável ao patrimônio global de seu titular. Exemplo clássico desta hipótese são os bens dotais. Porém, a forma mais utilizada na designação vem no sentido de significar mecanismo para a limitação de responsabilidade. Esta, contudo, pode ainda vir no sentido da impossibilidade de responsabilizar o patrimônio separado pelas dívidas de seu titular (é o que ocorre com o bem de família), ou ainda no da exclusão dos particulares do devedor em face dos interesses dos credores por dívidas oriundas dos bens separados. E é este o sentido focado quando se coloca a problemática do patrimônio separado nos moldes da presente dissertação.

¹⁰¹ *La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada*, p. 25. Tradução nossa do seguinte original em espanhol: “El patrimonio separado es autónomo aunque tenga el mismo titular que el patrimonio general. Existen dos masas patrimoniales pertenecientes a un mismo titular. Dichas masas patrimoniales estarán perfectamente diferenciadas de tal manera que cada acreedor sepa contra qué masa debe dirigirse. En este caso la persona dedicada a una actividad comercial tendrá dos patrimonios, el personal y el comercial. El patrimonio personal será el de la persona física como sujeto civil y el patrimonio separado sería el del comerciante o el afectado al comercio. Este último responde de las deudas nacidas de la actividad comercial. Se tendrá que velar por la autosuficiencia de cada patrimonio para hacer frente a sus propias obligaciones. También debe garantizarse la transparencia de los patrimonios e impedir que los beneficios o pérdidas de uno repercutan sobre el otro. Existirán dos masas de bienes pertenecientes a un mismo sujeto, pero escindidas. Habrá, como señala Rubio, una línea infranqueable de demarcación que supone recíprocamente una limitación de la responsabilidad. La forma de limitar la responsabilidad consiste en determinar específicamente los bienes que responden de las consecuencias de la actividad de la empresa y los que quedan excluidos de sus consecuencias. El patrimonio personal del socio será inatacable por las deudas nacidas de la explotación de la empresa.”

Definida a questão conceitual e o interesse específico no contexto do presente trabalho da expressão patrimônio separado, cumpre discorrer, ainda que brevemente, acerca de uma primeira questão doutrinária tendente a negar a possibilidade de sua existência no campo da empresa individual. Tal é a teoria da unidade do patrimônio do indivíduo, segundo a qual uma pessoa somente pode ser titular de um patrimônio. Esta corrente, dominante na França do século XIX, restringe a responsabilidade limitada ao âmbito dos comerciantes coletivos, visto que, neste caso, a sociedade é proprietária de um conjunto patrimonial distinto daquele pertencente aos sócios, impedindo, portanto, a sua existência no campo do comerciante individual.

Melhor exprimindo as premissas do unitarismo, Orlando Gomes nos apresenta o seguinte quadro principiológico:

- “a) só as pessoas, naturais ou jurídicas, podem ter patrimônio;*
- b) toda pessoa tem necessariamente um patrimônio;*
- c) cada pessoa só pode ter um patrimônio; e*
- d) o patrimônio é inseparável da pessoa”.*¹⁰²

Daí se percebe que a limitação da responsabilidade, que só é possível em decorrência da existência de um patrimônio pessoal, somente seria viável se se superassem as premissas do unitarismo. E, para tanto, o caminho lógico necessário seria uma reformulação da noção de pessoa jurídica no direito

¹⁰² Introdução ao Direito Civil, p. 209.

brasileiro, para que se incluíssem entre as categorias possíveis a do empresário individual.

De fato, dependendo a limitação de responsabilidade da existência de um patrimônio separado, e dependendo este da existência de um titular dotado de um só patrimônio, há que se distinguir a pessoa física do titular da empresa pela pessoa jurídica por ele constituída, individualmente. Sempre é oportuno destacar que esta forma de personificação não é possível no atual ambiente do direito privado brasileiro, sendo necessária, para tanto, uma reformulação do próprio art. 16 do Código Civil. Somente com essa alteração da sistemática de personificação jurídica no direito brasileiro é que se poderia superar o seguinte (e atualmente justo) alerta de Modesto Carvalhosa, comentando os pressupostos da subsidiária integral:

“A teoria do patrimônio empresarial, de resto, aplica-se às firmas individuais. Porém, estas não logram personificação. A empresa integra o patrimônio geral de seu titular, não obstante ter atribuição específica. Destaca-se empresarialmente do patrimônio geral daquele, na medida em que se destina a empreendimento mercantil.

“A diferença fundamental é que na firma individual não se forma pessoa jurídica, nem se limita a responsabilidade de seu titular. Não constitui a firma individual tipo societário, pelo que será insuscetível de transformar-se em sociedade.

*Quando muito, será tal patrimônio empresarial conferido como capital em sociedade mercantil a ser constituída”.*¹⁰³

Ou seja: a teoria do patrimônio unitário (especificada por Modesto Carvalhosa no âmbito da empresa) revela-se como elemento justificador da proposta da outorga de personalidade jurídica às sociedades unipessoais, possibilitando, por este caminho único, a tão almejada limitação da responsabilidade do empresário individual.

Mas a conclusão supra ainda não conduz a uma solução tranqüila. Ocorre que, para a personificação, o legislador deve optar entre a aproximação a uma forma societária ou não-societária. Naquela, embora exista uma facilidade maior de previsão genérica, exsurtem dificuldades pela dissonância entre uma forma unipessoal e outra plural. Nesta, embora se construa um sistema de maior adaptação à realidade unipessoal, exigir-se-ia uma intensa e profunda tarefa legislativa, visto que tal modalidade está intimamente ligada ao fenômeno empresa, que, como vimos na seção 5 do capítulo I, ainda não constitui uma categoria juridicamente aceita e regulamentada no Brasil.

Na busca de uma solução alternativa, já no campo das formas não pessoais, o legislador português caminhou no sentido da personificação do próprio estabelecimento mercantil.¹⁰⁴ Com isso, embora exista uma aproximação à noção de empresa, opera-se com uma realidade juridicamente aceita e regulamentada.

¹⁰³ Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, v. 4, p. 118.

¹⁰⁴ Vale o alerta de Edson Isfer: “Aparentemente, seria esta a técnica adotada pelo legislador português, ao instituir o Decreto-lei 248/86, de 25 de agosto. Todavia, criticando aquela legislação, Oliveira Ascensão afirma que existem diversos aspectos a considerar, fazendo com que não se possa afirmar que exista, efetivamente, uma personificação da firma individual.” (Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais, p. 18).

Vale, como forma de melhor compreensão da matéria, menção à Exposição de Motivos do Decreto-lei 248/86:

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

“Mas, em contrapartida, não deixa de ser verdade que entre nós (diferentemente do que acontece na Alemanha) nunca se admitiu – entre outras razões por fidelidade à idéia de sociedade contrato – a unipessoalidade originária. (...)

“Eis porque, tudo pesado, não parece que a figura da sociedade unipessoal, nos latos termos em que passou a ser admitida no Direito alemão e francês, seja em Portugal o instrumento jurídico mais apropriado para a solução do problema da limitação de responsabilidade do empresário individual. Mais lógico e mais conforme com os princípios tradicionais do nosso Direito se apresenta o outro caminho apontado: a criação de um novo instituto jurídico – o estabelecimento mercantil individual com responsabilidade limitada”.

Há que se destacar, contudo, que a adoção simples de tal solução não é possível no ambiente brasileiro, já que o nosso direito mercantil, embora não desconheça a sua existência (o que se verifica na regulamentação da ação renovatória de aluguel, entre outras), não tratou de forma específica e minudenciada a realidade do estabelecimento mercantil (porquanto o Projeto de Código Civil tenha assumido tal empreitada). Ou seja, em conclusão: o caminho apontado pelo legislador português apresenta dificuldades de aplicação em nosso direito semelhantes às que exsurgiriam da tarefa de regulamentação da própria empresa. Assevere-se, contudo, que Cristiano Romano manifesta-se partidário desta proposta.¹⁰⁵

Por tais razões ousamos discordar da proposição de Modesto Carvalhosa, que, buscando os fundamentos de personificação da subsidiária integral, aproximou-a do patrimônio personificado. Vale remissão às palavras do autor:

“O patrimônio, uma vez revestido da forma e da organização societária, assume inteiramente os riscos da atividade empresarial perante terceiros. Cria-se, assim, um patrimônio personificado. A ordem jurídica atribui-lhe personalidade jurídica própria, que, embora tenha um titular acionista – diferentemente do que ocorre com as fundações –, este não tem mais direito real sobre aquele, que se destacou definitivamente”.¹⁰⁶

¹⁰⁵ A Empresa Individual e a Personalidade Jurídica.

De qualquer forma, a construção de um sistema de limitação de responsabilidade para o comerciante individual não se fará sem grande dificuldade. De fato, a se partir para a forma societária, será necessária a construção de uma regulamentação completa específica para a sociedade unipessoal, visto que toda a sistemática, e.g., aplicável à administração social mostra-se teórica e inútil numa realidade unipessoal. De outra ótica, ao se pretender a aproximação a uma forma não societária, seja ela a empresa ou o estabelecimento, será necessária uma modernização geral de nosso direito mercantil, para que sejam, de início, reconhecíveis e regulados tais institutos.

Ou seja: ou será necessária a construção de completo sistema marginal no campo societário (o que ocorreu, com críticas, no Peru), ou se constrói a regulamentação de um instituto ainda nascente em nosso país. E, para além dos obstáculos impostos à tarefa legislativa, existe outro, de ordem hermenêutica, que não pode ser desprezado, pois, como alertou Calixto Salomão Filho:

“Adotando a formulação societária, as regras e princípios organizativos do Direito das Sociedades serão sempre aplicáveis [o que, como já vimos, em diversas ocasiões não é logicamente viável]. Não ocorre o mesmo quanto à solução não-societária: as lacunas legais dão excessiva liberdade organizativa às partes, criando um clima de incerteza a terceiros, credores ou não”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, v. 4, p. 119.

Mas a dificuldade da tarefa não pode conduzir à omissão do legislador, visto que a limitação da responsabilidade, vista ainda sob mais um aspecto, constitui-se em necessidade sócio-econômica urgente, na forma do incentivo estatal ao desenvolvimento da atividade empresarial de pequeno e médio porte, hoje vista como alternativa lógica ao crônico problema do desemprego. Sobre os reflexos econômicos da regulamentação da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, vale atentar novamente para a lição de Calixto Salomão Filho, autor que analisou com profundidade os reflexos da proposta em tela:

*“Daí as legislações recentes que trataram do assunto da limitação da responsabilidade do comerciante individual manifestaram expressa preocupação com os fatores de ordem econômica que justificam a sua introdução. Entre eles figura o incentivo às empresas que isso acarretaria, tanto porque é historicamente comprovado que muito do sucesso da sociedade anônima é devido à limitação da responsabilidade como porque a limitação de responsabilidade constitui ‘uma força de resistência mais segura à tentação de confundir contabilidade comercial e pessoal’ ”.*¹⁰⁸

E, nesta ótica, surge mais um argumento de motivação à tarefa legislativa: a incoerência constitucional existente em nosso direito no atinente às

¹⁰⁷ A Sociedade Unipessoal, p. 35.

sociedades unipessoais. Ocorre, de um lado, que se mostra regulada há mais de vinte anos a possibilidade de sociedade unipessoal de controle (na forma da subsidiária integral, naturalmente voltada às atividades de grande porte). De outro, mostra-se como meta constitucional o desenvolvimento da pequena e média empresa como forma de desenvolvimento econômico e superação do desemprego. Ora! Cotejando-se ambas as realidades, percebe-se que, no campo da limitação de responsabilidade, o legislador brasileiro, além de omissor (por não estender as vantagens da limitação ao comerciante individual, naturalmente voltado ao desenvolvimento de atividades de pequeno e médio porte), viola o preceito constitucional (por construir um sistema favorecido tão-somente para as unipessoais de maior porte econômico, na forma da subsidiária integral). Em síntese conclusiva, tem-se que não mais se pode admitir a omissão do legislador quanto à construção de um sistema que permita a limitação da responsabilidade do empresário individual, mesmo que tal tarefa se mostre árdua.

E, nesta empreitada, mostra-se mais coerente e menos trabalhosa (no nível da reforma legislativa) a adoção da forma societária, visto que, para tanto, basta a superação do requisito da pluralidade dos sócios para a criação do ente abstrato, a partir do esclarecimento quanto à natureza jurídica do contrato social.

4. Argumentos favoráveis e contrários à limitação da responsabilidade:

Ainda que de forma perfunctória, podem ser arrolados os seguintes argumentos em favor da medida proposta nesta dissertação:

- a) Opera-se uma forma de estímulo à criação de novas empresas, visto que a limitação de responsabilidade sempre se mostrou como uma concessão estatal necessária, no campo da diminuição dos riscos pessoais, ao desenvolvimento econômico de uma nação. Assevere-se que a mesma justificativa serviu de fundamento básico à própria criação da sociedade por quotas de responsabilidade limitada;
- b) Estimula-se a criação de pequenas e médias empresas, em vista do oferecimento de uma forma constitutiva mais simples e segura;
- c) Combate-se a proliferação das sociedades unipessoais de fato, visto que a razão jurídica de sua existência estaria levantada;
- d) Prestigia-se o princípio da preservação da empresa¹⁰⁹, visto que esta poderia ser mantida em caso de falecimento ou interdição do empresário individual;
- e) Facilita-se a transferência de propriedade da empresa individual;
- f) Agiliza-se a administração empresarial, em vista da maior agilidade decisória decorrente da unipessoalidade; e
- g) Evitam-se muitos casos de dissolução parcial, como decorrência do argumento retro.

Contudo, os fundamentos de defesa da sociedade unipessoal não se mostram isentos de oposição. De fato, podem ser levantados os seguintes argumentos contrários à concessão de responsabilidade limitada ao empresário individual:

¹⁰⁹ Este é um dos mais básicos princípios do moderno direito comercial, e se consubstancia na constatação da necessidade de preservação da empresa sempre que possível, visto que esta se mostra não apenas como fonte de interesses privados dos sócios (na forma da busca de lucros), mas sim como centro de interesses de ordem social, já que, preservando-se a empresa, mantêm-se os empregos ali gerados, a arrecadação de tributos e a própria movimentação da economia de um país.

- a) Diminui-se a segurança de credores, em vista de uma maior facilitação de confusão patrimonial (pessoal e empresarial) do empresário individual;
- b) Permite-se que sejam imputadas operações desvantajosas à empresa, enquanto que outras, de lucratividade certa, poderiam ser dirigidas à esfera pessoal de atuação do empresário;
- c) Possibilita-se o cometimento de abusos na administração empresarial, em vista da inexistência de controle por outros sócios;
- d) Viola-se o princípio da unicidade patrimonial; e
- e) Viola-se o princípio contratualista da necessidade de uma pluralidade de sócios para a criação de uma sociedade comercial.

Percebe-se, desta forma, que as razões de apoio à institucionalização da tese têm conteúdo preponderantemente sócio-político, enquanto que os fundamentos de oposição mostram-se nitidamente formais, superáveis por leitura atualizada ou reforma legislativa.

De fato, a unicidade patrimonial supera-se pela concessão de personalidade jurídica à sociedade unipessoal, cuja natureza mostra-se bem explicada pela compreensão do contrato associativo, cujos contornos serão expostos na seção VI deste capítulo.

E, no tocante às três primeiras críticas específicas, tem-se que todas podem ser, quando menos, relativizadas por uma legislação societária mais moderna, como se verifica com o exemplo português.¹¹⁰ Por isso mesmo, “a sociedade unipessoal de responsabilidade existe nos Ordenamentos jurídicos de quase todos os países comunitários, por razões tanto econômicas como jurídicas”,

¹¹⁰ O texto normativo está presente para análise no Anexo VIII deste trabalho.

nas palavras de Josefina Matarredona, que justifica o fenômeno da seguinte forma:

“Em primeiro lugar, considera-se que dita classe de sociedade é um instrumento idôneo para estimular a criação e procurar a estabilidade do emprego e conseguir maior vitalidade econômica porque propicia a aparição de numerosas pequenas e médias empresas; ademais, com a sua criação e manutenção evita-se a intervenção de sócios de palha, tão comum na constituição de sociedades de capital. Dá-se a oportunidade a pessoas empreendedoras de realizar uma atividade econômica sem assumir um risco profissional exagerado. Desta forma, a sociedade de responsabilidade limitada unipessoal pode vir a ser um mecanismo econômico importante para incentivar a iniciativa privada e dirigir às atividades mercantis o capital disponível”.¹¹¹

¹¹¹ La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada, p. 59. Nossa tradução do seguinte original em espanhol: “La sociedad unipersonal de responsabilidad limitada existe en los Ordenamientos jurídicos de casi todos los países comunitarios por razones tanto económicas como jurídicas.

“En primer lugar, se considera que dicha clase de sociedad es un instrumento idóneo para estimular la creación y procurar la estabilidad del empleo y conseguir mayor vitalidad económica porque propicia la aparición de numerosas pequeñas y medianas empresas; además, con la creación y mantenimiento de aquélla se evita la intervención de testaferros tan frecuente para constituir sociedades de capital. Se da la oportunidad a personas emprendedoras de realizar una actividad sin asumir un riesgo personal demasiado elevado. Así pues, la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal puede llegar a ser un mecanismo económico importante para activar la iniciativa privada y encauzar hacia actividades mercantiles el capital disponible.”

É de se destacar ainda que entre as razões de oposição à criação da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada estaria a possibilidade de formação de grupos empresariais. Desta forma, uma empresa evitaria o crescimento de sua estrutura, com aumento patrimonial (e potencialização de perdas), por meio da criação de pessoas jurídicas diversas e interligadas, na forma de sociedades unipessoais. Seria uma forma desvirtuada de crescimento, limitando a possibilidade de responsabilização do empresário. Como bem asseverou Josefina Matarredona, *“nada impede que uma pessoa jurídica (sociedade mãe) utilize a sociedade unipessoal de responsabilidade limitada como modelo jurídico para as filiais que controla de maneira absoluta e estável”*.¹¹²

Contudo, acreditamos que a hipótese aventada não se constitui em fundamento de oposição à ampla aceitação da unipessoal originária no direito brasileiro, em vista de dois argumentos fundamentais, quais sejam a já vigente sistemática das subsidiárias integrais (possibilitadora do mesmo intento) e a possibilidade de limitação jurídica da constituição das unipessoais.

Quanto ao primeiro aspecto, há que se destacar que as sociedades de grande porte já detêm uma autorização jurídica ampla à formação de grupos empresariais no direito brasileiro, mediante a utilização das subsidiárias integrais previstas pelo art. 251 da lei anônima. Ou seja: alerta-se com a evidenciação de um pretenso risco que, em verdade, está plenamente vigente no direito pátrio há mais de duas décadas.

¹¹² La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada, p. 31. Tradução nossa, do seguinte original em espanhol: “Nada se opone a que una persona jurídica (sociedad madre) utilice la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada como vestidura jurídica para las filiales que controla de manera absoluta y estable”.

Por isso mesmo, mais que um fundamento de repúdio ao instituto proposto, a possibilidade de formação de grupos empresariais deve servir de premissa para a edição de nova legislação em que se preveja a limitação de constituição das sociedades unipessoais. Neste passo, vale atenção ao texto português (Decreto-lei 248, de 25 de agosto de 1986) que prevê, em seu art. 1º, 3, que uma pessoa somente pode constituir uma unipessoal. Com isso, inverter-se-ia o sinal de justificativa da unipessoal (atualmente voltado para a estrutura empresarial de grande porte), possibilitando-se efetivo apoio à criação de empresas de pequeno e médio porte, sem os riscos da indevida formação de grupos empresariais.

4.1 Noção de empresário como fundamento de limitação de responsabilidade:

Na seção 8 do capítulo I, construímos, ainda que de forma resumida, um critério de especificação do termo empresário, de forma a afastá-lo da sinonímia com a noção de comerciante. De fato, assentamos que uma correta interpretação da noção de empresário vem no sentido de identificá-lo com um dos elementos da empresa, na forma da pessoa que toma a iniciativa pela reunião e organização dos elementos necessários ao desenvolvimento da atividade pretendida.

Frisamos, ademais, que o empresário pode adotar, como forma jurídica externa da empresa, a estrutura de uma sociedade mercantil (em que o empresário assumirá a posição de sócio) ou de um comerciante (quando existirá identidade entre as pessoas do empresário e do comerciante).

Num momento em que ressoam manifestações doutrinárias de porte no sentido do reconhecimento jurídico do empresário como elemento basilar de

uma organização jurídico-econômica moderna, não mais poderia subsistir a imposição de um regime de responsabilização diferenciado ao empresário, como decorrência da estrutura jurídica formal adotada junto ao Registro de Comércio. De fato, embora não seja verificável distinção fática significativa entre uma empresa individual e outra que, embora dirigida de forma individual, conta com o suporte de um ato constitutivo plural (com a existência de um sócio com participação societária inexpressiva e nenhuma participação na administração da empresa), os regimes jurídicos de responsabilização impostos sobre ambos, conforme já evidenciamos de sobejo, é vário, sendo muito mais rígido com relação ao comerciante individual.

Percebe-se assim que não se adentra na era do direito empresarial tão-somente pelo fato de um hipotético futuro Código Civil inovador trazer tais termos à sua redação. É preciso mais. É preciso, entre diversas outras alterações de conteúdo reclamadas, que se incorporem de fato as premissas do direito empresarial, o que se daria, no específico âmbito do presente estudo, com o reconhecimento da legitimidade da limitação da responsabilidade do comerciante (ou empresário) individual.

4.2. Argumento final em favor da proposta de reforma legislativa:

Até o momento, defendemos a necessidade de atualização legislativa consistente na aceitação jurídica da sociedade unipessoal originária em vista de dois argumentos jurídico econômicos básicos, quais sejam o combate às sociedades de palha e o incentivo ao desenvolvimento das atividades empresariais de pequeno e médio porte.

Porém, um estudo responsável deve penetrar também em hipóteses que, porquanto não se revelem comuns, podem conduzir à produção de graves danos de ordem jurídica. E, nesta ocasião, uma destas hipóteses deve ser levantada.

Tal consiste na conjugação de dois permissivos legais básicos e inquestionáveis, quais sejam:

- a) O direito societário brasileiro aceita a existência das sociedades unipessoais derivadas; e
- b) Uma sociedade pode ser sócia de si própria, nos termos do art. 8º do Dec.-lei 3.708, de 1919.

Somando-se ambas as situações, chega-se a uma situação inusitada, na forma da hipotética constituição de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada com dois sócios, em que um deles se retira logo após a regular constituição do ente coletivo. Configura-se, assim, uma sociedade unipessoal derivada, em que, pela aplicação analógica do art. 206, I, d, da Lei 6.404/76, à qual se concede prazo aproximado de um ano para a recomposição da pluralidade de sócios.

Contudo, a necessária entrada de novo sócio se dá por intermédio da inclusão da própria sociedade como sócia de si mesma, o que também não se configura injurídico.

Ao final deste caminho lógico simples deságua-se num resultado inesperado e surpreendente: a constituição indireta de uma sociedade unipessoal (no campo fático) de responsabilidade limitada em situação não transitória, podendo manter desta forma a empresariedade indeterminadamente.

Ou seja, em pequena síntese conclusiva: a atualização normativa societária, no sentido da regulamentação da sociedade unipessoal originária, além de se constituir em imperativo jurídico-econômico, configura-se em forma de necessária superação de permissão indireta já existente no âmbito do direito pátrio.

5. Construção histórica da personificação da sociedade unipessoal:

A bandeira da responsabilidade limitada do empresário individual não é recente, ao contrário do que possa parecer à primeira vista. De fato, são referíveis, entre outras, as seguintes manifestações em sua defesa:

- a) Em 1873, Jessel publica na Inglaterra o primeiro estudo conhecido em defesa da empresa individual de responsabilidade limitada. Já naquela época, manifestou inconformismo quanto ao fato de o empresário individual dever recorrer a uma estrutura societária para limitar os seus riscos;
- b) Em 1890, O suíço Speizer propôs o reconhecimento da autonomia patrimonial do empresário individual;
- c) Em 1892, Wieland manifestou-se favoravelmente à limitação da responsabilidade do comerciante individual;
- d) Em 1910, Pisko realizou os estudos que desaguaram no Projeto de Lei adotado no Principado de Liechtenstein;
- e) Em 1934, Vivante defendeu a alteração em exame;
- f) Em 1938, Ischer publicou o estudo *Vers la Responsabilité Limitée du Commerçant Individuel*;

g) Em 1964 e 1967, Rotondi e Grisoli, respectivamente, retomaram a proposição de Vivante¹¹³.

Entretanto, foi na pandectística alemã¹¹⁴ que se desenvolveram debates mais acurados quanto à possibilidade de personificação jurídica de uma sociedade constituída por tão-somente um sócio. E tais se deram em dois sentidos principais:

- a) no tocante à possibilidade de concessão de personalidade jurídica a um ente não-coletivo; e
- b) no tocante à possibilidade de destacamento de parcela patrimonial individual para o seu direcionamento específico à atividade empresarial.

No contexto do ficcionismo de Savigny, não haveria grande dificuldade na atribuição de personalidade jurídica a um ente formado por apenas uma pessoa. Porém, para Savigny, a questão da sociedade unipessoal deveria ser analisada não à luz da possibilidade de sua personificação jurídica, mas sim em relação ao seu enquadramento à categoria de sociedade. Sob este aspecto, e considerando-se o contratualismo reinante à época, outra não poderia ser a conclusão do estudioso alemão que não a de que restava inadmissível a existência jurídica da sociedade unipessoal (repise-se: principalmente em razão da pluripessoalidade inerente ao contratualismo). Com base neste estudos, o

¹¹³ Estes dados históricos encontram-se, com maior detalhamento, na obra de Josefina Materredona.

¹¹⁴ “Os *pandectistas* eram juristas alemães, especializados no direito romano, que, do século XVII ao XIX, construíram a *Teoria Geral do Direito Civil* até hoje dominante, que serviu de base à formulação dos demais conceitos jurídicos. Deram origem à corrente do pensamento jurídico alemão denominada *conceptualismo jurídico*, que faz depender o conhecimento científico do direito de conceitos jurídicos básicos, elaborado pelos juristas partindo do direito romano, bem como considera não ter lacunas o direito, por ser possível nele encontrar-se sempre a solução para

resultado é evidente: amenizando-se (ou mesmo superando-se) o contratualismo, não existiriam maiores dificuldades, neste campo, à aceitação jurídica das unipessoais.

No sentido contrário ao ficcionismo (centrado no instituto da personalidade jurídica como concessão do legislador), vieram as teorias do patrimônio de afetação, representadas principalmente pelas obras de Brinz e Bekker. Para Brinz, a personificação surge não do reconhecimento do legislador, mas sim da necessidade de atribuição de titularidade a um patrimônio afetado a um determinado fim. Desloca-se, assim, o evento personificação da abstrata esfera legislativa para a concreta questão da possibilidade do domínio sobre uma parcela patrimonial destacada do patrimônio anteriormente pertencente aos sócios, a qual transmuda de natureza em vista de sua vinculação a um fim.

Tal visão, evidentemente, aceita a existência da sociedade unipessoal (visto que o substrato patrimonial estaria afetado a um fim independentemente do número de sócios).

Contudo, no século XIX não se admitia a possibilidade de distinção de esferas patrimoniais de titularidade de uma mesma pessoa (unitarismo). Com isso, a possibilidade de destacamento do patrimônio afetado é clara nas sociedades plúrimas (em que o titular, pessoa jurídica, distingue-se dos sócios e de seus patrimônios pessoais), embora se revelasse mais difícil na hipótese de sociedade unipessoal (em que a mesma pessoa física seria titular de duas esferas patrimoniais distintas – esta possibilidade somente se aclarou no século XX).

Já as conclusões de Gierke não apontam propriamente para uma teoria da pessoa jurídica, sendo mais correto situá-las no estudo da reunião de

sócios como realidade material. Preocupou-se o jurista não com o fundamento de concessão da personalidade, mas sim com a efetiva estrutura e organização do ente coletivo. Contudo, a partir do momento em que Gierke releva o momento da personificação, relega tal tarefa ao legislador, de forma que sua teoria, afinal, não se afasta do ficcionismo de Savigny. Mas, na base da personificação (e até mesmo antes dela) está a realidade material da pluralidade de componentes a reunirem suas vontades no sentido da criação da sociedade. E, ao exigir a pluralidade, Gierke afasta a possibilidade de aceitação da sociedade unipessoal, mesmo que temporária.

Entretanto, tais teorias, porquanto ainda atualmente sejam invocadas com frequência, não podem ser adotadas como fundamento único de acatamento ou afastamento da unipessoal (ou de qualquer inovação jurídica proposta), em vista da relatividade histórica de suas conclusões. Mas as suas clássicas proposições não podem estar afastadas de qualquer estudo que envolva a personificação jurídica, ao menos enquanto campos de verificação específica de postulados propostos.

6. A conformação jurídica da sociedade unipessoal:

Embora as considerações retro tendam a nos conduzir a uma conclusão simplista, no sentido da necessidade de regulamentação da sociedade unipessoal em moldes mais amplos, a análise desta espécie societária revela problemáticas específicas que demandam atenção do estudioso.

Ocorre que uma visão mais cuidadosa do instituto indica, de início, que não se poderia simplesmente proceder à edição de uma norma de inclusão,

entre as modalidades societárias, da sociedade unipessoal, de forma que, na solução de demandas específicas, pudessem ser invocados os princípios gerais do direito societário como norte. E tal procedimento não pode ser adotado como solução por diversas razões, entre as quais, como mera provocação inicial do problema, podemos indicar as seguintes:

- a) vários institutos do direito societário partem do pressuposto da pluralidade de sócios, de forma que não poderiam ser aplicados diretamente à sociedade unipessoal. É o caso, em princípio simples, do regramento da assembléia social, que mereceria nova conformação para que se pudesse distinguir (com segurança para os credores) as decisões pessoais das sociais; e
- b) a sociedade unipessoal situa-se, ontologicamente, numa zona fronteira entre a noção de sociedade e a de empresa, sendo que os reflexos jurídicos desta, como vimos na seção 9 do capítulo I, ainda estão em fase inicial de reconhecimento em nossa realidade normativa.

Com isso, mais do que a conclusão pela conveniência de seu reconhecimento jurídico, necessário se mostra um estudo mais cuidadoso sobre os possíveis reflexos inovadores do direito societário daí decorrentes. É o que se pretende nas próximas seções, nas quais será procedida uma análise de possíveis aplicações particularizadas dos mais relevantes institutos do direito das sociedades, bem como uma exposição comparativa das realidades jurídicas transnacionais que possam atuar como elementos de debate.

7. Natureza jurídica da sociedade unipessoal:

A questão referente a uma possível outorga de natureza institucional às sociedades unipessoais, evidentemente, cinge-se ao âmbito das unipessoais

de propriedade (caracterizadas na seção 9 deste capítulo), visto que a subsidiária integral, no contexto da Lei 6.404/76, vincula-se naturalmente à proposição de Hauriou, por opção do legislador.

Para um maior esclarecimento quanto a este aspecto, vale repisar algumas premissas diferenciadoras entre as sociedades contratuais e aquelas institucionais.

Tal debate surgiu quando da busca pela determinação da natureza jurídica do contrato social, em tarefa pela qual, a partir da refutação da natureza de contrato bilateral ao contrato social, apontaram-se, como teses finais, as da instituição e do contrato plurilateral.

Para os contratualistas, a natureza do contrato social é identificada a partir da percepção de que a sua função principal é a de, para além da criação do ente coletivo, regular os interesses internos existentes entre os sócios. Tal proposta, que será melhor analisada nesta seção, tem sido apontada como a mais oportuna na explicação da natureza jurídica do contrato social no seio das sociedades de pessoas (as mencionadas no Código Comercial) bem como no das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Porém, surgiu outra tese na tentativa de identificação da natureza jurídica do ato de criação das sociedades mercantis, qual seja a da natureza institucional. Segundo seus seguidores, as sociedades mercantis, após o ato formal de sua criação, teriam existência própria, independente das pessoas de seus sócios, de forma que estes têm atuação ativa tão-somente no sentido da reunião de vontades para a criação do ente coletivo.

Tal corrente, proposta por Hauriou, teve grande aceitação no contexto do direito francês. Entre nós, pela sua dissonância com o regime das

pequenas e médias empresas, o institucionalismo foi aceito no âmbito das sociedades anônimas. Vale remissão à doutrina de Amador Paes de Almeida:

“Há, ainda a teoria da instituição, preconizada por Maurice Hauriou, que faz nítida distinção entre sociedades contratuais e sociedades institucionais. As primeiras são aquelas em que as figuras pessoais dos sócios assumem especial relevo (sociedades de pessoas) e que, por isso mesmo, têm sua existência condicionada à existência física ou à comunhão de interesses comuns dos sócios respectivos. As segundas, sociedades de capitais, seriam as institucionais, que possuem vida própria, independentemente das figuras físicas de seus sócios, das quais é exemplo a sociedade anônima”.¹¹⁵

O institucionalismo de Hauriou, no contexto do objeto do presente estudo, pode, no mínimo, ser indicado como elemento de apoio ao próprio nascimento do debate referente à sociedade unipessoal. As manifestações doutrinárias iniciais em defesa de sua existência mais larga ganhou força no Brasil com a redação dada ao art. 206, I, d, da Lei 6.404/76, que admitiu, no âmbito das sociedades anônimas, a redução temporária do quadro social a um acionista. Ademais, com a norma presente no art. 251 da mesma lei constituiu-se a subsidiária integral como modalidade excepcional de unipessoal originária. Tais

¹¹⁵ Manual das Sociedades Comerciais, p. 19.

normas, como é cristalino, fundam-se na natureza institucional das sociedades anônimas.¹¹⁶

Contudo, conforme já verificamos, não tardou a surgir corrente jurisprudencial que admitiu a redução a um sócio também no âmbito das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Tal fato, porém, não teve o condão de aproximar esta modalidade societária da natureza de instituição. A sua possibilidade jurídica decorreu de outro fundamento lógico, qual seja o acatamento da validade das proposições de Tulio Ascarelli com relação ao contrato plurilateral.

Reputa-se plurilateral a especial modalidade de ajuste pela qual existe duplo sentido na conjugação de vontades. Identificam-se, de um lado, volições convergentes entre os sócios no sentido da criação do ente coletivo. De outro, resta estabelecida uma série de deveres e direitos contrapostos entre os componentes do quadro social. O pacto, desta forma, é visualizado de forma cindida, comportando tanto o ato de criação quanto o estabelecimento de direitos e deveres entre os sócios.

Com a compreensão da adequação de tal modalidade contratual às sociedades mercantis de pessoas, e às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, possibilitou-se uma releitura de diversos institutos de direito societário, entre os quais destacam-se a dissolução parcial da sociedade e a aceitação da sociedade unipessoal derivada.

¹¹⁶ “Da mesma forma que o já citado parágrafo do digesto (D 3, 4, 7, 2) serviu, na Alemanha do século passado, de porta de entrada para o reconhecimento jurisprudencial da sociedade unipessoal, esses dispositivos passaram desde então a servir de base para uma série de decisões relativas às sociedades por quotas de responsabilidade limitada reduzidas a um só quotista. Essas decisões ampliaram consideravelmente a aceitação da sociedade unipessoal no país” (SALOMÃO FILHO, Calixto. A Sociedade Unipessoal, p. 43).

A dissolução parcial passou a ser aceita em vista do fato de que o descumprimento de obrigação estabelecida entre as partes (o exemplo clássico é a falta de integralização da quota de capital subscrita) gera efeitos tão-somente na esfera contratual referente ao estabelecimento das obrigações contratuais internas, sem conseqüências, portanto, no âmbito do ato de criação do ente coletivo. Desta forma, a dissolução parcial da sociedade, em qualquer de suas modalidades, não interfere no ato criativo da sociedade, mas sim no vínculo estabelecido de direitos e obrigações entre os sócios, o que acaba propiciando o reconhecimento da extinção do vínculo que prende os sócios entre si.

E, ainda no campo das conseqüências gerais decorrentes da aceitação do contrato plurilateral, compreende-se melhor as razões que levam à aceitação das sociedades unipessoais derivadas, sem que se acarrete a dissolução do ente coletivo.

Ocorre que, como já referido, a saída dos sócios não desnatura o anterior ato de criação da sociedade, sendo considerada pelo direito uma hipótese de dissolução parcial de sociedade. Vale remissão ao escólio de José Waldecy Lucena:

“Como temos reiteradamente averbado no curso deste trabalho, a subsunção do contrato de sociedade à categoria dos contratos plurilaterais, inclusive o contrato de sociedade de apenas dois sócios, permite que sócios entrem e saiam da sociedade, sem que tal importe na formulação de um novo contrato, ou em mudança do negócio originário, ao contrário, mantém-se íntegra a identidade do contrato de

constituição da sociedade e inalterável a sua natureza. É, em suma, um contrato aberto, de natureza elástica, não afetado pelo ingresso ou saída de sócios”.¹¹⁷

Mas, se no âmbito das unipessoais derivadas a questão não mais apresenta dificuldade, no das originárias ela se renova e se potencializa. De fato, a teoria do contrato plurilateral, porquanto acate a redução a um sócio, não admite a constituição originária da sociedade por uma pessoa, em vista das relações obrigacionais entre os próprios sócios inerentes a esta modalidade contratual.

Os autores classicamente referem que o contratualismo, e a inerente exigência de pluralidade de sócios, é um dos principais fundamentos de oposição à unipessoal originária. É o que indica, entre outros, o escólio de Eduardo de Sousa Carmo, *in verbis*:

“Essa origem contratualista da sociedade é responsável, de certo modo, pelas restrições tradicionalmente levantadas contra a sociedade unipessoal por quotas de responsabilidade limitada. A sociedade de um único sócio – dizia-se – é alguma coisa absolutamente inconciliável com o conceito de sociedade e com o de associação, seu genus proximum”.¹¹⁸

¹¹⁷ *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, p. 673. No mesmo sentido: “o contrato plurilateral se caracteriza pela estrutura aberta, facilitando a variação do número de partes.” (SZTAJN, Rachel. *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*, p. 41).

¹¹⁸ *Sociedade Unipessoal por Cotas de Responsabilidade Limitada*, p. 23.

Estaria a unipessoal originária atrelada, assim, à natureza institucional?¹¹⁹ Porquanto se mostre confortável, num primeiro momento, o caminho indicado apresenta um óbice relevante, qual seja a natural vinculação da instituição às empresas de maior porte, em que seja facilmente identificável a sua existência autônoma. E esta autonomia da instituição não seria verificável, como é evidente, numa estrutura de pequeno porte mantida por um empresário individual. De fato, soa abstrato e impróprio crer no caráter institucional das atividades de modesto porte.

Afastadas as possibilidades de enquadramento da unipessoal originária às categorias de contrato plurilateral e de instituição, qual seria então a sua natureza jurídica? Atualmente, a melhor solução doutrinária a esta questão vem no sentido de aproximar a unipessoal originária à categoria do contrato-organização, também conhecido como contrato associativo.

Esta doutrina surgiu do passo seguinte dado pela doutrina italiana após a solidificação da teoria do contrato plurilateral de Tulio Ascarelli. Nesta modalidade contratual, como vimos, existe uma duplicidade de objetivos pretendidos com a formação do contrato: de um lado, intenta-se a criação da sociedade, enquanto que, de outro, busca-se a fixação das relações obrigacionais internas entre os sócios.

¹¹⁹ Neste sentido vem a opinião de Eduardo de Sousa Carmo: “Como desconsiderar o fundamento institucional da sociedade, sabendo-se que o ato institucional, ao contrário do contrato, não se dispersa com a violação de suas cláusulas, condições e estipulações? Se o ato institucional regula organizações estáveis, em relação à ordem geral das coisas, e que constituem, por si mesmas um estado de Direito? Ora, se o contrato autoriza a resolução pela inexecução de obrigações, as instituições, mais estáveis, não são bruscamente resolvidas ou dissolvidas, desde que, além de possuírem poder de duração, contam com poder de evolução e de adaptação às condições novas da vida”. (Sociedade Unipessoal por Cotas de Responsabilidade Limitada, p. 24)

Neste passo, Ferro-Luzzi destacou que tais relações não surgem de forma equilibrada, podendo-se identificar a predominância de um dos interesses específicos na análise dos casos concretos. Se o cerne do contrato está na própria criação do ente, está-se diante de um contrato associativo; se, ao revés, o seu núcleo é a determinação dos direitos e deveres internos do quadro social, verifica-se um contrato de permuta.

Desta forma, a ausência de regulação de interesses internos (pela inexistência de pluralidade de sócios) não seria, de *per se*, um elemento impeditivo de uma natureza contratual da sociedade unipessoal. De acordo com a teoria do contrato associativo, estar-se-ia diante de um contrato centrado na criação em si do ente empresarial, do que resulta a atribuição de natureza contratual à sociedade unipessoal. Neste sentido vem a conclusão de Calixto Salomão Filho, *verbis*:

*“Organização, na acepção jurídica, significa a coordenação da influência (jurídica) recíproca entre atos. Ora, evidente é que, liberado do conceito de direito subjetivo e preso ao de organização, e identificado no ato de constituição de uma sociedade unipessoal um caráter organizativo, resulta admissível caracterizá-lo como contrato associativo ou de sociedade”.*¹²⁰

¹²⁰ A Sociedade Unipessoal, p. 58.

Possibilita-se, desta forma, a imputação de carácter contratual à sociedade unipessoal originária, visto que o interesse voltado para a criação do ente pode ser manifestado por um ou mais sócios, sem se desnaturar.¹²¹

Contudo, releva ressaltar que o apontamento de tal solução parte da premissa de que a regulação jurídica da sociedade unipessoal estabelece uma forma societária à mesma. De fato, se restasse apontada uma forma não-societária (empresa ou estabelecimento) os resultados de um estudo sobre a sua natureza jurídica seriam evidentemente diferentes. Nesta hipótese, se a unipessoal ganhasse a estrutura de uma empresa, não teria natureza jurídica diversa daquela outorgada à empresa de forma genérica.¹²² De outro lado, se a forma não-societária fosse a de estabelecimento, a sua provável natureza seria a de uma universalidade de direito.¹²³

Com relação à adoção da forma empresarial, é de se destacar a crítica feita por Iolanda Lopes de Abreu:

“Há quem sugira, como alternativa, a personalização da empresa individual, hipótese que não apoiamos, em virtude de ser incompatível com o conceito de empresa – como

¹²¹ “A especificidade da causa do contrato de sociedade, a diferenciá-lo do sinalagma dos contratos de escambo, não está no fim comum (de lucro) a ser buscado, mas sim na criação de uma organização, apta a atribuir individualidade e perpetuidade ao patrimônio a este fim destinado. Portanto, perde importância a pluralidade de sócios. Tanto uma pluralidade como um único indivíduo pode ter interesse na criação de uma tal organização” (SALOMÃO FILHO, Calixto. A Sociedade Unipessoal, p. 59).

¹²² Destacando-se que, em vista do reconhecimento normativo, a própria empresa teria sua natureza transmutada de abstração para sujeito de direito.

¹²³ Superando-se, pela regulação jurídica, a noção de propriedade incorpórea, visto que o estabelecimento deixaria de ser considerado tão-somente um objeto de direito

organização – distinta da pessoa do empresário – o comerciante individual ou coletivo.”¹²⁴

Finalmente, no tocante à possibilidade de enquadramento da unipessoal à categoria de empresa, há forte corrente doutrinária que a enquadraria como instituição. Tal hipótese, contudo, não se consolidaria sem oposição, em vista do repetido argumento da inadequação da noção institucionalista às pequenas e médias estruturas organizativas.

Mas, conforme já frisamos, temos que a melhor opção legislativa seria a adoção da forma societária, de maneira que ganha relevância, como elemento de base para um esperado movimento normativo, a teoria do contrato associativo.

8. Sociedade unipessoal singular e de grupo:

A justificativa econômica mais freqüentemente referida quando do debate acerca da conveniência da unipessoal centra-se no estímulo ao desenvolvimento da pequena e média empresa. De fato, a XII Diretiva da Comunidade Econômica Européia¹²⁵ foi editada “com o objetivo de encorajar a criação e o desenvolvimento das pequenas e médias empresas”.

Para Calixto Salomão Filho, esta justificativa não poderia dar ensejo a uma limitação de atribuição das vantagens do instituto somente a empresas que se enquadrassem numa determinada esfera de lucros, faturamento ou número de

¹²⁴ *Responsabilidade Patrimonial dos Sócios nas Sociedades Comerciais de Pessoas*, p. 114.

¹²⁵ Elemento normativo que possibilitou grande avanço, na Europa, da normatização da sociedade unipessoal originária. Sua estrutura está exposta na subseção 10.6 deste capítulo. Seu texto está transcrito no anexo II.

dependentes (num exemplo hipotético, àquelas empresas legalmente caracterizadas como microempresas ou empresas de pequeno porte).

Contudo, ainda segundo o autor, o fundamento econômico das unipessoais pode embasar a imposição de regimes jurídicos distintos em decorrência de seu enquadramento à categoria de unipessoal singular ou de grupo. Nesta ótica, tem-se que singulares seriam aquelas em que o empresário não se dedica a qualquer outra atividade, enquanto que unipessoais de grupo seriam as sociedades em que o sócio único está envolvido com mais de uma empresa. Vale referência às palavras do autor:

*“Do ponto-de-vista societário, uma real distinção é justificável apenas com relação à sociedade unipessoal grupal. Neste caso, a coexistência na mesma pessoa (física ou jurídica) de dois interesses empresariais e o fato de que em uma das empresas existe uma concentração de poderes capaz de submetê-la ao outro interesse empresarial justificam a distinção, com aplicação de uma disciplina mais rígida a esta última (sociedade unipessoal grupal)”.*¹²⁶

Adotando esta orientação, a XII Diretiva previu, em seu art. 2º, que podem os estados estabelecer sanções especiais na hipótese de o sócio único ser uma pessoa jurídica ou participar de outra sociedade. Neste passo, a legislação portuguesa foi contundente, o estabelecer, no art. 1º, 3, do Decreto-lei 248/96, que *“uma pessoa só pode ser titular de um único EIRL”*.

¹²⁶ A Sociedade Unipessoal, p. 68.

Não nos parece, contudo, ser apropriada a proposta de estabelecimento de um regime jurídico mais rígido para as unipessoais de grupo.

E o nosso convencimento se pauta em quatro justificativas básicas:

- a) a imposição de sanções especiais às unipessoais de grupo levaria a uma reconstrução do regime jurídico das subsidiárias integrais (para o estabelecimento das sanções específicas), o que evidentemente representaria um grave retrocesso no desenvolvimento deste tipo societário;
- b) para além do âmbito das subsidiárias integrais, tem-se que a imposição do regime jurídico mais rigoroso às unipessoais de grupo levaria o empresário à utilização de “homens de palha” na representação de seus interesses, relativizando-se, na prática, a efetiva aplicação das sanções;
- c) acreditamos que a proposta em análise não se coaduna com os postulados da teoria da empresa, que são fundamentos relevantes para a própria aceitação jurídica da sociedade unipessoal; e
- d) o regime proposto partiria da presunção de lesividade econômica dos grupos formados (que podem ser de pequeníssimo porte, dentro do genérico conceito de unipessoal de grupo), o que se divorcia da sistemática do direito concorrencial atualmente vigente em nosso país.

Por tais razões, cremos que não podem ser estabelecidos regimes jurídicos distintos em razão do enquadramento das unipessoais à categoria de singular ou de grupo.

9. Sociedade unipessoal de propriedade e de controle:

Quando se aborda a temática da sociedade unipessoal originária, não se está a analisar realidade de feição singular. Ao contrário, entre diversas

outras especificidades levantáveis, duas situações polarizadas podem ser identificadas, de forma a se aumentar ainda mais a dificuldade na construção da disciplina jurídica das sociedades unipessoais.

De fato, a estrutura unipessoal tanto pode ser aplicada à conformação jurídica da empresa individual de pequeno porte, quanto pode constituir forma específica de controle, o que ocorre, no direito pátrio, no campo das subsidiárias integrais, previstas nos arts. 251 a 253 da lei anônima.

Não pode ser constituída, portanto, uma disciplina jurídica única do instituto em exame, sendo necessário o estabelecimento de distinção entre sociedades unipessoais de propriedade e de controle.

Os conceitos de propriedade e de controle mostram-se de extrema relevância nos estudos atuais de direito societário, exatamente no sentido do esclarecimento da distinção entre os termos. De fato, da propriedade não decorre o controle. Este pode ser exercido, por exemplo, por um sócio detentor do equivalente a 16,7% do capital de sociedade anônima, desde que esta tenha atingido o limite legal para a emissão de ações preferenciais, que, de acordo com o art. 15, §2º da Lei 6.404/76, é de dois terços do total do capital. No caso em exame, os preferencialistas, bem como os minoritários com direito a voto, são proprietários, embora não exerçam controle.

E a distinção entre os atributos em exame é considerada natural, atualmente, quando se tem em ótica a necessidade de especialização e domínio da técnica por parte dos administradores. Ou seja: caminha-se no sentido da polarização entre propriedade e controle, o que acarreta o nascimento de normas específicas, mormente no campo da responsabilização dos administradores sociais.

Contudo, como já referido, a sociedade unipessoal mostra-se claramente cindida entre a de modesto porte (no caso da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, ainda inexistente em nosso direito) e a de grande estrutura (representada, no Brasil, pela subsidiária integral). Nestas, pela dissociação entre propriedade e controle, erige-se um sistema jurídico próprio, de todo afastado das prerrogativas e funcionamento existentes naquelas, em que se opera uma confusão entre as figuras do proprietário e do controlador.

Necessário é esclarecer que a identidade entre proprietário e controlador é aparente na subsidiárias integrais, mas dificilmente corresponderá à realidade fática, principalmente a se considerar a conformação das *holdings* puras. De qualquer forma, sendo a sócia única da subsidiária integral uma sociedade comercial (naturalmente plural), será plenamente identificável a distinção entre propriedade e controle.

Daí a necessidade de classificação das sociedades unipessoais em de propriedade e de controle.¹²⁷ Estas, já existentes no Brasil, na forma da subsidiária integral; aquelas, ainda vedadas em nosso Direito. Neste sentido, vale apoio nas palavras de Calixto Salomão Filho:

“As sociedades unipessoais cujo sócio é uma pessoa física são, no caso típico, sociedades destinadas simplesmente a

¹²⁷ *Embora tal distinção não seja isenta de críticas, como se vê: “os conceitos de ‘propriedade’ e ‘controle’ não deixaram de ser severamente criticados em doutrina. Observou-se que, admitida desde sempre a personalidade jurídica das sociedades anônimas, a propriedade dos bens sociais nunca é dos sócios mas da própria sociedades; incorporando seus direitos na companhia, direitos estes cujo conteúdo está muito longe de ser o do *jus in re*. Lembrou-se ainda que, seja qual for o poder dos administradores, eles o recebem originalmente da assembléia geral de acionistas, perante a qual continuam a prestar contas de sua gestão, podendo ser destituídos a qualquer tempo.”* (COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa, p. 70).

organizar juridicamente a atividade econômica de seu sócio, cujos interesses são basicamente os do 'proprietário' que quer limitar a sua responsabilidade.

"Nas sociedades unipessoais controladas por pessoa jurídica, predomina, ao contrário, o perfil do controle. Elas são, em última análise, formas de organização administrativa dos grupos. A sua utilidade maior está, como se verá, na possibilidade de criação de um 'profit center' juridicamente autônomo sobre cuja administração o 'sócio' tenha controle absoluto, podendo determinar livremente o fluxo de recursos no interior do grupo de sociedades".¹²⁸

No presente estudo, embora dediquemos a subseção 7.1 deste capítulo à exposição das características básicas da subsidiária integral, nossa preocupação central estará sempre vinculada à figura da sociedade unipessoal de propriedade.

10. A sociedade unipessoal no direito comparado:

A sociedade unipessoal mostra-se como fenômeno jurídico recente, superando uma fase em que era tratada como mera curiosidade científica para ganhar status de categoria jurídica própria e autônoma em diversos ordenamentos jurídicos, no contexto internacional.

De fato, a única referência normativa anterior ao atual movimento de acatamento legislativo da sociedade unipessoal é a encontrável na legislação

¹²⁸ A Sociedade Unipessoal, p. 14-15.

comercialina do Liechtenstein, que prevê a figura do “anstalt”. Contudo, a fama de paraíso fiscal que sempre identificou o principado fez com que a sociedade unipessoal ali prevista fosse considerada não como um sinal de modernidade legislativa, mas sim como a criação de um mecanismo possibilitador do cometimento de fraudes, protegidos que estariam os empresários sob o manto da personificação jurídica, mesmo em relação a interesses pessoais.

Contudo, recentemente pode-se identificar uma tendência sólida de presença normativa do instituto, como se pode constatar da análise dos casos que seguem.

10.1. No direito italiano:

O direito italiano, até o ano de 1993, da mesma forma que o brasileiro, não aceitava como regra geral a possibilidade de constituição de sociedades unipessoais originárias. Entretanto, também admitia a manutenção temporária da sociedade reduzida ou preordenada a um sócio, conforme dispõe o art. 2.362 do Código Civil.

A grande particularidade a se destacar é que esta norma determinava que, enquanto não houver a recomposição da sociedade, o sócio remanescente responde ilimitadamente pelas obrigações sociais, ao contrário do que ocorre no direito brasileiro, em face da manutenção de sua personalidade jurídica. Vale a transcrição do dispositivo:

“Art. 2.362. Em caso de insolvência da sociedade, pelas obrigações sociais surgidas no período em que as ações

*resultarem pertencer a uma só pessoa, esta responderá ilimitadamente”.*¹²⁹

Tal sistemática, contudo, foi reformada pelo recente Decreto Legislativo 88, de 03 de março de 1993, que, em atendimento à XII Diretiva da Comunidade Econômica Européia, construiu um sistema de aceitação da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada.

10.2. No direito alemão:

Até 1980, o direito alemão não reconhecia a possibilidade de existência jurídica das sociedades unipessoais originárias. Entretanto, doutrina e jurisprudência construíram um sistema em que se preserva a personalidade jurídica, em todos os seus aspectos (ao contrário do que ocorria com o direito italiano), a sociedade reduzida a um sócio. Neste sentido, vêm as palavras de Karl Heinsheimer:

“A lei não exige nenhum mínimo de sócios para construir uma sociedade de responsabilidade limitada; por conseguinte, bastam dois subscritores do contrato de sociedade; o número inicial pode diminuir durante a vida da sociedade, se um membro que conserva sua participação do negócio adquire uma ou várias quotas dos demais sócios. Deste modo, pode ocorrer que todas as participações fiquem

¹²⁹ Tradução nossa do seguinte texto original: “Art. 2.362. Único azionista – In caso d'insolvenza della società, per le obbligazioni soliel sorte nel periodo in cui le acioni risultano appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitadamente.”

*unidas a um mesmo proprietário; a sociedade limitada, sem embargo, não se dissolve por isto, porque ditas quotas podem ser de novo transmitidas para outras pessoas, continuando deste modo a sociedade com todos os seus órgãos”.*¹³⁰

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

Estava criada, na Alemanha, a sociedade unipessoal originária como categoria normatizada. Não foi, como é consabido, a primeira legislação a prevê-la, já que, no principado de Liechtenstein, tal modalidade societária foi reconhecida juridicamente ainda em 1926. Contudo, a conduta do legislador alemão, por certo, veio a influenciar decisivamente as manifestações doutrinárias e legislativas em países outros, iniciando, por consequência, uma nova fase do direito societário. Na lição de Fran Martins:

“Consagra, assim, a lei alemã de 4 de julho de 1980 a existência legal da sociedade unipessoal. Mais do que o mero reconhecimento da legitimidade das sociedades que se tornam unipessoais depois de constituídas, a lei alemã

¹³⁰ Citado em MARTINS, Fran. *Novos Estudos de Direito Societário: Sociedades Anônimas e*

*permite que a própria constituição da sociedade se faça por uma única pessoa, o que retira o caráter contratual destas sociedades para torná-las, de direito, instituições criadas por ato de vontade de uma só pessoa”.*¹³¹

E esta penetração no institucionalismo, como vimos, é um dos passos primeiros no caminho para a personificação da empresa.

10.3. No direito francês:

A legislação francesa seguiu vertente semelhante à construída pelo direito alemão. De fato, o art. 9º da Lei 66-537, de 24 de julho de 1966, determinava que “a reunião de todas as partes sociais em uma só mão não acarreta a dissolução de pleno direito da sociedade. Qualquer interessado pode pedir a dissolução da sociedade se a situação não for regularizada no prazo de um ano”. Ou seja: permitia o Código das Sociedades Comerciais a preservação temporária das sociedades unipessoais reduzidas a um sócio, obrigando, no entanto, a ocorrência de pluralidade de sócios para a regular constituição do ente coletivo.

Tal situação, entretanto, inverteu-se com a edição da Lei 85-697, de 11 de julho de 1985, que deu nova redação ao art. 34 do Código das Sociedades Comerciais de 1966, *in verbis*:

Sociedades por Quotas, p. 265.

¹³¹ Novos Estudos de Direito Societário: Sociedades Anônimas e Sociedades por Quotas, p. 266.

“A sociedade de responsabilidade limitada é instituída por uma ou várias pessoas que não suportam as perdas senão até a importância de suas contribuições para o capital.

“Quando a sociedade não conta senão com uma pessoa esta é denominada ‘sócio único’. O sócio único exerce os poderes que competem à assembléia geral pelas disposições do presente capítulo.”

Tal dispositivo, à evidência, também tem o condão de afastar a natureza contratual das sociedades por ele reguladas, solidificando a natureza jurídica de instituição por parte das sociedades modernas, mesmo as de modesta dimensão. Valendo-nos novamente da doutrina de Fran Martins, temos que:

“O que as leis alemã e francesa permitiram foi que as sociedades (por quotas) de responsabilidade limitada fossem criadas, ou, nos termos da lei francesa, instituídas por uma só pessoa, que passa a ser o sócio único. E a lei considera esta instituição uma sociedade, isto é, uma pessoa jurídica que não se confunde com a pessoa do sócio único. Os dois ficam tendo patrimônios separados, cada um assumindo obrigações próprias – o sócio único, quando trata de assuntos da empresa, obrigando o patrimônio da sociedade, patrimônio que conta com escrituração própria – e o indivíduo, que é também sócio único da sociedade, assumindo, em caráter de pessoa física, responsabilidade

pelos atos que pratica não em nome e no interesse da sociedade, mas no seu próprio interesse.

“Indiscutivelmente, as leis alemã e francesa consagram as sociedades como instituições, diversas, portanto, dos contratos, dando, assim, um novo rumo ao direito societário”.¹³²

Contudo, pelas razões expostas nas seções retro, ousamos dissentir do autor, principalmente pela possibilidade de enquadramento das unipessoais originárias à categoria do contrato-organização.

10.4. No direito português:

Portugal foi mais um dos países europeus a instituir um regime de responsabilidade limitada ao empresário individual.

Porém, ao revés do que se verificou em outros países, o legislador lusitano construiu caminho original no tocante à conformação jurídica desta empresa individual, concedendo personalidade jurídica não à sociedade, mas sim ao próprio estabelecimento mercantil. De fato, pelo Decreto-lei 248, de 25 de agosto de 1986, foi regulamentado o estabelecimento individual de responsabilidade limitada – EIRL, cujos contornos basilares estão estabelecidos no art. 1º do Decreto-lei, *in verbis*:

“Art. 1º. Disposições preliminares. – 1. Qualquer pessoa singular que exerça ou pretenda exercer atividade comercial

¹³² Novos Estudos de Direito Societário: Sociedades Anônimas e Sociedades por Quotas, p. 271.

pode constituir para tanto um estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

2. O interessado afetará ao estabelecimento individual de responsabilidade limitada uma parte de seu patrimônio, cujo valor representará o capital inicial do estabelecimento.

3. Uma pessoa só pode ser titular de um único EIRL”.

Trata-se, evidentemente, de estrutura mais flexível do que a da sociedade unipessoal, mormente no tocante à transferência de titularidade. Tal flexibilidade, contudo, não passou despercebida pelo legislador, que institui regime de grande controle e rigidez da administração social, exigindo, entre outras medidas, a constituição de capital social mínimo de 400.000 escudos, bem como o arquivamento e publicação de todos os atos empresariais, desde a constituição do estabelecimento individual de responsabilidade limitada até os balanços elaborados ao término de cada exercício social.

Insta ainda ressaltar, no tocante ao sistema criado em Portugal, que não se pode deixar de notar grande proximidade entre os pressupostos do sistema lá criado com aqueles dos defensores da personificação jurídica da empresa como estrutura organizativa. Isto porque tanto a empresa é identificada como a organização dos fatores de produção (entre os quais destaca-se o estabelecimento), quanto o estabelecimento é reconhecível pela destinação (afetação) empresarial dos bens que o compõem.

No dia 18 de maio de 1988, a Comissão da Comunidade Econômica Européia apresentou ao Conselho a “Proposta de Décima-segunda Diretiva em Matéria de Sociedades Relativa às Sociedades de Responsabilidade Limitada de Sócio Único”. Após a apresentação de uma proposta modificativa, em 06 de abril de 1989, o Conselho aprovou o seu texto final ainda em naquele ano.

A XII Diretiva¹³³ da Comunidade Econômica Européia, editada em 21 de dezembro de 1989, apontou para o reconhecimento da sociedade unipessoal originária, com responsabilidade limitada, naquele Continente, o que já se dava na Dinamarca (Lei 371, de 13/06/76), Alemanha (GmbH Novelle, de 04/07/80), França (Lei 85-697, de 11/07/85), Holanda (Lei de 16/05/86) e Bélgica (Lei de 14/07/87). E, em atendimento à diretiva, outros países acolheram a unipessoal originária, entre os quais destacamos a Itália (Dec.-leg.88, de 03/03/93) e a Espanha (Lei 2/1995, de 23 de março).

Vale fazer referência à parte central da introdução ao documento (a íntegra do texto constitui o Anexo II a este trabalho):

“(...) Considerando que as reformas introduzidas em algumas legislações nacionais, no decurso dos últimos anos, com o objetivo de permitir a existência de sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio, deram origem a disparidades entre as legislações dos Estados-membros;
“Considerando que é conveniente prever a criação de um instrumento jurídico que permita a limitação da

¹³³ “As diretivas são resoluções [de organizações internacionais] providas dotadas de força obrigante, mas deixam aos Estados-membros a faculdade de adotar os modos necessários à aplicação das decisões.” (ROQUE, Sebastião José. Direito Internacional Público, p. 44.

responsabilidade do empresário individual, em toda a Comunidade, sem prejuízo das legislações dos Estados-membros que, em casos excepcionais, impõem a responsabilidade desse empresário relativamente às obrigações da empresa; (...)”

A orientação contida na Diretiva, no mínimo, indica a importância e atualidade do tema em nível mundial, atuando como relevante elemento impulsionador da realização de estudos específicos no Brasil.

Vale destacar que, porquanto uma leitura inicial dos primeiros artigos da Diretiva indiquem a imposição de uma forma societária, o art. 7º abre a possibilidade de adoção de outras formas que levem ao atingimento do objetivo pretendido, qual seja a limitação da responsabilidade do empresário individual. Neste passo, parece que se buscou o prestigiamento, pela preservação, da sistemática criada pelo legislador português.¹³⁴

11. Forma de constituição:

Interessante questão que se coloca no campo prático da implementação das sociedades unipessoais é a referente ao instrumento formal exigível para a sua constituição, no sentido de se determinar se deveria ser redigido um contrato social ou bastaria uma declaração de firma individual.

Uma análise superficial do tema levaria à segunda alternativa, em vista da inexistência de uma pluralidade de sócios logicamente exigível para que

¹³⁴ Decreto-lei 248, de 25 de agosto de 1986, pelo qual se garante a limitação da responsabilidade do empresário individual através da personificação do próprio “estabelecimento individual de responsabilidade limitada”.

se pudesse cogitar de um contrato na forma usual. Contudo, na seção referente à natureza jurídica da sociedade unipessoal, vemos que existe um enquadramento à categoria do contrato associativo. Cumpre, desta forma, examinar a necessidade de instrumento contratual específico para a sua constituição.

Neste passo, deve-se perceber que, porquanto inexistir o estabelecimento de relações obrigacionais internas (em vista da ausência de pluralidade de sócios) surge uma relação obrigacional básica entre a unipessoal e os eventuais credores, decorrente da própria limitação de responsabilidade.

De fato, ao se constituir a unipessoal (com o basilar objetivo de buscar a limitação de responsabilidade) está-se reduzindo a efetividade do crédito dos potenciais credores que vierem a negociar com a unipessoal. E, para além disso, percebe-se que o vínculo exurgente pauta-se num determinado elemento do contrato social, qual seja o capital social.

Como já tivemos a oportunidade de discorrer, a limitação da responsabilidade só é possível em vista da existência de patrimônio separado. E este surge e (ao menos em tese) é mantido em um patamar mínimo de garantia em vista da subscrição e integralização do capital social.

Percebe-se, por esta ótica, ser exigível a constituição de um contrato social, ainda que de conteúdo reduzido, em vista da total desnecessidade lógica do estabelecimento de cláusulas referentes a quorum deliberativos, exercício da gerência ou forma de liquidação em dissolução parcial.

Mas é de se destacar que os interesses possivelmente regulados por contrato social vão além da mera fixação do capital social, podendo ainda regular, exemplificativamente, o destino da sociedade em vista da morte do sócio único ou os requisitos para transferência de propriedade de suas quotas.

É de se referir ainda que a opção pela exigência de um instrumento contratual para a constituição da unipessoal constitui forma de facilitação de operações de alteração de capital social ou mesmo de transformação, cisão, fusão ou incorporação da sociedade.

Em vista de tais razões, acreditamos não ser oportuna a opção tomada pelo legislador francês, que estabeleceu, na redação dada ao art. 1.832 do Código Civil, uma dúplice possibilidade quanto à forma de constituição, que tanto pode se dar pela via do contrato quanto por ato unilateral.¹³⁵

12. Assembléia:

Embora, em uma primeira análise, possa parecer impróprio tratar da assembléia social quando se tem em tela uma sociedade composta de apenas uma pessoa, a sua disciplina se mostra de elevada importância quando se considera a proteção dos interesses dos credores.

Ocorre que um dos maiores riscos assumidos com a outorga da responsabilidade limitada a esta espécie societária reside na possibilidade de confusão entre atos pessoais e sociais, de forma a se excluir alguns deles da esfera de garantia patrimonial mais sólida.

Por tal razão, o art. 4º da XII Diretiva Comunitária determina que o sócio único exerce os poderes atribuídos à assembléia geral de sócios, bem como, o que é mais relevante, que as decisões tomadas pelo sócio único no contexto social devem ser reduzidas em ata, ou tomar forma escrita. Com isso, busca a possibilitação de segurança jurídica quanto à distinção de atuação do empresário, que tanto pode se revelar de natureza particular quanto de natureza

¹³⁵ “Elle peut être institue, dans le cas prévu par la loi, par l’acte de volonté d’une seule personne”.

empresarial. E, neste sentido, novamente nos valem da lição de Calixto Salomão Filho:

“Trata-se de formalidade imprescindível à segurança do próprio sócio único. Não havendo possibilidade de diferenciar as decisões tomadas pelo sócio único no exercício de suas funções das decisões tomadas a título particular, diminui a possibilidade de o terceiro distinguir, no negócio ou negócios decorrentes da referida deliberação, quem realmente está assumindo seus riscos”.¹³⁶

12. Dissolução nas unipessoais derivadas em que não se reconstitui a pluralidade:

Uma análise incidental, agora no campo das unipessoais derivadas, deve ainda ser feita com relação à dissolução da sociedade que, constituída de forma plural, reduz-se à unipessoalidade, seja pela morte de sócio, seja em decorrência de qualquer outra modalidade de dissolução parcial.

No caso das sociedades anônimas, inexistente qualquer dificuldade hermenêutica. De fato, a norma presente no art. 206, I, da Lei 6.404/76 é clara quanto ao prazo para a reconstituição da pluralidade, bem como quanto às consequências daí decorrentes.

Na esfera das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, contudo, uma correta leitura jurídica do regime da unipessoalidade derivada demanda maior cuidado.

¹³⁶ A Sociedade Unipessoal, p. 167.

Inicialmente, há que se destacar que existe divergência quanto ao prazo concedido para a reconstituição da pluralidade. Ocorre que a lei das sociedades anônimas concedeu a oportunidade até a assembléia geral seguinte àquela em que se constatou a redução a um sócio. Com isso, o interregno pode chegar a dois anos, supondo-se que a redução a um sócio tenha se dado logo em seguida a uma AGO, constatada na do ano seguinte, e confirmada (ou superada) na assembléia realizada no segundo ano após a redução do quadro societário.

Mas bem se sabe que nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada a assembléia geral ordinária é facultativa, de forma a não ser aplicável, *ipsis literis*, a norma do art. 206, I, da lei anônima.¹³⁷ Nesta situação, houve divisão na jurisprudência quanto ao prazo de restituição nesta modalidade societária, encontrando-se julgados concedendo prazo de um ano (RT 649/70 e 651/79) e outros consignando ser o prazo indeterminado (RT 487/178 e 557/215). No campo doutrinário, também se nota a cisão, sendo destacáveis as opiniões de José Waldecy Lucena e Calixto Salomão Filho. Segundo aquele autor, o prazo é de um ano:

“Em suma, o sistema jurídico, consoante os fundamentos supradeduzidos, concede à sociedade por quotas reduzida a um único sócio um prazo de recomposição do quadro social, e que é o mesmo outorgado às sociedades por ações, quando reduzidas a um único acionista. Assim, a sociedade

¹³⁷ “Aplicando a norma do art. 206 às sociedades por quotas, por analogia, esqueceu-se o julgador, talvez, da não-obrigatoriedade da convocação de assembleias gerais nas sociedades por quotas e, portanto, que o prazo de 1 (um) ano pode não ter qualquer significação”. (SZTAJN, Eachel. Contrato de Sociedade e Formas Societárias, p. 89)

*por quotas, em igual situação, há que reconstituir a pluralidade social até a realização da próxima assembléia ou reunião de quotistas que se seguir à ocorrência do fato reutivo, e, omissa o contrato social a respeito da época de convocação desse órgão, o prazo será então de um ano, a contar da data em que verificada a redução”.*¹³⁸

Já na lição de Calixto Salomão Filho, não pode haver fixação de prazo, *in verbis*:

*“Algumas decisões requerem o início da dissolução em um ano se o número mínimo não for reconstituído. Outras admitem a manutenção da sociedade sem estabelecer prazo. Esta última corrente, particularmente forte com relação às sociedades limitadas, além dos fundamentos teleológicos ligados à preservação da empresa encontra respaldo na própria lógica de nosso sistema societário. Basta pensar que nas sociedades limitadas a convocação da Assembléia Geral, ao contrário das sociedades anônimas, é facultativa, o que torna tanto o dies a quo (da verificação da existência de apenas um sócio) como o dies ad quem (do restabelecimento da pluralidade de sócios) incerto”.*¹³⁹

¹³⁸ Das Sociedades Por Quotas de Responsabilidade Limitada, p. 674.

¹³⁹ A Sociedade Unipessoal, p. 115-116.

E, para além da questão do prazo, outra exsurge de forma a se levar à indeterminação de um prazo para a reconstituição. Ocorre que a norma presente no art. 207 da lei das sociedades anônimas estabelece que a companhia mantém a sua personalidade jurídica, podendo, portanto, prosseguir na atividade empresarial, até a sua liquidação.

Ocorre que a única parte legitimada a promover a liquidação é o acionista remanescente, em vista da ausência de autorização legal a que os credores a promovam. De fato, o art. 209, I e II, autoriza apenas os acionistas e o Ministério Público para promover a liquidação. E o Ministério Público somente estará a tanto legitimado na excepcional hipótese de dissolução por extinção da autorização para comerciar (art. 206, I, e). Com isso, relativiza-se acentuadamente a norma determinadora da dissolução.

Para a efetivação da obrigação de restituição da pluralidade de sócios, há que se percorrer um caminho mais tortuoso, buscando-se a desconsideração da personalidade jurídica em vista do não cumprimento da obrigação de liquidação para que se mantivessem, indevidamente, as vantagens decorrentes da preservação da personalidade jurídica (que se refletem principalmente na limitação da responsabilidade). Outra alternativa, com o mesmo objetivo, seria a responsabilização pessoal do gerente (o sócio único) pela ausência de atuação legalmente estabelecida (tal como se dá na repressão à dissolução de fato). De qualquer forma, evidencia-se que a dissolução de sociedade reduzida a unipessoalidade (sem a reconstituição do quadro societário) não se mostra suficientemente regulada em nosso ordenamento jurídico.

A proposta neste trabalho referida já foi objeto de projetos de lei desde o ano de 1947, como noticia Waldemar Ferreira:

“Porque, sugestionado por capítulo do projeto elaborado por Pistro, o legislador do Código Civil de Liechtenstein, de 1926, estabeleceu a possibilidade de limitar o comerciante a responsabilidade quanto às obrigações assumidas no giro dos seus negócios; essa orientação tem empolgado o espírito de muitos juristas, sobretudo na Argentina.

“Também teve ela adeptos no Brasil; e Projeto chegou a apresentar o Deputado Freitas e Castro, em 21 de maio de 1947, à Câmara dos Deputados, permitindo a constituição de empresas individuais de responsabilidade limitada, menos as que tivessem por objeto o comércio bancário, o de seguros e o de capitalização”.¹⁴⁰

Mais recentemente, em julho de 1991, foi encaminhado ao Congresso nacional um interessante Projeto de Lei, cuja leitura indica e fundamenta um dos possíveis caminhos a serem trilhado num futuro breve pelo direito mercantil. Para o leitor mais cuidadoso, fazemos remissão ao Anexo I deste trabalho, que consiste na íntegra do texto do projeto de lei em tela.

¹⁴⁰ Tratado de Direito Comercial, vol. 2, p. 261-262.

CONCLUSÃO

Conforme se fez consignar logo na introdução deste trabalho, a pretensão que o motivou foi a de simplesmente reunir as mais diversas opiniões de doutrinadores pátrios e estrangeiros atinentes à leitura jurídica da sociedade unipessoal.

Neste mister, esperamos ter reunidos elementos de convencimento suficientes à percepção de que o acatamento jurídico da sociedade unipessoal de responsabilidade limitada é, além, de oportuno, plenamente harmônico com as atuais diretrizes do direito societário.

Tal conclusão decorre, inicialmente, da percepção de que a penetração das premissas da teoria de empresa conduziu à leitura correta da significação jurídica do empresário. Consolidou-se a distinção entre os conceitos de empresário e comerciante, sendo o empresário identificável como o indivíduo que impulsiona a organização dos fatores produtivos que constituem a empresa.

Ou seja: o empresário é encontrável tanto numa empresa constituída por um comerciante individual (quando haverá identidade entre empresário e comerciante) quando numa organizada sob a forma de sociedade mercantil (em que o comerciante será a sociedade, enquanto que o empresário será um, alguns ou todos os sócios).

De outra ótica, bem se sabe que o regime de responsabilização do empresário pelas obrigações decorrentes da atividade mercantil sofre drástica alteração em razão de a organização da empresa seguir a forma de comerciante individual ou de sociedade comercial. Aquele responderá pessoal e ilimitadamente pelos infortúnios da vida empresarial, envolvendo a totalidade de seu patrimônio presente e futuro. Nesta, ao revés, os sócios responderão (nos casos de sociedades anônimas e por quotas de responsabilidade limitada) até o limite de sua obrigação de integralização do capital social.

Contrapondo-se ambas as noções, percebe-se que o empresário é tratado de forma mais ou menos gravosa como consequência direta da forma de constituição adotada, o que viola os preceitos da teoria da empresa.

Ademais, tal situação leva a um resultado fático indesejável, qual seja a ampla utilização de sociedades de fachada para que, de forma indireta, sejam obtidas pelo empresário individual as vantagens decorrentes da personificação jurídica.

Contudo, para que se solucione a questão apontada, não basta a simples edição de uma norma que preveja a limitação da responsabilidade para o comerciante individual. Tal caminho ofenderia os preceitos da teoria da unidade do patrimônio do indivíduo, visto que, para que se operacionalizasse o mecanismo de limitação da responsabilidade, ter-se-ia que admitir que uma mesma pessoa (o

comerciante individual) fosse titular de dois patrimônios distintos (um de natureza empresarial e outro de natureza pessoal).

Em vista da impossibilidade jurídica de se trilhar tal caminho, a proposta que se mostra mais coerente é a regulamentação das sociedades unipessoais de responsabilidade limitada. Com isso, estar-se-ia, ao mesmo tempo, a proteger a liberdade organizativa do empresário (que não se veria obrigado a arrebanhar um sócio) e a igualdade de tratamento jurídico em relação ao empresário que constitui uma sociedade, já que, com a personificação jurídica da sociedade unipessoal, inexistiria óbice à existência da dualidade patrimonial, respeitando-se os preceitos da unidade do patrimônio, possibilitando-se, desta forma, a limitação da responsabilidade do empresário individual.

À primeira vista, tal caminho pode se mostrar impróprio, em vista do não atendimento ao requisito legal da pluralidade de sócios para a constituição de uma sociedade. Entretanto, o que se propõe é exatamente uma alteração legislativa no sentido de se ampliar a noção legal de sociedade, admitindo-se também a regularidade daquela composta por uma única pessoa.

Os opositores da proposta centram-se na alegação de que a pluralidade exigida pelo texto normativo decorre da natureza contratual das sociedades. Mas a evolução da leitura do contrato plurilateral, proposto por Tulio Ascarelli, conduz à aceitação do contrato organizativo, o qual pode ser materializado por apenas uma pessoa.

Esclarecendo-se as razões fáticas e o fundamento jurídico para a proposta de alteração normativa, cumpre apenas destacar que tal movimento legislativo é bastante efetivo em outros países, principalmente no continente europeu após a edição da XII Diretiva da Comunidade Econômica Européia.

ANEXO I
PROJETO DE LEI

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

EM/N

Brasília, julho de 1991.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

Tenho a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência o anexo projeto de lei, que dispõe sobre a empresa mercantil e suas formas jurídicas.

A necessidade da atualização à modernidade do direito comercial pátrio motivou a elaboração deste projeto, que contou com a efetiva participação de entidades de classe e das Juntas Comerciais.

Objetivando elidir dúvidas existentes quanto à distinção entre a sociedade mercantil e a civil, foi estabelecido conceito de empresa mercantil, dando-se como característica da mercantilidade a exploração econômica, com capital de risco e objetivo de lucro.

As formas societárias comandita simples, comandita por ações, capital e indústria e em conta de participação, mostraram, pelo desuso, sua inadequação às necessidades empresariais modernas, pelo que foram eliminadas deste projeto. Permitiu-se, porém, às sociedades desses tipos jurídicos, porventura existentes, a adoção de quaisquer das formas permitidas à empresa mercantil.

O moderno direito europeu passa, por este projeto de lei, a ter personalidade jurídica e a denominar-se empresa individual, o que possibilitará ao empresário, com a evolução de seus negócios, transformar a sua empresa em sociedade.

Nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada e em nome coletivo, permitiu-se a figura do administrador não sócio, o que propiciará a gestão profissional dos negócios, com vistas a um melhor desenvolvimento da empresa.

Em obediência ao art. 5º, XXIX, da Constituição Federal, instituiu-se o nome empresarial, que substituirá o nome comercial, e definiu-se a forma de sua composição. Estabeleceu-se, também, a perda da proteção do nome empresarial quando a empresa for considerada inativa.

Em face do exposto, creio,. Senhor Presidente, que o projeto de lei, ora sugerido, irá contribuir para o aperfeiçoamento da ordem jurídica brasileira, desburocratizando e atualizando o registro das empresas mercantis às necessidades atuais da sociedade, bem como consolidando as disposições legais sobre a matéria.

Na oportunidade, renovo a Vossa Excelência protestos de profundo respeito.

Jarbas Passarinho
Ministro da Justiça

PROJETO DE LEI

Dispõe sobre a empresa mercantil, suas formas jurídicas e dá outras providências.

CAPÍTULO I

DA EMPRESA MERCANTIL E SEUS TIPOS JURÍDICOS

Seção I Da Empresa Mercantil

Art. 1º. Empresa mercantil é toda organização destinada à exploração de atividades econômicas, sob forma jurídica mercantil, que tenha capital de risco e objetive lucro.

Art. 2º. A empresa mercantil adquire a personalidade jurídica com o arquivamento de seus atos constitutivos na Junta Comercial da circunscrição em que estiver situada a sua sede.

Seção II Das Formas Jurídicas das Empresas Mercantis

Art. 3º. As empresas mercantis podem constituir-se sob as seguintes formas jurídicas:

- I – empresa individual;
- II – empresa individual de responsabilidade limitada;
- III – sociedade em nome coletivo;
- IV – sociedade por cotas de responsabilidade limitada; e
- V – sociedade anônima.

Seção III Da Empresa Individual

Art. 4º. Empresa individual é aquela em que a titularidade é unipessoal e a responsabilidade de seu titular é ilimitada, respondendo o seu patrimônio pelas dívidas da empresa.

Parágrafo único. É vedada a titularidade, pela mesma pessoa, de mais de uma empresa individual.

Art. 5º. A empresa individual constituir-se-á pelo arquivamento de declaração de seu titular, em que conste:

- I – nome do titular e sua qualificação;
- II – nome empresarial, conforme disposto no art. 23;
- III – endereço completo da sede;
- IV – atividade econômica;
- VI – que não está condenado por crime que o impeça de exercer atividade mercantil, nos termos da lei;
- VII – assinatura do titular.

Art. 6º. O capital da empresa individual poderá ser aumentado ou reduzido através do arquivamento da alteração na Junta Comercial.

Art. 7º. Independentemente de liquidação, a empresa individual poderá alterar a sua forma jurídica para quaisquer das formas jurídicas previstas no art. 3º desta Lei.

Art. 8º. A empresa individual, uma vez cessado o exercício da atividade empresarial e liquidadas as suas obrigações, deverá arquivar sua baixa na Junta Comercial.

Seção IV

Disposições Gerais às Sociedades em Nome Coletivo e por Cotas de Responsabilidade Limitada

Art. 9º. As sociedades em nome coletivo e a por quotas de responsabilidade limitada se constituirão pelo arquivamento de seus contratos sociais em que conste, pelo menos:

- I – nome e qualificação de cada sócio;
- II – nome empresarial, conforme disposto nesta Lei;
- III – endereço e município da sede;
- IV – atividades econômicas da sociedade;
- V – valor do capital, número de cotas que o compõe e divisão das cotas entre os sócios;
- VI – formas de sua liquidação e partilha;
- VII – demais exigências constantes da lei.

Art. 10. A gestão da sociedade cabe aos sócios-gerentes; se, porém, for omissa o contrato, todos os sócios serão considerados gerentes.

§1º. A sociedade poderá nomear administrador não sócio, através de instrumento contratual assinado por todos os sócios;

§2º. Os sócios-gerentes poderão delegar, parcial ou totalmente, as suas atribuições a administrador não sócio.

Art. 11. Os compromissos assumidos pelos sócios-gerentes obrigam a sociedade.

Parágrafo único. Os sócios-gerentes respondem para com a sociedade solidária e ilimitadamente pelos atos praticados com violação do contra ou da lei.

Art. 12. A distribuição dos lucros ou a absorção dos prejuízos far-se-á proporcionalmente à participação de cada sócio no capital.

Seção V

Da Sociedade em Nome Coletivo

Art. 13. Sociedade em nome coletivo é aquela em que duas ou mais pessoas mutuamente se obrigam a combinar seus esforços e recursos, para lograr fins comuns.

Parágrafo único. Na sociedade em nome coletivo os bens dos sócios respondem ilimitadamente pelas dívidas da sociedade.

Art. 14. As cotas da sociedade serão integralizadas quando da sua constituição e do aumento do seu capital social.

Seção VI

Da Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada

Art. 15. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada é aquela em que duas ou mais pessoas se unem para explorar atividades econômicas, estipulando no contrato ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social.

Art. 16. As cotas da sociedade são indivisas e poderão ser integralizadas no prazo máximo de dez meses, a contar da data do arquivamento do instrumento contratual.

§ 1º O capital poderão ser integralizado em moeda corrente nacional ou em bens de qualquer espécie suscetíveis de avaliação em dinheiro.

§ 2º A sociedade que não integralizar o capital, no prazo previsto neste artigo, terá o seu capital automaticamente reduzido ao valor integralizado, ou se terá por automaticamente extinta se nenhuma parte do capital for integralizada dentro do aludido prazo.

§ 3º O sócio que não integralizar o valor de suas cotas poderá ser excluído da sociedade ou cobrado judicialmente, conforme dispuser o contrato.

Art. 17. É lícito às sociedades por cotas de responsabilidade limitada adquirir cotas integralizadas, desde que o façam com fundos disponíveis e sem ofensa do capital estipulado no contrato.

Art. 18. Em caso de falência, todos os sócios respondem solidariamente pela parte que faltar a integralização das cotas.

Art. 19. As alterações contratuais poderão ser efetivadas pelos sócios que detiverem a maioria do capital social.

§ 1º Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo o reembolso, em sessenta dias, da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do balanço que deverá ser realizado

no prazo máximo de trinta dias, a contar da data do recebimento pela sociedade da notificação dos sócios retirantes.

§ 2º Para os sócios excluídos na forma deste artigo, adotar-se-á a regra prevista no §1º, devendo o balanço ser realizado em trinta dias, a contar da data da alteração contratual que os exclui.

Art. 20. A sociedade que, por qualquer motivo, ficar reduzida a um único sócios deverá, em doze meses, sob pena de extinção, admitir um ou mais sócios, ou transformar-se em empresa individual de responsabilidade limitada.

Art. 21. Serão observadas, quanto às sociedades por cotas de responsabilidade limitada, no que não for regulado no contrato social, e na parte aplicável, as disposições da Lei das Sociedades Anônimas.

CAPÍTULO II

DO NOME EMPRESARIAL

Art. 22. Nome empresarial é o nome sob o qual a empresa mercantil exerce a atividade empresarial.

Art. 23. A empresa individual só poderá ter como nome empresarial o nome do seu titular completo ou não, aditado de complemento mais preciso de sua pessoa ou gênero de negócio.

Art. 24. O nome empresarial de empresa individual de responsabilidade limitada deve ser formado por designação acompanhada da expressão Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, por extenso, ou abreviadamente EIRL.

Art. 25. O nome empresarial de sociedade em nome coletivo deve, se não individualizar todos os sócios, conter pelo menos o nome de um com o aditamento por extenso ou abreviado da expressão “e companhia”.

Art. 26. O nome empresarial de sociedade por cotas de responsabilidade limitada deve ser formado por designação acompanhada, facultativamente, da atividade econômica prevalente da sociedade e, obrigatoriamente, da expressão Limitada, por extenso ou abreviadamente.

Art. 27. O nome empresarial será protegido nos Estados em que a empresa tiver sede, filiais, ou tiver, mediante requerimento, deferida a sua proteção independentemente de abertura de qualquer estabelecimento.

§ 1º O nome empresarial deverá se distinguir de qualquer outro já protegido no Estado.

§ 2º Quando se estabelecer uma filial e no Estado já existir nome empresarial idêntico, dever-se-á acrescentar complemento que a distinga.

Art. 28. As empresas inativas terão a proteção ao seu nome empresarial cancelada.

CAPÍTULO III

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 29. As empresas mercantis serão consideradas inativas pelas Juntas Comerciais quando não atualizarem seus atos constitutivos no período de dez anos, ou quando forem retiradas dos cadastros de contribuintes da união ou do Estado.

Art. 30. A sociedade anônima continua a ser regulada por lei próprias, inclusive quanto ao seu nome empresarial.

Art. 31. A empresa individual de responsabilidade limitada será regulada por lei própria.

Art. 32. As firmas individuais são denominadas empresas individuais, a partir da vigência desta Lei, independente de qualquer ato ou formalidade.

Art. 33. As sociedades mercantis não revestidas das formas jurídicas previstas nos itens III, IV e V, do art. 3º, deverá adotar uma dessas formas, no prazo de cento e oitenta dias a contar da vigência desta Lei, sob pena de serem consideradas automaticamente extintas.

Art. 34. O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de noventa dias.

Art. 35 Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogados os arts. 311 a 314 e 317 a 328 da Lei n. 556, de 25 de junho de 1850 – Código Comercial Brasileiro: os Decretos n. 916, de 24 de outubro de 1890, e 3.708, de 10 de janeiro de 1919, bem como os arts. 280 a 284 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

ANEXO II

XII DIRETIVA DA COMUNIDADE ECONÓMICA EUROPÉIA

DÉCIMA SEGUNDA DIRECTIVA DO CONSELHO de 21 de Dezembro de 1989 em matéria de direito das sociedades relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio (89/667/CEE)

O CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e, nomeadamente, o seu artigo 54º,

Tendo em conta a proposta da Comissão,

Em cooperação com o Parlamento Europeu,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social,

Considerando que é necessário coordenar, de modo a torná-las equivalentes, determinadas garantias que são exigidas, nos Estados-membros, às sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 58º do Tratado, a fim de proteger os interesses tanto dos sócios como de terceiros;

Considerando que, neste domínio, por um lado, as Directivas 68/151/CEE e 78/660/CEE, com a última redacção que lhes foi dada pelo Acto de Adesão de Espanha e de Portugal, e a Directiva 83/349/CEE, com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão de Espanha e de Portugal, relativas à publicidade, validade das obrigações e invalidade da sociedade, bem como às contas anuais e às contas consolidadas, são aplicáveis ao conjunto das sociedades de capitais; que, por outro, as Directivas 77/91/CEE e 78/855/CEE, com a última redacção que lhes foi dada pelo ato de adesão de Espanha e Portugal, e a Directiva 82/891/CEE, relativa à constituição e ao capital, bem como às fusões e às cisões, só são aplicáveis às sociedades anónimas;

Considerando que, pela sua resolução de 3 de novembro de 1986, o Conselho adoptou, em 3 de Novembro de 1986, o programa de acção para as pequenas e médias empresas (PME);

Considerando que as reformas introduzidas em algumas legislações nacionais, no decurso dos últimos anos, com o objectivo de permitir a existência de sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio, deram origem a disparidades entre as legislações dos Estado-membros;

Considerando que é conveniente prever a criação de um instrumento jurídico que permita a limitação da responsabilidade do empresário individual, em toda a Comunidade, sem prejuízo das legislações dos Estado-membros que, em casos excepcionais, impõem a responsabilidade desse empresário relativamente às obrigações da empresa;

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

Considerando que a reunião de todas as partes sociais numa única pessoa, bem como a identidade do único sócio, devem ser objeto de publicidade em um registro acessível ao público;

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

Considerando que a forma escrita deve ser igualmente exigida para os contratos celebrados entre o sócio único e a sociedade por ele representada, desde que esses contratos não digam respeito a operações correntes celebradas em condições normais, ADOTOU A PRESENTE DIRETIVA:

Artigo 1º

As medidas de coordenação prescritas pela presente Diretiva aplicam-se às disposições legislativa, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas às seguintes formas de sociedade:

- no que se refere à Alemanha:

die Gesellschaft mit beschraenkter Haftung,

- no que se refere à Bélgica:

la société préviée à responsabilité limitée / de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid,

- no que se refere à Dinamarca:

anpartsselskaber,

- no que se refere à Espanha:

la sociedad de responsabilidad limitada,

- no que se refere à França:

la société à responsabilité limitée,

- no que se refere à Grécia:

π εταιρεία περιορισμενης εφθynης,

- no que se refere à Irlanda:

the private company limited by shares or by guarantee,

- no que se refere à Itália:

la società a responsabilità limitata,

- no que se refere ao Luxemburgo:

la société à repsonsabilité limitée,

- no que se refere aos Países Baixos:
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid,
- no que se refere a Portugal:
a sociedade por quotas
- no que se refere ao Reino Unido:
the private company limited by shares or by guarantee.

Artigo 2º

1. A sociedade pode ter um sócio único no momento da sua constituição, bem como por força da reunião de todas as partes sociais numa única pessoa (sociedade unipessoal).
2. Enquanto se aguarda uma coordenação das disposições nacionais em matéria de direito dos grupos, as legislações dos Estados-membros podem prever disposições especiais ou sanções aplicáveis:
 - a) Quando uma pessoa singular for o sócio único de várias sociedades, ou
 - b) Quando uma sociedade unipessoal ou qualquer pessoa coletiva for o sócio único de uma sociedade.

Artigo 3º

Quando a sociedade se torna unipessoal por força da reunião de todas as partes sociais numa única pessoa, tal fato, bem como a identidade do s

Ó sócio único, deve ou ser indicado no processo ou transcrito no registro, nos termos dos números 1 e 2 do art. 3º da Diretiva 68/151/CEE, ou ser transcrito num registro mantido na sociedade e acessível ao público.

Artigo 4º

1. O sócio único exerce os poderes atribuídos à assembléia geral de sócios.
2. As decisões adotadas pelo sócio único no domínio a que se refere o nº 1 devem ser lavradas em ata ou assumir a forma escrita.

Artigo 5º

1. Os contratos celebrados entre o sócio único e a sociedade por ele representada devem ser lavrados em ata ou assumir a forma escrita.
2. Os Estados-membros podem decidir não aplicar o disposto no número anterior às operações correntes celebradas em condições normais.

Artigo 6º

As disposições da presente Diretiva são aplicáveis nos Estados-membros que permitam a existência de sociedade unipessoais, na aceção do número 1 do art. 2º, também em relação às sociedades anónimas.

Artigo 7º

Um Estado-membros pode decidir não permitir a existência de sociedades unipessoais no caso de a sua legislação prever a possibilidade de o empresário individual constituir uma empresa de responsabilidade limitada com um património afeto a uma determinada atividade desde que, no que se refere a estas empresas, se prevejam garantias equivalentes às impostas pela presente diretiva bem como pelas outras disposições comunitárias aplicáveis às sociedades referidas no artigo 1º.

Artigo 8º

1. Os Estados-membros porão em vigor, antes de 1 de Janeiro de 1992, as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente Diretiva. Desse fato informarão à Comissão.
2. No que se refere às sociedades já existentes em 1 de Janeiro de 1992, os Estados-membros podem prever que as disposições da presente Diretiva só se apliquem a partir de 1 de Janeiro de 1993.

3. Os Estados-membros comunicarão à Comissão o texto das principais disposições de direito nacional que adotem no domínio regido pela presente Diretiva.

Artigo 9º

Os Estados-membros são destinatários da presente Diretiva.

Feito em Bruxelas, em 21 de Dezembro de 1989

Pela Comunidade

O Presidente

E. CRESSON

ANEXO III

LEGISLAÇÃO ESPANHOLA
LEI 2/1995

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

(...) IV

Um dos aspectos mais delicados da reforma é o relativo à sociedade unipessoal. Neste matéria, enfrentam-se tradicionalmente duas concepções radicalmente diversas: para alguns, a sociedade unipessoal, seja originária ou derivada, unicamente deve ser suporte jurídico para as exigências da pequena e média empresa. Para outros, ao contrário, a admissibilidade geral da sociedade unipessoal não é outra coisa que não uma homenagem à sinceridade de que todo legislador deve se honrar quando se depara com um divórcio entre a realidade e o direito legislado – para utilizara s conhecidas palavras da Exposição de Motivos da Lei de 1951 –, de tal modo que o novo direito, a juízo desta segunda corrente, não somente deve admitir e regular a sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, como também a sociedade anônima unipessoal, a qual deveria adquirir existência legal na própria Lei de Sociedades Anônimas para as de caráter público.

Entre estas duas concepções, a Lei se orienta decididamente pela segunda, admitindo a unipessoalidade originária ou derivada, tanto no âmbito das sociedades limitadas quanto no das anônimas. Ainda que o impulso que gerou a Diretiva 89/667/CEE, de 21 de dezembro, trate de satisfazer exigências da pequena e média empresas – como se reconhece no Preâmbulo – o texto da mesma, que pela presente Lei se incorpora ao Direito interno, não impede que se alberguem sob a unipessoalidade iniciativas de grandes dimensões, servindo assim às exigências de qualquer classe de empresas. Em consonância com este delineamento da matéria admite-se expressamente que a sociedade unipessoal possa ser constituída por outra sociedade – ainda que a fundadora seja, de sua vez, unipessoal –, já que se amplia o conceito de unipessoalidade aos casos em que a titularidade de todas as ações ou participações sociais correspondam ao sócio e à própria sociedade.

.....

Art. 125. Classes de sociedades unipessoais de responsabilidade limitada. –
Entende-se por sociedade unipessoal de responsabilidade limitada:
a) A constituída por um sócio, seja pessoa natural ou jurídica.

b) A constituída por dois ou mais sócios quando todas as participações hajam passado a ser de propriedade de um único sócio. Consideram-se de propriedade do único sócio as participações sociais que pertençam à sociedade unipessoal.

Art. 126. Publicidade da unipessoalidade. – 1. A constituição de uma sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, a declaração de tal situação como consequência de haver passado um único sócio a ser proprietário de todas as participações sociais, a perda de tal situação ou a mudança do sócio único como consequência de se haver transmitido alguma ou todas as participações, far-se-ão constar de escritura pública que será inscrita no Registro Mercantil. Nesta inscrição será necessariamente expressa a identidade do sócio único.

2. Enquanto subsista a situação da unipessoalidade, a sociedade fará constar expressamente a sua condição de unipessoal em toda a sua documentação, correspondência, notas de pedido e faturas, assim como em todos os anúncios que deva publicar por disposição legal ou estatutária.

Art. 127. Decisões do sócio único. – Na sociedade unipessoal de responsabilidade limitada o sócio único exercerá as competências da assembléia geral, consignando-se suas decisões em ata, debaixo de sua firma ou de seu representante, podendo ser formalizadas e executadas pelo próprio sócio ou pelos administradores da sociedade.

Art. 128. Contratação do sócio único com a sociedade unipessoal. – 1. Os contratos celebrados entre o sócio único e a sociedade deverão constar por escrito ou na forma documental exigida pela Lei de acordo com a sua natureza, e serão transcritos em um livro-registro da sociedade que deverá ser legalizado conforme o disposto para os livros de atas das sociedades. No balanço anual far-se-á referência expressa e individualizada a estes contratos, com indicação de sua natureza e condições.

2. Em caso de insolvência provisória ou definitiva do sócio único ou da sociedade, não serão oponíveis à massa aqueles contratos compreendidos pelo apartado anterior que não sido transcritos no livro-registro e não forem referidos no balanço anual ou tenham sido em balanço não depositada de acordo com os termos legais.

3. Durante o prazo de dois anos a contar da data de celebração dos contratos a que se refere o apartado 1, o sócio único responderá frete à sociedade quanto às vantagens que direta ou indiretamente tenha obtido em prejuízo desta como consequência dos ditos contratos.

Art. 129. Efeitos da unipessoalidade superveniente. – Transcorridos seis meses desde a aquisição pela sociedade de caráter unipessoal sem que essa circunstância fosse inscrita no Registro Mercantil, o único sócio responderá pessoal, ilimitada e solidariamente pelas dívidas sociais contraídas durante o período de unipessoalidade. Inscrita a unipessoalidade, o sócio único não responderá pelas dívidas contraídas posteriormente.

.....

Segunda disposição adicional – ... 23. Introdúz-se um novo capítulo que, com o número XI e sob o título “da sociedade anônima unipessoal”, estará integrado pelo seguinte artigo:

“*Art. 311. Sociedade anônima unipessoal.* – Será aplicado à sociedade anônima unipessoal o disposto no capítulo XI da Lei de Sociedades de Responsabilidade Limitada.

.....

Quinta disposição adicional. Sociedades unipessoais. – O apartado 2 do artigo 126, os apartados 2 e 3 do art. 128 e o art. 129 da presente Lei não serão aplicados às sociedades anônimas ou de responsabilidade limitada cujo capital seja de propriedade do Estado, comunidades autônomas ou corporações locais, ou de organismos ou entidades destes dependentes.

.....

Oitava disposição transitória. Sociedades unipessoais preexistentes. – 1. Antes do dia 1º de janeiro de 1986, as sociedades anônimas ou de responsabilidade limitada que à entrada em vigor da presente Lei se acharem em algumas das situações a que se refere o artigo 125, deverão apresentar no Registro Mercantil, para a sua inscrição, uma declaração subscrita por pessoa com faculdade certificante e firma reconhecida em que se indicará a identidade do sócio único.

2. Em caso de descumprimento do disposto no apartado anterior, o sócio único responderá nos termos do art. 129.

ANEXO IV

LEGISLAÇÃO ALEMÃ

Lei de Sociedades de Responsabilidade, de 20 de abril de 1892,
Modificada pelas leis de 04 de junho de 1980 e de 18 de dezembro de 1991.

Art. 1º. Objeto social. – Conforme as normas da presente Lei, podem constituir-se sociedades de responsabilidade limitada por uma ou várias pessoas para qualquer fim legalmente lícito.

Art. 2º. Forma do contrato social. – 1. O contrato social documentar-se-á em escritura pública que será subscrita por todos os sócios (...)

Art. 7º. Notificação. – ... 2. Somente se procederá à dita notificação quando, não se havendo acordado aportes não financeiros, se haja desembolsado a quarta parte de cada aporte. Em relação ao capital inicial, ter-se-á que desembolsar, no mínimo, a quantidade necessária para que a soma total dos aportes financeiros desembolsados alcance, com relação à soma total dos aportes, incluindo os não financeiros, a cifra de vinte e cinco mil marcos alemães. Quando a sociedade tenha sido fundada por uma só pessoa, a notificação procederá unicamente quando se efetuarem, ao menos, os desembolsos estabelecidos nos apartados 1 e 2 deste artigo e o sócio outorgue garantia para o restante do aporte financeiro (...).

Art. 8º. Conteúdo da notificação. – ... 6 ... 2. Na notificação se consignará que se efetuaram as prestações indicadas no artigo 7º, parágrafos 2 e 3, e que seu objeto, definitivamente, é de livre disposição pelos administradores. Se a sociedade foi fundada por uma só pessoa, e não se desembolsou plenamente o aporte financeiro, deverá se consignar igualmente a garantia financeira requerida pelo artigo 7º, parágrafo 2º, inciso 3º (...).

Art. 19. Desembolso dos aportes. – ... 4. Se no prazo de três anos desde a inscrição da sociedade no Registro Mercantil, passaram todas as participações sociais ao poder de um só sócio, ou da sociedade, o sócio terá um prazo de três meses a partir da concentração em uma mão do capital social para desembolsar plenamente todos os aportes financeiros, oferecer à sociedade uma garantia suficiente para o pagamento das quantidades pendentes ou transferir uma parte das participações sociais a um terceiro (...).

Art. 35. Representação pelos administradores. – ... 4. Se todas as participações sociais se encontrarem concentradas em poder de um só sócio, ou em poder da sociedade, e ao mesmo tempo dito sócio é o único administrador, aplicar-se-á a seus negócios jurídicos com a sociedade o artigo 181 do Código Civil.

Art. 40. Relação de sócios. – 1. Os administradores apresentarão anualmente, quando apresentarem o balanço do exercício no Registro Mercantil, a lista dos sócios, devidamente formada pelos mesmos, da qual contará nome, sobrenome, estado civil e domicílio dos sócios, assim como seus aportes. Se desde a apresentação da última lista não tiverem existido alterações na pessoa dos sócios e no que se refira à sua participação, bastará apresentar uma declaração análoga. 2. Os gerentes devem que entregar uma listagem com o conteúdo estabelecido na primeira frase do apartado 1 no registro Mercantil, assim que se hajam concentrados todas as ações nas mãos de seu sócio, ou em mãos da sociedade.

Art. 48. Assembléia social. – ... 3. Caso todas as participações sociais se concentrem em poder de um só sócio, ou da sociedade, o sócio deverá protocolar e firmar o documento que compile os acordos imediatamente depois de sua adoção.

ANEXO V

LEGISLAÇÃO FRANCESA

Lei 66-537, de 24 de julho de 1966,
modificada pela Lei 85-697, de 11 de julho de 1985.

Art. 34. A sociedade de responsabilidade limitada se constitui por uma ou várias pessoas que suportam as perdas em função de sua participação no capital social. Quando a sociedade tenha somente um sócio, este é denominado "sócio único". O sócio único exercerá as competências que correspondam à assembléia social, de conformidade com as disposições do presente capítulo.

A sociedade deverá ter uma denominação social em que se possa incluir o nome de um ou vários sócios e que deverá ser precedida ou imediatamente seguida das palavras "sociedade de responsabilidade limitada" ou das iniciais "SARL", e da menção ao capital social.

Art. 36.1. Em caso de reunião em uma só mão de todas as participações de uma sociedade de responsabilidade limitada, as disposições do artigo 1.844.5 do Código Civil, relativas à dissolução judicial, não são aplicáveis.

Art. 36.2. Uma pessoa física só pode ser sócio único de tão-somente uma sociedade de responsabilidade limitada. Uma sociedade de responsabilidade limitada não pode ter por sócio único outra sociedade de responsabilidade limitada composta por uma só pessoa.

Em caso de violação das disposições do parágrafo precedente, qualquer interessado pode pedir a dissolução das sociedades constituídas irregularmente. Quando a irregularidade resulte da reunião em uma só mão de todas as participações de uma sociedade que tem mais de um sócio, a solicitação de dissolução não pode ser apresentada antes de um ano desde a reunião das participações. Em todo caso, o Tribunal pode determinar um prazo máximo de seis meses para regularizar a situação e não pode pronunciar a dissolução se, no dia em que se resolve sobre o fundo, já tenha ocorrido a regularização.

Art. 60.1. Os três primeiros parágrafos do art. 56 e os artigos 57 a 60 não são aplicáveis à sociedades que tenham um só sócio.

Neste caso, o relatório de gestão, o inventário e as contas anuais serão elaboradas pelo gerente. O sócio único aprovará as contas, se for o caso, depois do informe dos comissários de contas, no prazo de seis meses, a contar do encerramento do exercício.

O sócio único não pode delegar seus poderes. Suas decisões adotadas em lugar da assembléia, serão anotadas em um registro.

As disposições adotadas em contrariedade com o disposto neste artigo podem ser anuladas por petição de qualquer interessado.

ANEXO VI

LEGISLAÇÃO DO LUXEMBURGO

Lei de 10 de agosto de 1915,
modificada pela Lei de 28 de dezembro de 1992.

Art. 179.1. As sociedades de responsabilidade limitada são aquelas em que os sócios, em número limitado, não realizam mais que uma integralização determinada, e nas em que as participações sociais representadas exclusivamente por títulos não negociáveis não podem ser transmitidas sem que a operação esteja em conformidade com as condições prescritas na presente seção.

2. A sociedade de responsabilidade limitada pode ter um sócio único no momento de sua constituição, assim como através da reunião de todas as participações em uma só mão (sociedade unipessoal).

A reunião de todas as participações em mãos de uma só pessoa não acarreta a dissolução da sociedade. Da mesma forma, a morte do sócio único não leva à dissolução da sociedade.

Art. 190. As transmissões de participações sociais devem constar de uma ata notarial ou de documentos privados.

Quando a sociedade tenha mais de um sócio, as transmissões não são oponíveis à sociedade e a terceiros, senão depois de haverem sido notificadas à sociedade ou aceitas por esta em uma ata notarial de conformidade com o artigo 1.690 do Código Civil.

Art. 200.1. Os artigos 194 a 196 não são aplicáveis às sociedades com sócio único.

Art. 200.2. O sócio único exerce os poderes atribuídos à assembléia de sócios.

As decisões do sócio único tomadas com relação ao apartado 1º se inscrevem em uma ata (processo verbal) ou se estabelecem por escrito.

Do mesmo modo os contratos concluídos entre o sócio único e a sociedade representada pelo mesmo devem constar de ata (processo verbal) ou se estabelecem por escrito. Esta disposição não é aplicável às disposições correntes concluídas em condições normais.

ANEXO VII

LEGISLAÇÃO ITALIANA

Artigos do Código Civil alterados pelo Decreto 88, de março de 1993.

Art. 2.250. (...) Nos atos e na correspondência das sociedades de responsabilidade limitada deve ser indicado se estas têm um único sócio.

Art. 2.475. A sociedade deverá constituir-se mediante escritura pública. A escritura deverá conter indicação de:

- 1) o nome e sobrenome, a data e lugar de nascimento, o domicílio e a ocupação de cada sócio;
- 2) a denominação social, o domicílio social e as possíveis sucursais;
- 3) o objeto social;
- 4) a cifra do capital subscrito e integralizado;
- 5) a quota de participação de cada sócio e o valor dos bens e créditos integralizados;
- 6) as normas segundo as quais deverão repartir-se os benefícios;
- 7) o número, o nome e sobrenome, a data e lugar de nascimento dos administradores, indicando quais ostentam poderem de representação da sociedade;
- 8) nos casos do artigo 2.488, o número, o nome e sobrenome, a data e lugar de nascimento de cada um dos membros do colégio sindical;
- 9) a duração da sociedade.

Aplicam-se às sociedades de responsabilidade limitada as disposições dos artigos 2.328, último apartado, 2.329, 2.330, 2.330 bis, 2.332, primeiro e segundo apartados, 2.332, com exclusão do número 8, e 2.341.

A sociedade pode ser constituída por ato unilateral. Em tal caso, pelas obrigações assumidas em nome da sociedade antes de sua inscrição é responsável, em solidariedade com aqueles que atuaram, o sócio fundador.

Art. 2.475 bis. Quando as participações pertencerem a um só sócio ou altere-se a pessoa do sócio único, os administradores devem depositar para sua inscrição no registro da empresa uma declaração que contenha a indicação do nome e sobrenome, data e lugar de nascimento, domicílio e nacionalidade do sócio único.

Quando se constitui ou reconstitui a pluralidade de sócios, os administradores devem depositar a declaração para a inscrição no registro da empresa.

O sócio único ou aquele que cesse de sê-lo pode proceder á publicidade prevista nos apartados precedentes.

As declarações dos administradores devem ser depositadas dentro dos 15 dias seguintes à inscrição no livro de registro de sócios e devem indicar a data de tal inscrição.

Art. 2.476. Às integralizações dos sócios são aplicáveis as disposições dos artigos 2.342 e 2.343.

Em caso de constituição da sociedade com ato unilateral a integralização em dinheiro deve ser totalmente desembolsada de acordo com o artigo 2.329, 2, do Código Civil. Em caso de aumento de capital efetuado no período em que existe um só sócio integralização em dinheiro deve ser totalmente desembolsada no momento da subscrição.

Se se reduz a pluralidade de sócios, as integralizações ainda devidas devem ser efetuadas dentro de seis meses.

Art. 2.490, bis. Os contratos entre a sociedade e o sócio único ou as operações em favor do sócio único devem, ainda que não tenha sido efetuada a publicidade prevista no art. 2.475 bis, ser transcritos no livro indicado no nº 3 do primeiro apartado do art. 2.490 ou resultar de ato inscrito.

Os créditos do sócio único não ilimitadamente responsável nas relações da sociedade não estão assistidos de causa legítima de preferência.

Art. 2.497. À dissolução e liquidação da sociedade serão aplicáveis as disposições dos artigos 2.448 a 2.457. A maioria necessária para a designação dos liquidantes é a exigida no artigo 2.486 para junta extraordinária.

Em caso de insolvência da sociedade, sobre as obrigações sociais surgidas no período em que as participações pertenciam a um só sócio, este responde ilimitadamente:

- a) quando seja uma pessoa jurídica ou seja sócio único de uma sociedade de capitais;
- b) quando as integralizações não tenham sido efetuadas segundo o previsto pelo artigo 2.476, segundo e terceiro apartados.
- c) desde que não tenha sido efetuada a publicidade prevista no artigo 2.475 bis.

ANEXO VIII

LEGISLAÇÃO PORTUGUESA
Decreto-lei 248, de 25 de agosto de 1986.

CAPÍTULO I

Constituição

Art. 1º. Disposições preliminares. – 1. Qualquer pessoa singular que exerça ou pretenda exercer atividade comercial pode constituir para tanto um estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

2. O interessado afetará ao estabelecimento individual de responsabilidade limitada uma parte de seu patrimônio, cujo valor representará o capital inicial do estabelecimento.

3. Uma pessoa só pode ser titular de um único EIRL.

Art. 2º. Forma do ato constitutivo. – 1. O EIRL se constitui mediante escritura pública, que deve outorgar o proprietário dos bens, por si ou por meio de representante legalmente habilitado.

2. A escritura deve indicar:

- a) A firma, sede, objeto e capital do estabelecimento;
- b) A declaração de que se procedeu ao depósito das quantias liberadas, nos termos dos artigos 3º e 4º, e de que foram feitas as entregas em espécie, se existirem;
- c) O nome, a nacionalidade e o domicílio do titular do estabelecimento e ainda a firma se houver;
- d) A data em que o estabelecimento inicia sua atividade e o respectivo prazo de duração, se não for constituído por tempo indeterminado;
- e) O montante aproximado dos impostos ou taxas a cujo pagamento esteja obrigado o titular em virtude da constituição do estabelecimento individual de responsabilidade limitada;

3. A firma do estabelecimento será constituída pelo nome do titular acrescentando ou não uma referência ao objeto de comércio nele exercido, e incluirá sempre a adição “estabelecimento individual de responsabilidade limitada” ou a sigla “EIRL”.

Art. 3º. O capital. Sua formação. – 1. O montante do capital será expresso sempre em escudos

2. O capital mínimo do estabelecimento não pode ser inferior a 400.000 escudos.

3. O capital será realizado em numerário (dinheiro), bens ou direitos suscetíveis de realização, não podendo a parte em dinheiro ser inferior à terça parte do capital mínimo.

4. O capital deve estar integralmente liberado no momento da outorga da escritura, a parte em dinheiro, deduzidos os valores referidos na alínea e) do

número 2 do artigo 2º, encontrar-se-á depositada em uma instituição de crédito à ordem do titular do estabelecimento, em conta especial que só poderá ser movimentada depois da celebração do ato constitutivo.

5. O depositante poderá dispor livremente das quantidades depositadas se a escritura de constituição do estabelecimento não for outorgada no prazo de noventa dias a contar do depósito.

6. Se houver aportes em espécie, será apresentada ao Notário uma relação em que se descreva seu objeto e sejam indicados os critérios da respectiva avaliação e o valor atribuído a cada um deles.

Art. 4º. Controle. – Compete ao Notário verificar o cumprimento dos preceitos relativos à formação e existência do capital do estabelecimento, assim como de quaisquer outros de cuja observância dependa a validade da constituição deste.

Para tanto, o Notário deve exigir a apresentação dos documentos que repute necessários e, em qualquer caso, do documento comprovante de que o depósito a que se refere o número 4 do artigo anterior foi efetuado há menos de noventa dias e da relação mencionada no número 6 do mesmo artigo, se esta tiver lugar.

Art. 5º. Registro e publicação do ato constitutivo. – 1. Outorgada a escritura pública de constituição do estabelecimento individual de responsabilidade limitada, o titular deve promover a sua inscrição no registro Comercial.

2. Com o requerimento de inscrição deve-se juntar:

a) Original ou fotocópia autenticada da escritura de constituição.

b) A relação a que se refere o número 6 do artigo 8º, se for o caso.

c) Os documentos comprovantes de se haver cumprido o disposto no número 4 do artigo 3º.

3. O Conservador do Registro Comercial deve promover, nos termos da lei aplicável, a publicação do ato constitutivo no “Diário da República”.

Art. 6º. Eficácia do ato constitutivo frente a terceiros. – O ato constitutivo do EIRL é eficaz frente a terceiros a partir de sua publicação, não se impedindo que o referido ato constitutivo seja invocado por e contra terceiros que sobre o mesmo tivessem conhecimento ao tempo do surgimento de seus direitos.

Art. 7º. Responsabilidade pela constituição. – O titular do estabelecimento individual de responsabilidade limitada responde genericamente frente a qualquer interessado em face de inexatidão ou deficiência das indicações ou declarações prestadas com vistas à constituição do estabelecimento, especialmente no que respeita à realização das contribuições à formação do capital social e ao cumprimento do disposto no número 4 do artigo 3º.

CAPÍTULO II

Administração e funcionamento

Art. 8º. Administração. – A administração do EIRL compete a seu titular, mesmo quando seja casado e por razão do regime matrimonial de bens o estabelecimento pertença ao patrimônio comum do matrimônio.

Art. 9º. Menções na correspondência. – Em toda a correspondência relativa aos negócios do EIRL deve-se indicar a firma, o capital, a sede, a conservadoria da sede e o número de matrícula do estabelecimento.

Art. 10. Dívidas pelas quais responde o patrimônio do EIRL – 1. Sem prejuízo do disposto no art. 22, o patrimônio do estabelecimento individual de responsabilidade limitada somente responde pelas dívidas contraídas no desenvolvimento das atividades compreendidas no âmbito da respectiva empresa.

2. Não obstante, se os demais bens do titular forem insuficientes, e sem prejuízo do estabelecido na parte final do art. 6º, aquele patrimônio responde por quaisquer dívidas por ele contraídas antes da publicação a que se refere o art. 5º, número 3.

Art. 11. Responsabilidade pelas dívidas do estabelecimento individual de responsabilidade limitada. – 1. Pelas dívidas resultantes das atividades compreendidas no objeto do EIRL respondem somente os bens afetados a este.

2. Em caso de quebra do titular por causa relacionada com a atividade exercida naquele estabelecimento, o falido responde com todo o patrimônio pelas dívidas contraídas neste exercício, desde que se comprova que o princípio de separação patrimonial não foi devidamente observado na gestão do estabelecimento.

3. No caso previsto no número anterior, a responsabilidade ali prevista recai sobre todo aquele que, havendo exercido anteriormente a administração do EIRL, haja transgredido nesta administração o princípio da separação de patrimônios. Se forem vários os obrigados, respondem solidariamente.

CAPÍTULO III

Elaboração das contas anuais

Art. 12. Elaboração das contas anuais. – 1. Em cada ano civil, o titular elaborará as contas do EIRL. As constas serão constituídas do balanço e pela conta de resultados líquidos, e serão elaboradas de acordo com as prescrições legais. No documento que contém as contas, ou em anexo, mencionar-se-á o destino dos benefícios.

2. As contas anuais, assim como o documento a que se refere a parte final do número anterior, devem ser depositados na conservadoria do Registro de Comércio dentro dos primeiros três meses de cada ano civil; juntamente com os aludidos documentos, depositar-se-á um informe sobre as contas necessárias pelo titular do EIRL.

3. À publicação das contas, documento e informe são aplicáveis os preceitos da lei reguladora do Registro Comercial.

Art. 13. Remuneração. – A remuneração que o titular do EIRL pode atribuir-se como administrador não excederá em nenhum caso o triplo do salário mínimo nacional.

Art. 14. Intangibilidade do capital. – 1. O titular do EIRL não pode desafetar o patrimônio do estabelecimento, para fins relacionados com a atividade deste, quantidades que não correspondam aos benefícios líquidos refletidos no balanço anual.

2. Pode, entretanto, dispor de quantias a conta dos benefícios líquidos do exercício em curso. Se, ao final do exercício, tais quantias excederem do montante de benefícios referidos no número anterior, o excedente será restituído ao patrimônio do estabelecimento no prazo de seis meses a contar da data das

contas. Para o cumprimento desta obrigação o titular responde com todo o seu patrimônio.

Art. 15. Reserva legal. – 1. Criar-se-á obrigatoriamente um fundo de reserva, ao qual o titular destinará uma fração dos benefícios anuais, não inferior a 20%, até que este fundo represente metade do capital do estabelecimento. Este fundo deve ser restituído sempre que se encontre diminuído.

2. O fundo de reserva previsto no número anterior somente pode ser utilizado:

a) Para cobrir parte das perdas refletidas no balanço anual que não possa ser coberta com a utilização de outras reservas.

b) Para cobrir parte das despesas sofridas no exercício anterior que não possa ser coberta pelo benefício nem pela utilização de outras reservas.

c) Para a incorporação ao capital.

CAPÍTULO IV

Modificação do ato constitutivo

Art. 16. Requisitos de forma e publicidade. – 1. Toda modificação do ato constitutivo do EIRL deve, sob pena de nulidade, constar de escritura pública.

2. A modificação será inscrita no Registro Comercial, devendo unir-se ao requerimento de inscrição o original ou fotocópia autenticada da escritura de modificação.

O Conservador do Registro Comercial promoverá, nos termos da legislação a este aplicável, a publicação da modificação no Diário da República.

3. Aplicar-se-á à modificação do ato constitutivo o disposto no art. 6º.

SEÇÃO 1ª

Aumento de capital

Art. 17. Aumento de capital mediante novas contribuições. – 1. As contribuições correspondentes ao aumento de capital do estabelecimento individual de responsabilidade limitada podem ser em numerário, bens ou direitos suscetíveis de realização.

2. Ao aumento de capital serão aplicáveis, com as adaptações necessárias, os artigos 3º (números 4, 5 e 6), 4º e 7º.

Art. 18. Aumento de capital mediante a incorporação de reservas. – 1. O aumento de capital do EIRL também pode ser efetuado mediante incorporação de reservas disponíveis.

2. este aumento só pode efetuado depois de elaboradas as contas do último exercício; contudo, se já tiverem passado mais de seis meses desde a elaboração destas contas, a existência das reservas a incorporar só poderá ser comprovada por um balanço especial, organizado nos termos previstos para o balanço anual.

3. O balanço anual, ou o balanço especial a que se refere o número anterior, acompanhado de um informe elaborado por um revisor oficial de contas, deve ser verificado pelo Notário antes da outorga da escritura; estes documentos se unirão ao requerimento de inscrição do aumento de capital no Registro Comercial.

SEÇÃO 2ª

Redução de capital

Art. 19. Redução de capital com autorização judicial. – 1. A redução de capital do EIRL pode efetuar-se por escritura pública, se o titular obtiver autorização judicial, nos termos dos artigos 1.487 e seguintes do Código de Processo Civil, aplicáveis com as necessárias adaptações.

2. A autorização não será concedida se, depois da redução, a situação líquida do estabelecimento não superar o novo capital em pelo menos 20%.

Art. 20. Redução de capital para compensar perdas. – 1. A autorização judicial prevista no artigo anterior será destinada se a redução se destinar unicamente a compensar perdas.

2. neste caso, qualquer credor do EIRL pode requerer ao Tribunal, até 30 dias depois de publicada a redução, para que, durante um período o ser fixado, seja o titular proibido de retirar do estabelecimento quaisquer quantias provenientes da redução, seja a título de reservas disponíveis seja de lucros. A providência requerida será decretada, salvo se o crédito do requerente seja satisfeito ou garantido de modo adequado.

3. O titular do estabelecimento fica sujeito à proibição descrita no número anterior a partir do dia em que tenha conhecimento de que algum credor requereu a providência ali indicada.

4. No caso previsto neste artigo, o capital pode ser reduzido até um montante inferior ao mínimo fixado no art. 3º; entretanto, esta redução não produzirá seus efeitos enquanto não se efetivar uma aumento de capital que o eleve ao mínimo exigido.

CAPÍTULO V

Negociação, transmissão e realização do EIRL

Art. 21. Negócios jurídicos e direitos sobre o estabelecimento. – 1. O EIRL pode ser transferido por ato gratuito ou oneroso, ou dado em arrendamento. Também pode se constituir sobre o mesmo usufruto ou hipoteca, produzindo esta seus efeitos independentemente da entrega do estabelecimento ao credor.

2. Os atos referidos no número anterior, enquanto atos entre vivos, estão sujeitos às condições de forma e publicidade previstas no artigo 16.

3. Ao arrendatário e ao usufrutuário do EIRL, durante o período de duração do arrendamento e do usufruto, é aplicável o disposto neste Decreto sobre os direitos e deveres do titular do estabelecimento.

4. Se o adquirente do EIRL já for titular de um estabelecimento de mesma natureza, será nula a aquisição, sem prejuízo, contudo, dos direitos de terceiros de boa-fé.

Art. 22. Penhora do EIRL. – Na execução promovida contra o titular do EIRL, por dívidas alheias à respectiva exploração, os credores somente poderão executar o estabelecimento se provarem a insuficiência dos demais bens do devedor.

CAPÍTULO VI

Liquidação do EIRL

Art. 23. Morte do titular ou separação patrimonial dos cônjuges. – 1. A morte do titular do EIRL ou, nos casos em que este era casado, qualquer outra causa que ponha fim à comunidade de bens existente entre os cônjuges, não implica na liquidação do estabelecimento, mantendo-se a afetação do respectivo patrimônio nos termos do ato constitutivo.

2. se os herdeiros do titular do EIRL ou os cônjuges não chegarem a um acordo sobre o valor a atribuir ao estabelecimento ou sobre a quota que deve integrar o patrimônio de cada um, qualquer deles pode requerer ao tribunal que fixe este valor ou quota.

3. Passados noventa dias desde a morte do titular do estabelecimento ou desde o ato constitutivo da separação patrimonial dos cônjuges, se os herdeiros ou cônjuges não chegarem a um acordo sobre o destino do estabelecimento qualquer interessado pode pedir a sua liquidação judicial.

4. Se o titular de um EIRL adquirir por sucessão mortis causa a propriedade de algum outro estabelecimento da mesma espécie deverá alienar ou liquidar um deles, ou transmitir a respectiva exploração.

5. O herdeiro ou cônjuge não titular do estabelecimento que, em virtude dos atos referidos no número 1, vier a assumir a titularidade do estabelecimento, dará publicidade deste fato no “Diário da República”. O novo titular deve solicitar a inscrição da alteração verificada no Registro Comercial, apresentando, com o requerimento de inscrição, os documentos que comprovem a mudança de titularidade do EIRL.

Art. 24. Casos de liquidação imediata. – O EIRL entra imediatamente em liquidação:

- a) Por declaração de seu titular expressa em escritura pública;
- b) Por transcurso do prazo fixado no ato constitutivo;
- c) Por sentença que declare a quebra do titular;
- d) Por impossibilidade de venda judicial na execução promovida por um dos credores do titular, com amparo no art. 22.

Art. 25. Casos de liquidação judicial. – 1. Além do caso previsto no art. 23.3, a liquidação judicial do EIRL pode ter lugar se algum interessado a solicita em ação intentada para tal fim com um dos fundamentos seguintes:

- a) Encontrar-se completamente realizado o objeto do estabelecimento ou verificar-se a impossibilidade de realizá-lo.
- b) Encontrar-se o valor do patrimônio líquido reduzido a menos de 2/3 do capital.

2. Na hipótese prevista no apartado b) do número anterior o tribunal pode, se assim considerar, fixar ao titular prazo razoável para que a situação seja regularizada, suspendendo-se em seu curso a causa.

Art. 26. Publicação da liquidação. – 1. O titular deverá solicitar a inscrição no Registro Comercial da entrada em liquidação do EIRL.

2. Nos casos previstos na alínea c) do artigo 24 e no art. 25, o tribunal deve notificar a sentença à competente conservadoria do Registro Comercial, que, oficiosamente e à custa do titular, procederá à inscrição de entrada em liquidação do estabelecimento.

3. No caso previsto na alínea a) do artigo 24, a inscrição se fará com base na escritura pública ali mencionada.

4. O Conservador do Registro Comercial deverá promover, nos termos da legislação aplicável, a publicação no Diário da República da entrada em liquidação do EIRL.

5. A entrada em liquidação do EIRL produzirá efeitos frente a terceiros a partir do momento em que seja publicada nos termos do artigo anterior.

Art. 27. Processo de liquidação. – 1. A liquidação do EIRL será feita nos termos dos artigos seguintes. Em caso de quebra, os termos da liquidação serão os da lei processual, devendo-se respeitar sempre a preferência dos credores do estabelecimento em relação aos credores comuns do falido.

2. A firma do EIRL em liquidação deverá ser seguida das palavras “em liquidação”. Esta menção e o nome do Liquidante devem figurar em todos os atos e documentos destinados a terceiros.

Art. 28. O Liquidante. – 1. O Liquidante será o titular do EIRL; ele determinará o sistema e modo de liquidação. Nos casos de liquidação judicial, o tribunal pode designar outra pessoa como Liquidante, assim como regular a forma de liquidação.

Art. 29. Responsabilidade do Liquidante. – O Liquidante responde frente a terceiros nos termos gerais do direito pelos prejuízos resultantes de irregularidades cometidas no desempenho de suas funções. Se o Liquidante não for titular do EIRL responderá nos mesmo termos que este.

Art. 30. Deveres e poderes do Liquidante. – 1. O Liquidante deve:

- Concluir os negócios pendentes.
- Cumprir as obrigações.
- Cobrar os créditos do EIRL.

2. O Liquidante também poderá:

- a) Continuar temporariamente a atividade anterior do estabelecimento.
- b) Contrair empréstimos ou empreender outros negócios necessários para a realização da liquidação.
- c) Proceder à venda e alienação em conjunto do EIRL.

3. Se o Liquidante for pessoa distinta do titular do estabelecimento somente com autorização judicial pode praticar os atos indicados no número anterior.

Art. 31. Liquidação do passivo do EIRL. – 1. O Liquidante pagará todas as dívidas do estabelecimento, exigíveis ou não, ainda quando os prazos hajam sido estabelecidos em benefício dos credores.

2. Os credores serão avisados pelo Liquidante, através de um dos jornais mais lidos na localidade da sede do estabelecimento, de que este se encontra em liquidação e de que deverão apresentar-se para reclamar seus créditos.

3. Caso sejam verificadas as circunstâncias previstas no artigo 841 do Código Civil, o Liquidante deve proceder à consignação em depósito do objeto da prestação.

4. Quanto às dívidas litigiosas, os liquidantes afiançarão os eventuais direitos de credor por meio de caução, prestada nos termos do Código de Processo Civil.

Art. 32. Contas anuais da liquidação. – O Liquidante depositará na conservadoria do Registro Comercial competente, nos três primeiros meses de cada ano civil, as contas anuais da liquidação, acompanhadas de um informe pormenorizado do estado em que se encontram.

Art. 33. Informe e contas finais. – *Inscrição no Registro Comercial.* – 1. Terminada a liquidação, o Liquidante elaborará um informe final completo e apresentará as contas e dados relativos àquela. Depois, solicitará a inscrição do encerramento da liquidação do Registro Comercial, com base no informe referido.

2. Ao Conservador do Registro Comercial compete promover, nos termos da legislação aplicável, a publicação do encerramento da liquidação no Diário da República.

Desta publicação devem constar os seguintes elementos:

a) Firma do estabelecimento individual de responsabilidade limitada.

b) Identidade do Liquidante.

c) data do encerramento da liquidação.

d) Indicação do local onde os livros e documentos estão depositados e serão conservados durante pelo menos cinco anos.

e) Indicação da consignação das quantias previstas no art. 31.3.

3. O EIRL se considera extinto pela inscrição no Registro Comercial do encerramento da liquidação.

CAPÍTULO VII

Disposições finais

Art. 34. Declarações feitas para a constituição, alteração ou registro do ato constitutivo do EIRL. – O titular que, em vista de alteração da escritura de constituição do EIRL, sua alteração ou dos respectivos registros, prestar ao Notário ou ao Conservador do Registro Comercial declarações falsas ou omitir fatos e dados importantes sobre o montante e desembolso do capital, natureza das contribuições e gastos de constituição ou atribuir fraudulentamente às contribuições em espécie um valor superior ao real, será penalizado nos termos da legislação especial a ser publicada.

Art. 35. Infrações relativas aos documentos que sirvam de base às contas anuais. – O titular do EIRL ou seu Liquidante que conscientemente elaborar quaisquer documentos que sirvam de base às contas do exercício em que se omita, aumente ou diminua, sem fundamento legalmente admissível, qualquer elemento do ativo ou do passivo, ou que adote qualquer outro procedimento suscetível de induzir a erro quanto à composição, valor e liquidez do patrimônio, será penalizado nos termos da legislação especial a ser publicada.

Art. 36. Vigência. – Este Decreto entrará em vigor em sessenta dias contados de sua publicação, aplicando-se aos EIRL que se constituam e tenham sua sede principal e efetiva em Portugal.

BIBLIOGRAFIA

- . ABREU, Iolanda Lopes de. Responsabilidade Patrimonial dos Sócios nas Sociedades Comerciais de Pessoas. São Paulo : Saraiva, 1988.
- . ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das Sociedades Comerciais. São Paulo : Saraiva, 1998.
- . AMUCHÁSTEGUI, Fernando. La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1998.
- . ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. O Novo Modelo Jurídico da Empresa nacional e a Reforma da Lei de Falências. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, vol. 663, pp. 252-254.
- . ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Artigo publicado na Revista de Direito Mercantil, vol. 104, pp. 109-126.
- . BULGARELLI, Waldírio. Direito Comercial. São Paulo : Atlas, 1995.
- . _____. Tratado de Direito Empresarial. São Paulo : Atlas, 1997.

- . CARMO, Eduardo de Sousa. Sociedade Unipessoal por Cotas de Responsabilidade Limitada. Artigo publicado na Revista Forense, vol. 303, pp. 23-27.
- . CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.
- . CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1997.
- . COELHO, Fábio Ulhoa. O Empresário e os Direitos do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1994.
- . _____. Manual de Direito Comercial, Saraiva: São Paulo, 1997.
- . COMPARATO, Fábio Konder. Novos Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- . _____. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 1977.
- . _____. Estado, Empresa e Função Social. Artigo publicado na Revista dos Tribunais nº 732, p. 39 e seg.
- . _____. Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.
- . COSTA, Philomeno da. Comentários a julgado do TJRJ. Artigo publicado na Revista de Direito Mercantil, vol. 53, pp 88-101.
- . COUTO E SILVA, Clóvis. O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro. Artigo publicado na Revista dos Tribunais nº 613, p. 21 e seg.
- . CRISTIANO, Romano. Personificação da Empresa. São Paulo: RT, 1982.
- . _____. A Empresa Individual e a Personalidade Jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

- . DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Lineamentos Jurídicos da Empresa e o Código do Consumidor. Artigo publicado na Revista dos Tribunais nº 671, de setembro de 1991, pp. 61-70.
- . _____. Manual Jurídico da Empresa. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998.
- . DE-MATTIA, Fábio Maria. Empresa Agrária e Estabelecimento Agrário, artigo publicado na Revista dos Tribunais, vol. 715, p. 64-78.
- . DÓRIA, Dilson. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1995.
- . ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- . FERREIRA, Waldemar. Tratado de Direito Comercial. São Paulo, Saraiva, 1960.
- . GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro : Forense, 1993.
- . GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Apointamentos de Direito Comercial. Curitiba: Juruá, 1998.
- . GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito. Rio de Janeiro, Forense, 1995.
- . ISFER, Edson. Sociedades Unipessoais e Empresas Individuais. Curitiba: Juruá, 1996.
- . JUSTEN FILHO, Marçal. A Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- . _____. Empresa, Ordem Econômica e Constituição. Artigo publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 212, pp. 109-133.
- . LAMY FILHO, Alfredo. A função Social da Empresa e o Imperativo da sua Reumanização. Artigo publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 190, pp 54-60.

- . _____. A Empresa, o Empresário e a Nova Lei das Sociedades Anônimas.
Artigo publicado na Revista Forense, vol. 267, pp. 43-47.
- . LOBO, Jorge, A Empresa: Novo Instituto Jurídico. Artigo publicado na revista
Seleções Jurídicas, 01/98, pp. 11-20.
- . _____. A Crise da Empresa: Em Busca de Soluções. Artigo publicado na
Revista dos Tribunais nº 668, de junho de 1991, pp. 35-46.
- . _____. Direito da Crise Econômica da Empresa. Artigo publicado em
Seleções Jurídicas, 05/98, pp. 12-31.
- . LUCENA, José Waldecy. Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade
Limitada. São Paulo: Renovar, 1997.
- . MACHADO, Sylvio Marcondes. Limitação da Responsabilidade de Comerciante
Individual. São Paulo. 1956.
- . MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- . _____. Novos Estudos de Direito Societário: Sociedades Anônimas e
Sociedades por Quotas. São Paulo: Saraiva, 1988.
- . MATARREDONA, Josefina. La Sociedad Unipersonal de Responsabilidad
Limitada. Madrid: Civitas, 1996.
- . MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. Curso de Direito Comercial, vol. II. São Paulo:
Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- . OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena de. Desenvolvimento da teoria da Empresa –
Fim da Distinção Entre Sociedades Cíveis e Comerciais. Artigo publicado na
Revista de Direito Mercantil nº 103, p. 33 e seg.
- . _____. A Possibilidade Jurídica da Declaração da Falência das Sociedades
Cíveis com Adoção da Teoria da Empresa no Direito Positivo Brasileiro. Artigo
publicado em Seleções Jurídicas, 09/96, pp. 10-17.

- . OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. A Dupla Crise da Pessoa Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.
- . OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Empresa – Ordem Econômica – Constituição. Artigo publicado na Revista dos Tribunais, vol. 758, pp. 16-22.
- . REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1991.
- . RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. A Noção de Empresa na Lei 8.884/94. Artigo publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, vol. 4, pp. 93-99.
- . RICHARD, Efaín Hugo, e MUIÑO, Orlando manuel. Derecho Societario. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- . ROCHA FILHO, José Maria. Curso de Direito Comercial. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- . ROQUE, Sebastião José. Direito Internacional Público. São Paulo: Hemus, 1997.
- . SALOMÃO FILHO, Calixto. A Sociedade Unipessoal. São Paulo: Malheiros, 1995.
- . SAMPAIO DE LACERDA, J.C. Curso de Direito Comercial Marítimo e Aeronáutico. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- . SANT'ANNA, Rubens. A Falência da Empresa – Realidade Contemporânea e Perspectivas Futuras. Artigo publicado na Revista de Direito Mercantil, vol. 64, pp. 37-46.
- . SANTOS, J.A. Penalva. Direito Comercial: Estudos. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- . SZTAJN, Rachel. Contrato de Sociedade e Formas Societárias. São Paulo: Saraiva, 1989.

- . VALVERDE, Trajano de Miranda. Sociedade por Ações. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- . VAMPRÉ, Spencer. Tratado Elementar de Direito Comercial. Rio de Janeiro, 1922.
- . VAZ, Isabel. Direito Econômico das Propriedades. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- . WALD, Arnoldo. Novas Perspectivas da Empresa. Artigo publicado nos Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, vol. 11, pp. 221-228.
- . _____. O Espírito Empresarial, a Empresa e a Reforma Constitucional. Artigo publicado na Revista de Direito Mercantil, vol. 98, pp. 51-57.