



Índex

revista

ISSN 2237-454X

ur

Suplemento
ESPECIAL

dezembro de 2011

**APONTAMENTOS À
EMPRESA INDIVIDUAL DE
RESPONSABILIDADE
LIMITADA-EIRELI:
A SAGA CONTINUA**

Ano I - Vol I - N. Zero
Setembro de 2011

APONTAMENTOS À EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA-EIRELI: A SAGA CONTINUA

Wilges Bruscato¹

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DAS TÉCNICAS POSSÍVEIS. 2- DA OPÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA. 2.1- A Lei 12.441/2011. 2.2. Nova Figura Jurídica. 2.3. Equívocos do artigo 980-A do Código Civil. 3. DA INSTITUIÇÃO DA EIRELI. 3.1. Do Sujeito. 3.1.1. *Da Pessoa Natural*. 3.1.2. *Da Pessoa Jurídica*. 3.1.3. *Exercentes de Atividades Não-Empresariais*. 3.1.4. *Dos Direitos de Personalidade*. 3.2. Da Forma. 3.2.1. *O Ato Constitutivo*. 3.2.2. *A Denominação*. 3.2.3. *O Capital*. 3.2.4. *A Extinção*. 4. A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS NORMAS SOCIETÁRIAS. 4.1. Teoria da Limitação. 4.2. Normas Societárias Compatíveis. 4.3. Regramento do Empresário Individual. 5. A ADMINISTRAÇÃO DA EIRELI. 6. NEGOCIAÇÕES. 7. CRISE ECONÔMICA E FALÊNCIA DA EIRELI. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

PALAVRAS-CHAVE: EIRELI. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Limitação da Responsabilidade do Empresário Individual.

INTRODUÇÃO

Após meses da publicação da Lei n. 12.441/2011, que alterou o Código Civil para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada, ainda há muitas dúvidas acerca da nova criação jurídica.

Antes do mais, lembre-mo-nos: a expressão criada pelo legislador, EIRELI, forma uma palavra oxítona.

Isto posto, vamos adiante.

O anseio de pôr a salvo o patrimônio daqueles que exploram atividade empresarial de modo singular é antigo e justificado: por que negar a uma pessoa sozinha o que se permite a duas ou mais?²

¹ Doutora em Direito pela PUC-SP, Mestra em Direito pela UNIMEP, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUCCAMP, Professora Adjunta da PUC-MINAS, Coordenadora do Curso de Direito da PUCMINAS em Poços de Caldas, Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da PUC-MINAS em Poços de Caldas, Advogada. Autora do livro *Empresário Individual de Responsabilidade Limitada*, pela Editora Quartier Latin, 2005.

² “Desde há muito que a doutrina vem procurando dar resposta a esta necessidade econômico-social, que é a limitação da responsabilidade do comerciante individual, atestada pelo elevadíssimo número de sociedades fictícias existentes. Na verdade, consagradas as sociedades de responsabilidade limitada e admitidos os patrimônios de afetação especial, não se vê mais razão para que, se duas pessoas podem limitar sua responsabilidade, uma sozinha não o possa fazer.” ALMEIDA, António Pereira de. *A Limitação*

A possibilidade reconhecida pela lei em comento visa corrigir um desvirtuamento no uso da sociedade limitada, em função dos riscos a que fica sujeito o patrimônio pessoal do empreendedor, que, como empresário individual, vê a totalidade de seus bens responder por dívidas constituídas no desenvolvimento da atividade empresarial. A isso costumamos chamar sociedade aparente, ficcional, de favor, simulada, *de palha*, em que a constituição da pessoa jurídica se dá, exclusivamente, para limitar a responsabilidade do titular, de fato, da empresa.

O reconhecimento da possibilidade de preservação do patrimônio pessoal do empresário individual não visa atender a uma causa egoística de torná-lo intocável ou, meramente, aumentar-lhe os ganhos, limitando-lhe as perdas. Mas, sim, busca incrementar a economia, incentivando mais pessoas a empreenderem, visto que à empresa se agregam valores sociais que merecem a proteção e a atenção do direito³. Em especial, às pequenas iniciativas, que participam expressivamente da abertura e manutenção de postos de trabalho. “Levando-se em consideração que a fórmula do emprego tradicional está cada vez menos disponível, a solução de empreender é uma alternativa que vem se firmando.”⁴

É, como já dizia Antônio Martins Filho, “a última fase do processo evolutivo da limitação dos riscos. (...) Recusando-a (...), não evitará o legislador a existência de fato desse tipo de empresa, que passa a funcionar sob forma de sociedade fictícia (...).”⁵

Rompeu-se, afinal, com o obstáculo de ordem moral que o instituto enfrentava, ou seja, a

da Responsabilidade do Comerciante Individual. *Novas Perspectivas do Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, p. 269-288, 1988, p. 271.

³ A respeito de como vemos os agregados sociais da empresa e sua função social, v. nosso *Manual de Direito Empresarial Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 48-49 e *Execução da tutela Jurisdicional Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123-126.

⁴ PANTZIER, Rolf Dieter. Sociedade Unipessoal: Opção Organizativa para Micro e Pequenas Empresas. *Centro Universitário de Brusque*. Disponível em: www.febe.edu.br/divulgacao/artigo16.doc. (24.11.2003), p. 12.

⁵ MARTINS FILHO, Antônio. *Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*. Anais do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*. Porto Alegre: URGs, v.1, p. 284-338, 1951, p. 284. O citado autor ainda pergunta: “como explicar o estacionamento do processo evolutivo da limitação da responsabilidade na empresa comercial societária, quando é evidente que a última etapa dessa evolução está na empresa do comerciante individual?” In MARTINS FILHO, *op. cit.*, p. 292.

“(...) pressuposição de que o novo instituto possibilitaria a mais deslavada fraude na prática mercantil, pelo que se tornaria prejudicial às operações fiduciárias, que constituem a base da economia contemporânea. (...) [O novo instituto] (...) consiste em disciplinar *de direito* um instituto que já existe *de fato*, através de sociedades fictícias.”⁶

De fato, é forçoso reconhecer que isso já vem sendo alcançado, largamente, nas sociedades aparentes. Uma hipocrisia jurídica com a qual temos convivido há muito. E *talvez continuemos a conviver...*

O que se pretende nesses apontamentos é delinear, o quanto possível, os aspectos fundamentais dessa nova figura jurídica, como a apreciação da opção legislativa, as questões atinentes à instituição da EIRELI, que envolvem o seu sujeito, a forma, a denominação, o capital, sua administração e extinção, a aplicação subsidiária das normas societárias, as possibilidades de negociações, bem como a aplicação dos institutos falimentares a ela.

A fórmula adotada pelo legislador brasileiro não é a que mais nos agrada, além de confundir as técnicas possíveis para a acomodação do problema, como se verá.

Serão mencionados, como balizadores, enunciados aprovados – todos com quórum qualificado - sobre a EIRELI na V Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal em novembro de 2011, em Brasília⁷.

1- DAS TÉCNICAS POSSÍVEIS PARA A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

⁶ *Idem, ibidem*, p. 308-309.

⁷ JORNADA DE DIREITO CIVIL, V, 2001, Brasília. *10 Anos do Código Civil*. Comissão de Direito Empresarial. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, 2011. Os enunciados aprovados nas Jornadas de Direito Civil do CJF não têm caráter normativo, apenas fixando a interpretação recomendada para os juízes federais.

A limitação da responsabilidade pessoal do empresário individual, como já se disse, é anseio antigo e generalizado: muitos países a adotam. Porém, de formas diversas.

Há, basicamente, três técnicas jurídicas, com subvariações, para se chegar a esse fim: a *sociedade unipessoal*, a *personalização* de um ente ficcional a partir de um objeto de direito e a *afetação patrimonial*.

Nossa opção foi sempre pela afetação de patrimônio, por ser a forma mais direta e simples, criando-se um centro de imputação. “É certo que alguns escritores, seduzidos pelas facilidades técnicas do funcionamento jurídico de uma empresa individual personalizada, pensam infundir-lhe essa natureza, assemelhando-a ao fenômeno das sociedades unipessoais. Mas isso seria *substituir um artifício por outro*.”⁸

Apesar disso, muitos países adotam a sociedade unipessoal e alguns outros, a personalização.

Cada técnica tem seus defensores e seus críticos⁹.

Genericamente, podemos dizer que aqueles que defendem a sociedade unipessoal o fazem em razão de considerá-la mais flexível e cômoda para manobras negociais. As críticas ficam por conta da contradição essencial apresentada pelo modelo, que muitos têm dificuldade de aceitar: a sociedade unipessoal é um paradoxo conceitual.

A personalização da empresa ou do estabelecimento é alternativa que busca superar o paradoxo da sociedade unipessoal: considera-se que a empresa, por ser atividade específica, tem condições de ser sujeito de direito e titularizar patrimônio ou, então, que, justamente por haver um patrimônio, a empresa tem essa condição.

A questão se aproxima, um pouco, da figura da *fundação*, pois que temos um instituidor, que separa de seu patrimônio determinados bens ou quantia, dando-lhes destinação específica, por meio de ato unilateral de vontade. Entre nós, Sylvio

⁸ MACHADO, Sylvio Marcondes. MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*. São Paulo: Max Limonad, 1956, p. 277.

⁹ Para apreciação mais detalhada a respeito, cf. nosso *Empresário Individual de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 237-256.

Marcondes Machado¹⁰ foi quem mais largamente se ocupou de verificar tal aproximação. A personalização da empresa ou do estabelecimento apresenta a vantagem de ser de simples operação. Porém, enfrenta também a dificuldade de se tratar de ficção de difícil aceitação para alguns: como tornar *sujeito* de direito aquilo que sempre foi *objeto* de direito?¹¹ Em última análise, mesmo que se personalize a empresa ou o estabelecimento, tornando-os sujeitos, o fato é que serão sempre tratados como objeto por seu titular, que é quem, na verdade, opera. Seria uma excrescência jurídica.

A técnica da afetação patrimonial nos pareceu melhor por ser de simples operação, não se embrenhar pelos tortuosos caminhos de personalizar objetos e nem necessitar de elementos ficcionais que representam contrassenso¹². A dificuldade que se apontou a esse modelo consistiu basicamente no fato representar eventual entrave à obtenção de recursos para financiamento da atividade pelo empresário, pois obrigaria que se buscassem garantidores fora da esfera de domínio do agente econômico, o que é facilmente superável, considerando que o número de empresários individuais no país é bastante elevado e que todos eles encontram uma forma de obter recursos para prover suas empresas.

Essas, em linhas gerais, que poderiam render farto aprofundamento - incabível nesse texto – as possibilidades que a técnica jurídica vem consagrando em atenção à necessidade de pôr a salvo o patrimônio pessoal daquele que explora a empresa sozinho.

2. DA OPÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA

Em data de 11 de julho de 2011, foi sancionada a lei nº 12.441 que alterou o Código Civil para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada, EIRELI, optando por personalizar a empresa, ou seja, escolheu a segunda técnica mencionada.

¹⁰ MACHADO, Sylvio Marcondes, *op. cit.*, p. 179-196.

¹¹ Também sobre isso: BRUSCATO, Wilges, *op. cit.*, p. 97-102 e 117-120.

¹² *Idem, ibidem, passim.*

A lei se originou em projeto apresentado pelo deputado Marcos Montes¹³ e sua exposição de motivos deixa entrever a falta de clareza sobre a questão, vez que confunde as três técnicas possíveis acima mencionadas.

Embora a constatação dos defeitos da lei, a Comissão de Constituição e Justiça, cuja relatoria coube ao senador Francisco Dornelles, considerou a redação adequada. Contudo, há diversas impropriedades indesejáveis, que poderiam facilmente ter sido corrigidas. Tudo se deve à mencionada falta de clareza da proposição, cuja análise técnica posterior não supriu.

A justificativa do deputado Marcos Montes para a proposição do projeto se inicia com a seguinte manifestação: “(...) tem o objetivo de instituir legalmente a ‘Sociedade Unipessoal’, também conhecida e tratada na doutrina como ‘Empresa individual de Responsabilidade Limitada’ (...)” Ora, qualquer estudioso da matéria sabe que há grande diferença entre a técnica da sociedade unipessoal e a da personalização da empresa. O resultado final que se espera - a preservação do patrimônio pessoal do agente econômico - pode ser atingido por ambas as formas - nenhuma das duas, no entanto, a mais acertada, no nosso sentir. Mas, não se toma uma pela outra. E se a proposição já trazia tamanho equívoco, que não foi levantado ao longo da tramitação pelos parlamentares encarregados de sua análise, o resultado final não poderia ser diverso.

Por ocasião da V Jornada de Direito Civil realizada pelo CJF em Brasília, nos dias 8, 9 e 10 de novembro de 2011, na Comissão de Direito de Empresa, depois de discutidas várias proposições acerca da EIRELI, alguém sintetizou: “a lei da EIRELI é um desastre!” O sentir dos especialistas se deve às várias dúvidas que a legislação evoca, cabendo à doutrina preencher as lacunas existentes.

2.1. A LEI Nº 12.441/2011

¹³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Atividade legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. PL 4605/2009. Avulsos. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=71314E5B9D82502E231F267D7AECB7CA.node1?codteor=633053&filename=Avulso+-PL+4605/2009. Acesso em: 03.12.2011.

A vigência da lei, por força de seu artigo 3º, se deu em cento e oitenta dias de sua publicação.

A lei que criou a EIRELI – empresa individual de responsabilidade limitada – optou, como mencionado, pela técnica da personalização de um ente ficcional a partir de um objeto de direito: a empresa. E já no *nomen juris* encontram-se equívocos. A *empresa* é individual, mas não é de responsabilidade limitada. A *empresa*, a pessoa jurídica adredemente criada, *responde ilimitadamente pelas obrigações que constituir*. Ela não pode limitar sua responsabilidade: enquanto houver obrigações e patrimônio, este será consumido para pagar aquelas. Também, a rigor, não há limitação da responsabilidade do seu instituidor: há separação patrimonial.

Consegue-se a proteção dos bens pessoais de quem queira exercer a atividade empresarial de modo singular *não pela limitação da responsabilidade*, mas, sim, pela técnica da *separação patrimonial*, por meio da personalização.

É que com a lei aprovada, o resultado da preservação dos bens do empreendedor se dá em virtude da separação patrimonial, obtida pela personalização da *empresa*: se a empresa é uma pessoa, distinta da pessoa de seu titular, por óbvio, a responsabilidade não se comunica. Na verdade, a responsabilidade da *empresa individual é ilimitada*, como se disse: todo o seu patrimônio poderá ser consumido para honrar as obrigações por ela assumidas. Não se chega aos bens do empreendedor porque *o empreendedor* não assumiu obrigações. E se não as assumiu, não pode ser chamado a cumpri-las, pois, em nosso sistema, a responsabilidade é pessoal, exceto nos casos previstos em lei, como, p.e., nos constantes do artigo 932 do Código Civil.

O nosso legislador foi *seduzido* pelas facilidades técnicas como afirmado por Sylvio Marcondes Machado, citado acima¹⁴.

No entanto, basicamente, temos hoje, ainda que de modo estouvado, o que, *de certa forma*, sugeriram Antônio Martins Filho¹⁵ e o próprio Sylvio Marcondes Machado¹⁶.

¹⁴ V. nota 8.

¹⁵ MARTINS FILHO, Antônio, *op. cit.*, p. 302. A mesma solução, em linhas gerais, é oferecida por Romano Cristiano em *Empresa Individual e a Personalidade Jurídica*. São Paulo: RT, 1977.

¹⁶ MACHADO, Sylvio Marcondes, *op. cit.*, p. 282.

A opção legislativa brasileira *obrigou o legislador a inserir nova modalidade de pessoa jurídica* no artigo 44 do Código Civil. Mas, há, no entanto, menções indevidas à *sociedade*, com a utilização do adjetivo *social* em várias passagens do texto legal.

De certa forma, a escolha da lei nº 12.441/2011, revigora o perfil institucional da teoria poliédrica de Alberto Asquini¹⁷, tendo em vista que ela é a mobilização de forças e ideias das pessoas que nela atuam, sejam os empreendedores ou os agentes auxiliares. A todos interessa o sucesso da empresa. Aos seus titulares, porque dela extraem o seu sustento e de sua família nos padrões correspondentes aos riscos que assumem. Aos empregados, porque além de manter os postos de trabalho, ainda podem participar dos resultados e da própria administração da empresa (CF, art. 7º, XI). Talvez, sob essa ótica, o perfil institucional remodelado por valores e necessidades atuais, seja o que melhor condensa a ideia de empresa¹⁸. E não só da grande empresa, mas nos moldes defendidos por Rubens Requião de que a empresa é um organismo econômico, que combina os fatores natureza, capital e trabalho, para a produção ou circulação de bens ou de serviços¹⁹, independentemente do seu porte. Aos consumidores, porque cria facilidades de acesso a bens e serviços. Aos fornecedores e às instituições bancárias porque aquecem a economia, criando um círculo virtuoso. Ao Estado, de modo direto, pela arrecadação de receitas e, de modo indireto, pela criação de postos de trabalho. A empresa é um organismo *vivo*, nesse sentido, dinâmico, tendo em vista que não se centra na figura do empreendedor e nem só na atividade exercida. Ela tem uma função social a cumprir, independentemente da vontade do seu titular, por comando constitucional.

¹⁷ ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução por Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, v. 35, n. 104, p. 109-126, out/dez 1996.

¹⁸ Calixto Salomão Filho, quando introduz a questão da sociedade unipessoal, menciona a confusão entre as expressões, derivada da teoria poliédrica: “A primeira fronteira atingida pela sociedade unipessoal é polimórfica. Isso é devido aos diversos significados que assume o termo ‘empresa’, o grande concorrente, do ponto-de-vista terminológico e conceitual, da sociedade unipessoal. Polimorfismo já destacado por Asquini (...) e que sobrevive, ainda que reduzido em diversos aspectos (...). Dois são os perfis que mais interessam: a empresa concebida como empresário (perfil subjetivo) e a grande empresa, *entendida como instituição ou comunidade de interesses* (perfil institucional).” SALOMÃO FILHO, Calixto, *A Sociedade Unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14-15. Sem grifo no original.

¹⁹ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 331-332, v. 1.

2.2. A NOVA FIGURA

O enunciado da lei em comento justamente menciona a alteração do Código Civil para permitir a empresa individual de responsabilidade limitada. Para isso, acrescentou o inciso VI no artigo 44²⁰: “São pessoas jurídicas de direito privado: (...) as empresas individuais de responsabilidade limitada.” Assim, passamos a ter, como pessoas jurídicas de direito privado no Brasil as associações, as sociedades, as fundações, as entidades religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada.

A nova lei *não criou um novo tipo de sociedade* - sociedade unipessoal. *Não há sociedade*. Se assim fosse, *seria desnecessária a inserção do inciso VI ao artigo 44* em virtude de já existir a previsão das sociedades como pessoa jurídica de direito privado no inciso II do mesmo artigo.

A EIRELI é criação *sui generis* no direito brasileiro²¹. Assim, não há que se falar que seja *sociedade*, nem mesmo *unipessoal*.

Sobre a unipessoalidade - opondo-se à pluripessoalidade essencial das sociedades - não há dúvida: basta a vontade de *uma* pessoa para a sua criação. Mas de sociedade não se trata, por opção do legislador, quer isso nos agrade ou não.

Reforçando: se se tratasse de sociedade unipessoal, como vem sendo confundida, não haveria necessidade de acréscimo do inciso VI, pois a novidade estaria coberta pelo inciso II do artigo 44.

Daí porque não encontra a necessária precisão técnica referir-se ao titular da EIRELI como *sócio*, pois, repita-se, de sociedade não se trata... Por isso, também, não será necessário contrato *social*, nem órgãos societários, não há fracionamento do capital *social* em quotas, não há que se falar em deliberações sociais... valerá a vontade do seu único titular. Tais confusões decorrem da deficiente e equivocada redação da própria lei, que usa o adjetivo *social* em alguns dispositivos.

²⁰ O acréscimo de um inciso no artigo 44 não constava originalmente do projeto nº 4.605/2009. Esse efeito foi determinado pelo apensamento do projeto nº 4.953/2009, do deputado Eduardo Sciarra.

²¹ A inserção da EIRELI como *pessoa jurídica*, na verdade *desafia o conceito de pessoa jurídica*, tendo em vista que ele parte de uma coletividade, de um agrupamento organizado; tanto assim que fala-se em pessoa coletiva ou pessoa complexa como expressões equivalentes à pessoa jurídica.

Na V Jornada de Direito Civil já mencionada, foi aprovado enunciado com a seguinte redação: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado.” E a justificativa é a seguinte²²:

“Seguindo uma tendência mundial, já verificada em outros ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, como, por exemplo, nas leis portuguesa e alemã, o ordenamento jurídico brasileiro acaba por recepcionar – por meio do advento da lei 12.441, que altera dispositivos do Código Civil Brasileiro – com a criação de uma nova modalidade de pessoa jurídica, a possibilidade do exercício da empresa, de forma individual e com responsabilidade limitada. A nova figura possibilita que os riscos inerentes ao exercício da empresa sejam, em regra, dissociados do patrimônio pessoal do sujeito responsável pela gestão da atividade – na medida em que prevê a necessidade de constituição de um capital mínimo – e afasta a necessidade de constituição de sociedades *pro forma* – para atender ao requisito da pluralidade de membros – cujo objetivo precípua é o de garantir a limitação de responsabilidade dos sócios, sendo que, frequentemente, se verifica que um destes sócios mantém-se completamente alheio ao cotidiano da sociedade. Não obstante as críticas que possam ser levantadas a respeito do tratamento *sui generis* conferido à referida figura, em especial se observadas as denominadas ‘sociedades unipessoais’ em realidades jurídicas estrangeiras, o fato é que o formato jurídico atribuído à ‘EIRELI’ não interfere no tratamento conferido à ‘sociedade’ pela lei brasileira (art. 981 do CC), em especial no que se refere ao caráter transitório da ‘sociedade unipessoal’, salvo no caso das conhecidas ‘sociedades subsidiárias integrais’, previstas pelo artigo 251 da Lei 6.406/76.”

Essa foi a conclusão após os debates acerca da natureza jurídica do novo instituto, que está mais próximo do empresário individual do que da sociedade. A EIRELI será fruto de uma declaração unilateral de vontade.

Bem assim, outro enunciado aprovado, por decorrência lógica do anteriormente citado, fixa que “é inadequada a utilização da expressão ‘social’ para as empresas individuais de responsabilidade limitada”, tendo em vista que “não foi

²² LACERDA, Maurício Andere von Bruck. *V Jornada de Direito Civil*. Centro de Estudos Jurídicos. Conselho da Justiça Federal. Comissão de Direito Empresarial. Brasília, 8,9 e 10/11/2011.

utilizada a técnica da sociedade unipessoal para a limitação da responsabilidade do empresário individual e, sim, a da separação patrimonial. Disso decorre que qualquer menção à *sociedade* representa atecnia, gerando discussões estéreis e complexidades desnecessárias.”²³

E não há que se falar em *contrato social*, mas, sim em ato constitutivo, tendo em vista sua natureza de *pessoa jurídica de direito privado criada por ato unilateral de vontade*.²⁴

Lembre-se que, originalmente, o projeto apresentado pelo deputado Marcos Montes propunha a criação do artigo 985-A para acomodar a novidade da EIRELI. No entanto, em razão do apensamento do projeto nº 4.953/2009, de autoria do deputado Eduardo Sciarra, nas posteriores discussões legislativas, entendeu-se que ele estaria melhor ajustado antes de se dar início ao tratamento das sociedades, sendo deslocada a questão para o artigo 980-A.

2.3. EQUÍVOCOS DO ARTIGO 980-A DO CÓDIGO CIVIL

Além de inserir novo inciso no artigo 44 do diploma civil, a lei nº 12.441/2011 cria o título I-A, formado pelo artigo 980-A, *antes* de se ocupar da sociedade (título II do livro II).

Como vimos de ver, a natureza da EIRELI não sendo de sociedade, sequer unipessoal – o que se atesta pelo texto legal e pela interpretação doutrinária autorizada através dos enunciados citados no item anterior – todas as referências feitas ao adjetivo *social* contidas no artigo 980-A são equivocadas, inadequadas e impróprias: o titular da EIRELI não é *sócio*; seu ato constitutivo não é um *contrato social*; o capital destinado à formação do patrimônio inicial da EIRELI não é capital

²³ BRUSCATO, Wilges. *V Jornada de Direito Civil*. Centro de Estudos Jurídicos. Conselho da Justiça Federal. Comissão de Direito Empresarial. Brasília, 8,9 e 10/11/2011.

²⁴ É o que se colhe do enunciado apresentado por Mônica de Cavalcanti Gusmão e aprovado na V Jornada: “A EIRELI deve ter os seus *atos constitutivos* arquivados no registro competente para fins de aquisição de personalidade jurídica (...).” GUSMÃO, Mônica de Cavalcanti. *V Jornada de Direito Civil*. Centro de Estudos Jurídicos. Conselho da Justiça Federal. Comissão de Direito Empresarial. Brasília, 8,9 e 10/11/2011.

social; o nome empresarial pode ser firma ou denominação, mas não denominação *social*; não há que se falar em *outra modalidade societária* para o surgimento da EIRELI... Não haverá órgãos societários, nem fracionamento do capital em quotas, nem deliberações sociais²⁵.

Além do uso *flagrantemente desastrado* do adjetivo social no artigo, ainda contribui com a confusão básica sobre a natureza do novel instituto o fato da lei ter feito remessa à aplicação subsidiária das regras previstas às sociedades limitadas à EIRELI, feita no parágrafo 6º do artigo 980-A, acirrando a barafunda, da qual nos ocuparemos adiante.

A EIRELI é a personalização de um ente ficcional, como já se disse. Essa a técnica usada. Qualquer referência à sociedade unipessoal ou à afetação patrimonial – as duas outras técnicas possíveis – são inadvertidas e merecem ser interpretadas de forma a revestir o instituto de alguma qualidade técnica.

Poderíamos nos aprofundar nesse aspecto, mas julgamos que isso seja irrelevante nesse momento.

3. DA INSTITUIÇÃO DA EIRELI

Como modalidade de pessoa jurídica que é, baseando-se numa *ficção*²⁶, a EIRELI deverá ter um marco inicial de sua existência.

Nos termos do artigo 45 do Código Civil, a EIRELI começará sua existência legal a partir da inscrição de seu ato constitutivo na Junta Comercial.

Preferimos, propositalmente, o termo instituição e não constituição – embora também possa ser utilizado para o caso - por dois motivos: primeiro, para nos distanciarmos da ideia das sociedades e, segundo, em razão da natureza da EIRELI,

²⁵ O problema foi detectado ainda no processo legislativo, pelo deputado Marcelo Itajiba, da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, em seu relatório, mas, infelizmente, ignorado: “A terminologia ‘sócio’, na medida em que esta palavra significa *aquele que se associa a outro numa empresa*, a nosso ver, deve ser evitada, já que, na espécie, será impossível referida associação.” CÂMARA DOS DEPUTADOS, *op. cit.*

²⁶ Esses apontamentos não permitem e nem requerem o exame detido das possibilidades acenadas pelas teorias da personalidade jurídica, de grande extensão no direito civil, o que não exclui que essa questão seja enfrentada em outro momento.

para a qual *instituir* - no sentido de dar começo, estabelecer, criar - parece mais apropriado do que *constituir* - no sentido de compor, organizar, atribuir qualidade. Por sua natureza, a EIRELI está mais próxima do empresário individual ou da fundação do que da sociedade, já que sua natureza é de declaração unilateral de vontade.

Quando se fala da instituição da EIRELI, é necessário refletir sobre o seu sujeito, a forma de sua instituição, o seu nome empresarial, o capital a ser investido e sua extinção. É do que passamos a nos ocupar.

3.1. O SUJEITO INSTITUIDOR

Já se disse que o texto da lei não foi feliz. Embora inegável o valor da inovação legislativa em questão, censurável seu simplismo, cujo método de redação utilizado *aglutinou* os projetos 4.605/2009 e 4.953/2009, aproveitando algumas partes de cada um, sem uma revisão final que desse coerência interna ao texto. Além do uso inadvertido do incabível adjetivo *social*, há um aparente descompasso entre o que quis dizer e o que disse a lei, em relação à pessoa que pode instituir a EIRELI. É que no *caput* do artigo 980-A está que a “empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social (...)” e no parágrafo segundo, vê-se: “A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada (...)”. Esse acidente vernacular deu azo a que se levantasse a possibilidade da EIRELI ser instituída tanto por pessoas naturais como jurídicas²⁷, numa interpretação meramente gramatical da lei, o que não se sustenta.

3.1.1. A Pessoa Natural como Sujeito Instituidor da EIRELI

²⁷ A Instrução Normativa 117/2011 do Departamento Nacional do Registro do Comércio, de início (22/11/2012), admitiu, por equívoco logo corrigido, a criação da EIRELI por pessoa jurídica, inclusive, estrangeira, o que representaria verdadeira burla à legislação nacional, como se exporá adiante. Felizmente, foi republicada em 22/12/2012. DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO. Instrução Normativa 117, de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. DNRC. Legislação. Disponível em: <http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20117%202011.pdf>. Acesso em: 12.12.2011.

Partindo do conceito legal de empresário, a EIRELI será criada por vontade de uma única pessoa, para permitir o exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Para instituir uma EIRELI, a pessoa física deve atender aos requisitos básicos para o exercício da empresa, nos termos do artigo 972 do Código Civil. Sua criação pressupõe, então, capacidade do agente, liceidade do objeto, adequação da forma e de livre vontade.

Quanto à capacidade do agente, devem ser obedecidas as regras do artigo 5º do Código Civil. Todavia, por força do artigo 974 do mesmo diploma, cremos que o menor, por meio de representante ou devidamente assistido, poderá estabelecer EIRELI para continuar empresa antes exercida por seus pais ou pelo autor de herança.

O objeto a ser explorado na empresa individual deverá ser lícito: as atividades que são vedadas por lei não se prestam ao exercício regular de qualquer empresa, por óbvio. Além disso, é necessário ressaltar que se o ramo escolhido estiver entre aqueles que necessitam da excepcional autorização do governo para funcionar, esta deverá ser providenciada para a devida comprovação na Junta Comercial, excepcionando-se aquelas em que se exija a modalidade societária para seu exercício.

Quanto à forma falaremos a seguir.

A vontade assume importância especial na criação da EIRELI, tendo em vista que sua natureza está intimamente ligada à declaração unilateral de vontade. Daí a exigência da capacidade civil.

Além dos requisitos de validade de todo negócio jurídico, para instituir a EIRELI, o empreendedor deverá direcionar de seu patrimônio certa quantia, expressa em moeda corrente nacional, para que se inicie e se estruture o exercício da empresa, ao que é dado o nome de *capital*, o que se apreciará mais à frente.

Também aparece como requisito para a instituição da empresa, a *inscrição na Junta Comercial*. Isso se deve não à prescrição do artigo 967 do Código Civil (“é obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.”), mas em razão do que estabelece o artigo 45 da lei civil.

Como derradeiro requisito para dar surgimento a uma EIRELI aparece o *desimpedimento*, ou seja, aquele que desejar instituí-la não poderá deter nenhum impedimento legal²⁸. Desse modo, não poderão instituir EIRELI, portanto, os chefes do Poder Executivo, nacional, estadual ou municipal; os magistrados; os membros do Ministério Público Federal; os leiloeiros; os servidores públicos civis da ativa, federais, inclusive Ministros de Estado e ocupantes de cargos públicos comissionados em geral. Em relação aos servidores estaduais e municipais, deve-se observar a legislação respectiva, que normalmente, veda. Do mesmo modo, estão impedidos os servidores militares da ativa das Forças Armadas e das Polícias Militares; os empresários falidos, enquanto não forem reabilitados; as pessoas condenadas a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação.

Embora não proibidos de exercer empresa, as EIRELIs cujos titulares sejam membros do Poder Legislativo - senadores, deputados federais e estaduais e vereadores - ou que nelas exerçam direção e qualquer função remunerada, não poderão gozar de benefícios decorrentes de contrato com pessoas jurídicas de direito público.

Ao estrangeiro residente no Brasil, se aplicam as mesmas regras e restrições a ele aplicadas para o exercício da empresa como empresário individual.

Como a EIRELI em muito se assemelha ao empresário individual, a pessoa natural que o institui poderia ser designada por *empresário*, porque não se pode falar em *empresa sem empresário*, no sentido jurídico. Contudo, o termo *empreendedor* também se aplica, porque é ele quem, verdadeiramente, vai dar execução à empresa. O vocábulo *instituidor* poderá ser, igualmente, usado, bem como *titular*. Preferimos

²⁸ Na V Jornada de Direito Civil, foi proposto e rejeitado do seguinte enunciado: “As exigências de capacidade e não impedimento do empresário individual não se aplicam à pessoa física instituidora da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI”.

empreendedor, instituidor ou titular para evitar confusão com a tradicional figura do empresário individual. Além do mais, a própria *empresa* é que será a *empresária*...

3.1.2. A Pessoa Jurídica como Sujeito Instituidor da EIRELI

Toda a reflexão e construção histórica a respeito da salvaguarda ao patrimônio pessoal daquele que empresaria sozinho se fez em razão da necessidade sentida pelas *peessoas naturais*.

Assim, a interpretação exclusivamente gramatical para afirmar-se a possibilidade do uso da EIRELI por pessoas jurídicas é frágil. Maior precisão encontra a interpretação teleológica. E, aí, não há dúvida: não há, sequer, menção sobre o seu emprego por sociedades empresárias.

Sustentar de outra forma é desvirtuar o instituto. Para isso não se criou a EIRELI.

A lei nº 12.441/2011, como já se fez referência, é resultado da aglutinação de dois projetos: o de nº 4.605/2009, do deputado Marcos Montes, ao qual foi apensado o de nº 4.953/2009, do deputado Eduardo Sciarra. Nas *exposições de motivos de ambos os projetos em nenhum momento se fez qualquer menção à utilização da EIRELI por sociedades empresárias* ou quaisquer outras pessoas jurídicas. Nada. Nenhuma palavra. Ao contrário: contundente a defesa na adoção do instituto em razão da necessidade de *peessoas naturais* na exploração negocial singular.

Tanto que as redações originais das proposições eram as seguintes: no projeto nº 4.605/2009 - “Art. 985-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por um único sócio, *pessoa natural*, que é o titular da totalidade do capital social e que somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade.” E no projeto nº 4.953/2009 – “Art. 980-A. Qualquer *pessoa física* que atenda ao disposto no art. 972, que exerça ou deseje exercer, profissionalmente, a atividade de empresário, poderá constituir Empreendimento Individual de Responsabilidade Limitada (ERLI).”

Patente que o instituto se destina a *peessoas físicas* e não jurídicas.

No entanto, na redação final, a cargo do deputado Odair Cunha, que acabou sendo aprovada, omitiu-se a menção à qualidade natural da pessoa. No entanto, não há qualquer registro a respeito da omissão, nem uma justificativa para tanto, o que evidencia que foi *acidental* e não serve para estender a lei às pessoas jurídicas.

Outra não foi a conclusão da comissão de juristas presentes à V Jornada de Direito Civil, que aprovou o seguinte enunciado: “A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural”, com a justificativa de que

“A nova figura, embora tecnicamente questionável, deve ser de aplicação exclusiva às pessoas físicas, pois que se destina à proteção dos bens daquele que exerce a empresa de modo singular. Entender que ela se estende a pessoa jurídica não se alinha com sua própria razão de ser, descaracterizando-a. Além do mais, às sociedades brasileiras já é dada a formação de sociedade unipessoal, nos termos da lei nº 6.404/76.”²⁹

De fato, às sociedades brasileiras já é possível constituir sociedade unipessoal originária, nos termos do artigo 251 da lei das sociedades por ações. É certo que se permite tal constituição por meio de uma única modalidade societária: a sociedade anônima, que, no entanto, pode ser usada na espécie de sociedade fechada, que a simplifica sobremaneira, quando comparada com a sociedade de capital aberto. Ademais, a sociedade limita do Código Civil em muito se aproxima da sociedade anônima de capital fechado, como foi mesmo a intenção do legislador civilista.

Portanto, a alegação de que a não extensão da EIRELI às pessoas jurídicas lhes é prejudicial não encontra o peso necessário para torcer a finalidade da lei. A uma, porque para elas existe, sim, uma resposta do direito. A duas, porque a complexidade da alternativa está compatível com o porte de negócios que naturalmente se servem de subsidiárias. Esse argumento não se sustenta.

²⁹ BRUSCATO, Wilges. *V Jornada de Direito Civil*. Centro de Estudos Jurídicos. Conselho da Justiça Federal. Comissão de Direito Empresarial. Brasília, 8,9 e 10/11/2011.

Causa estranheza que durante a discussão dos projetos no legislativo nacional os defensores dessa ideia não se tenham feito presentes para prover essa hipótese e, agora, queiram *pegar carona* na novidade jurídica...

Se existe, efetivamente, a necessidade social de se simplificar a constituição de sociedade unipessoal no Brasil, isso exige tratamento legislativo específico, o que deve ser defendido e construído de acordo com as exigências do processo de elaboração das leis.

Se se admitisse a abertura de EIRELIs por pessoas jurídicas, nos veríamos na esdrúxula situação de uma EIRELI instituir outra EIRELI que poderia instituir outra EIRELI e assim sucessivamente, distanciando-se dos responsáveis originais. Certamente, para isso não foi criada a figura em comento. Isso é claro.

Além do mais, é necessário compreender que essa permissão teria o efeito deletério de pôr a *nocauté* todo o regramento para o exercício da empresa por sociedades estrangeiras no país³⁰.

³⁰ Na primeira versão destas notas, que foram elaboradas antes da republicação da IN-DNRC 117/2012, observávamos o seguinte: “A Instrução Normativa 117/2011 do DNRC faz ressalva a respeito da aprovação prévia de órgão governamental, quando for o caso, remetendo à sua Instrução Normativa 114 de 30 de setembro de 2011, que prevê que a sociedade estrangeira deverá apresentar uma via da autorização concedida pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. No entanto, a IN 114 estabelece que a autorização seja exigível para os casos em que a sociedade estrangeira pedir *autorização para funcionamento ou para proceder a alterações de qualquer natureza ou relativas a suas filiais, sucursais, agências ou escritórios*. A mesma NR 114 remete à NR 81, que prevê que a sociedade mercantil estrangeira, que desejar *estabelecer filial, sucursal, agência ou estabelecimento no Brasil*, deverá solicitar autorização do Governo Federal para instalação e funcionamento. Isso abre espaço para que a sociedade estrangeira venha operar no país através da EIRELI sem a necessária autorização, pois, numa interpretação restritiva, a sociedade não estaria se estabelecendo no país e nem abrindo filial, sucursal, agência ou escritório: estaria constituindo uma pessoa jurídica nova e independente. Seria uma forma de atender ao interesse estrangeiro em detrimento do interesse nacional, que em nenhum momento encontra guarida na justificativa da lei nº 12.441/2011, constituindo-se em franco e claro desvirtuamento da EIRELI. A IN-DNRC 117 comporta, portanto, uma revisão necessária para ser fiel ao instituto da empresa individual para permiti-la apenas para as pessoas naturais.” E ainda: “As sociedades estrangeiras apresentarão *atos constitutivos* de EIRELI às Juntas Comerciais desacompanhados de autorização, com a justificativa que tal ato não está a ela sujeito. A Junta terá dois caminhos: ou aceitará o documento e o arquivará ou devolverá, exigindo a apresentação da autorização. Nos dois casos, haverá dificuldade. No primeiro, a Junta aceitando o requerimento de arquivamento instalar-se-á um conflito com o próprio Ministério a que, indiretamente, está subordinada, através do DNRC: como pode o registro do comércio permitir a operação de empresa estrangeira no país por meio do subterfúgio da EIRELI, tornando desnecessária a autorização do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior?

Na segunda hipótese, as sociedades estrangeiras irão ao Judiciário Federal, onde, a imperar a lógica das coisas, terão confirmada a negativa.”

Claro que em tempos de crise econômica globalizada, investimentos são sempre bem-vindos. Especialmente, se oriundos de recursos estrangeiros, porque injetam capital novo no país, aquecendo a economia. Todos somos sensíveis a isso.

No entanto, por mais que isso nos desagrade, o direito de empresa não tem forças suficientes para derogar preceitos que traduzem preocupações de ordem pública, como aparece no artigo 172 da Constituição da República. O investimento é desejável, mas dentro de alguns parâmetros mínimos de segurança e controle, para não acarretar mal maior. O Estado, como encarregado de compor as questões da macroeconomia a favor da sociedade brasileira, deve trabalhar com maior ou menor flexibilidade na atuação do capital estrangeiro no país.

Se o Brasil precisa – e precisa – de investimentos estrangeiros e eles se mostram ariscos às exigências nacionais, deve ser promovida a discussão ampla da flexibilização de tais regras. *Não cabe aplicar a chicana da EIRELI* para permitir que as sociedades estrangeiras venham aqui se estabelecer sem observância das normas, estabelecidas em regular processo legislativo, precedido de debates, que, em tese, representam o posicionamento da sociedade sobre o assunto.

3.1.3. EIRELI e Atividade Não-Empresarial

É certo que a figura permitida pela lei nº 12.441/2011 se aplica ao exercício da atividade empresarial.

Porém, o fato de ter sido incluído o parágrafo 5º no artigo 980-A, versando sobre a possibilidade de ser atribuída à EIRELI “constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, *marca* ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional”, abriu a perspectiva de ser utilizada também por aqueles que exercem atividades intelectuais e, portanto, não-empresariais.

Esse parágrafo 5º é fruto de uma emenda do deputado André Zacharow e sua justificativa textualmente se refere aos profissionais intelectuais.

Sabemos todos que as atividades intelectuais não são abrangidas pelo conceito jurídico de empresa, em razão do que dispõe o parágrafo único do artigo 966 do Código Civil. Assim, originalmente, a novidade não pensou em alcançar as atividades de natureza intelectual – artísticas, literárias ou científicas.

Mas a emenda pensou. A justificativa da emenda padece de alguma clareza, para fazer a ligação dessa possibilidade com a EIRELI.

Na V Jornada de Direito Civil, houve a proposição de três enunciados prevendo, sinteticamente, a aplicação da EIRELI às atividades intelectuais. O enunciado que foi apreciado em primeiro lugar foi o seguinte: “As empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI) podem exercer atividades empresariais (art. 966, *caput*, do CC/2002) ou exclusivamente intelectuais (art. 966, parágrafo único do CC/2002). No primeiro caso, são empresárias, registram-se perante a Junta Comercial e sujeitam-se à falência”, tendo sido rejeitado, em apertada margem, prejudicando a apreciação dos demais.

Resta daí que o entendimento dos especialistas é pela não aplicação da EIRELI aos profissionais intelectuais.

Porém, para ser fiel à *mens legis*, é possível compatibilizar o teor do parágrafo 5º ao entendimento dos expertos e ao teor do artigo 966 e seu parágrafo único, do estatuto civil, considerando a parte final deste último dispositivo: “salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

Desse modo, o profissional intelectual pode constituir EIRELI para a prestação de serviços que não fruto exclusivo da inteligência. Feito isso, poderá atribuir à EIRELI a remuneração percebida em razão da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, *marca* ou voz vinculados à atividade profissional dos quais seja detentor. O profissional, titular dos direitos de personalidade – dos quais, naturalmente, a marca não faz parte -, pode, então, ceder os direitos patrimoniais a eles relativos a sua EIRELI.

Além disso, o profissional intelectual pode dedicar-se a sua profissão, sem formalizar-se, como vinha fazendo e, concomitantemente, instituir EIRELI cujo objeto não seja o de sua profissão, mas para a prestação de outro serviço, até sem proximidade com aquela, e, mesmo assim, destinar a remuneração decorrente dos seus direitos de personalidade ou marca à EIRELI.

Aliás, as atividades de cunho intelectual experimentam grande apuro em sua prestação atualmente, organizando-se tanto quanto as empresas. Daí entendermos que o traço da organização *não é mais suficiente* para determinar o caráter empresarial da atividade³¹. Essa percepção se confirma na lei complementar 123/2006, que estende o *status* de microempresa ou empresa de pequeno porte às sociedades simples.

3.2. A Forma

Sendo que a existência da EIRELI dependerá de sua inscrição na Junta Comercial, a forma desse registro deve ser pensada em harmonia com a natureza do instituto, para dele não discrepar e deixar de fazer exigências necessárias ou exigir medidas inúteis ou dispensáveis.

De começo, lembremos que a EIRELI não é sociedade: é uma pessoa jurídica criada por ato unilateral de vontade. Portanto, seu ato constitutivo – ou instituidor – não será um contrato, por óbvio.

3.2.1. Do Ato Constitutivo

Se a EIRELI é fruto da vontade de uma única pessoa, deve se originar em uma declaração de vontade. Percebe-se, então, mais uma vez, sua maior proximidade com o empresário individual.

Para preservar a integridade do instituto, as Juntas Comerciais deveriam pôr à disposição dos interessados um formulário de *declaração de empresa individual de*

³¹ Sobre o assunto, conferir nosso *Manual de Direito Empresarial Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62-69.

responsabilidade limitada. O Departamento Nacional do Registro do Comércio, no entanto, dispôs sobre o conteúdo do ato instituidor, sem, todavia, oferecer um modelo para que fosse preenchido pelo interessado, o que encerra vantagens.

A IN-DNRC 117/2012 dividiu o ato em quatro partes: preâmbulo, cláusulas obrigatórias, cláusulas facultativas e fecho.

Do *preâmbulo* deverão constar: a) qualificação do titular da empresa - e, se for o caso, de seu procurador -, com o nome completo da pessoa natural, residente e domiciliado no país ou no exterior, nacionalidade, estado civil, data de nascimento, se solteiro, profissão, documento de identidade, número e órgão expedidor/UF, CPF e endereço residencial (tipo e nome do logradouro, nº, complemento, bairro/distrito, município, unidade federativa e CEP, se no País); b) tipo jurídico (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada).

As *cláusulas obrigatórias*, combinando-se os artigos 980-A e 1.054 da lei civil, deverão conter: a) o nome empresarial, b) o capital, expresso em moeda corrente, equivalente a, pelo menos, 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País (art. 980-A, CC/2002), c) a declaração de integralização de todo o capital (art. 980-A, CC/2002), d) o endereço completo da sede, bem como de eventuais filiais, e) a declaração precisa e detalhada do objeto da empresa, f) o prazo de duração da empresa, g) a data de encerramento do exercício social, quando não coincidente com o ano civil, h) a(s) pessoa(s) natural(is) incumbida(s) da administração da empresa, e seus poderes e atribuições, i) a qualificação do administrador, caso não seja o titular da empresa e j) a declaração de que o seu titular, não participa de nenhuma outra empresa dessa modalidade.

As *cláusulas facultativas* podem indicar, por exemplo: a) os atos que dependam de aprovação prévia do titular da empresa para que possam ser adotados pela administração, caso esse não seja o administrador da EIRELI (por exemplo, assinatura de contratos acima de determinado valor, alienação de ativos etc.), b) A declaração, sob as penas da lei, de que o administrador não está impedido, por lei especial, e nem condenado ou encontrar-se sob os efeitos de condenação, que o proíba de exercer a

administração de empresa individual de responsabilidade limitada e c) outras, de interesse do titular da empresa.

O *fecho* do ato é destinado a conter a localidade, a data e o nome e assinatura do titular.

O ato deverá ser instruído com documentos comprobatórios e levado a registro na Junta Comercial, o que lhe confere a reclamada publicidade, mesmo porque, ao órgão de registro cabe a providência de publicação da inscrição no Diário Oficial, fato que cumpre as necessárias formalidades para aperfeiçoar a instituição.

Seria fundamental, que além dos dados de identificação, se desse especial atenção à declaração do capital ou destaque de capital destinado a iniciar a empresa, do que falaremos mais adiante.

Se, já no momento da inscrição a administração estiver a cargo de terceiro, essa circunstância deverá ser declarada, qualificando-se o gerente. Se a nomeação for posterior, deve ser averbada no registro da empresa.

A eficácia jurídica da EIRELI fica condicionada a sua inscrição na Junta Comercial, quando inicia a sua personalidade jurídica. *Não há que se falar em EIRELI de fato ou irregular.* Se o titular iniciar a prestação da atividade sem a inscrição, será empresário individual irregular ou de fato, a engrossar as fileiras da informalidade. De outra forma não pode ser, tendo em vista que o benefício da limitação da responsabilidade está sempre condicionado à comunicação pública dessa circunstância, para que se possa opô-la *erga omnes*. No caso da EIRELI, isso é, ainda, mais dramático: ela simplesmente não existe. E como a proteção dos bens do empreendedor se dá em função da separação patrimonial conseguida com a personalização, se não há outra pessoa, não há separação.

De acordo com o arcabouço legislativo nacional, o titular responderá civil e penalmente por qualquer informação inexata.

A cada pessoa natural só será permitida a inscrição de uma EIRELI, embora lhe seja perfeitamente possível instituir filiais.

Quanto aos mecanismos de controle, a lei silenciou.

Em verdade, o parágrafo 4º, vetado, ensaiava nesse sentido quando previa que só responderia pelas obrigações da EIRELI o seu patrimônio “conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente”. Ou seja, a EIRELI deveria apresentar anualmente uma declaração de bens a um órgão determinado. Confesso que considerei inquietante essa exigência: Que declaração seria essa? A ser oferecida a que misterioso órgão? Perceba-se que não se trata da declaração anual de ajuste fiscal oferecida à Receita Federal. Antevi complexidades desnecessárias, burocracia e custos...

O fato é que não há mecanismos de controle na lei. Contudo, o instrumento mais efetivo será a aplicação da responsabilização e da desconsideração, que *obrigará* o empreendedor a *andar na linha*.

A eventual previsão de publicação de balanços ou auditoria obrigatória se mostraria incompatível com o porte de tais empresas. O empreendedor deve atuar com liberdade. Mas, a toda liberdade corresponde uma responsabilidade. A lei não se alongou e nem deveria alongar-se em determinações casuístas. Funcionará como *agente direcionador* evidenciando consequências negativas. A ideia é que o sistema funcione por *indução de comportamento* do titular e não por meio da fiscalização.

É importante que se proteja o patrimônio pessoal do instituidor dos riscos da empresa. No entanto, é claro, essa proteção não é absoluta e, em casos de irregularidade, caduca. O fato de ver seu patrimônio pessoal comprometido com dívidas oriundas da atividade empresarial por irregularidades parece ser mais eficiente do que qualquer fiscalização³². O veto do parágrafo 4º nenhum prejuízo traz nesse aspecto.

A alteração dos termos da inscrição inicial para aumentar ou reduzir capital, modificar o objeto da empresa, seu local de funcionamento, instituir filiais *etc.*, deve ser comunicada à Junta.

³² Enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil: “O patrimônio da empresa individual de responsabilidade limitada responderá pelas dívidas da pessoa jurídica, não se confundindo com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, sem prejuízo da aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica”. GUSMÃO, Mônica de Cavalcanti. *V Jornada de Direito Civil*. Centro de Estudos Jurídicos. Conselho da Justiça Federal. Comissão de Direito Empresarial. Brasília, 8,9 e 10/11/2011.

3.2.2. O Nome Empresarial

A lei abriu a possibilidade da adoção tanto da firma quanto da denominação como nome empresarial, determinando, no entanto, que seja encerrado com a expressão EIRELI. Parece que o uso da firma está um tanto deslocado aqui – caberia melhor se a técnica usada fosse a da afetação patrimonial.

Mas acerta a lei ao permitir o uso de denominação. Essa foi a nossa opção quando projetamos instituto congênere³³.

“O princípio da veracidade [no nome empresarial] implica em que a firma deve sempre indicar a identidade do comerciante individual ou de pelo menos um dos sócios”³⁴ e remonta a uma época em que a identificação do comerciante era fundamental para os que com ele negociavam, para que se pudesse apurar sua idoneidade moral, bem como sua *idoneidade patrimonial*, importante para se constatar a solvência do mesmo. Tal princípio não diz respeito apenas à identificação do empresário. Na verdade, é mais extenso: não deve haver no nome empresarial *nenhum* elemento que não corresponda à realidade, como em relação à indicação do objeto social ou do tipo societário, por exemplo.

Especificamente sobre a identificação do empresário, a denominação não infringe a verdade, porque não menciona quem ele seja. Na denominação se *omite* a identidade do titular, ou participantes, em caso de sociedade.

Veja-se que a denominação só é empregada como nome de sociedades anônimas e, por faculdade, de sociedades em comandita por ações – em franco desuso – e limitadas.

O que há de comum entre a sociedade anônima e a limitada é o regime de responsabilidade. E aqui reside a questão.

Uma vez que se baseia este instituto na personalização de um ente ficcional, para atingir-se a limitação da responsabilidade pela separação patrimonial, a

³³ BRUSCATO, Wilges, *Empresário...*, p. 227.

³⁴ LEONARDOS, Gabriel F. A Proteção Jurídica ao Nome Comercial, ao Título do Estabelecimento e à Insígnia no Brasil – Regime Jurídico e Novos Desenvolvimentos na Jurisprudência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: RT, ano XXXIII (nova série), n. 95, p. 26-56, jul/set 1994, p. 46.

identificação de seu titular passa a um plano secundário de interesse, já que a nova pessoa tem capacidade patrimonial autônoma. Não haveria porque não permitir a denominação.

Nenhum prejuízo causa aos que com a EIRELI contratarem, pois que o nome, obrigatoriamente, dará a notícia de sua natureza, passando a ser, *até certo ponto*, indiferente quem seja a pessoa do instituidor. A personalização torna sem efeito as razões do vínculo com a pessoa física do empreendedor.

Isso é possível graças à função utilitária do nome empresarial. A função objetiva, utilitarista, do nome empresarial vem, hoje, suplantando a função subjetiva. Vai longe o tempo em que “(...) o nome comercial nada mais [era] do que a exteriorização da *pessoa* do comerciante ou industrial, no exercício de suas atividades profissionais.”³⁵

Essa “função *objetiva* caracteriza, individualiza e distingue a atividade, do comerciante ou industrial, no campo da competência comercial”, contribuindo com o aviamento, como já identificava João da Gama Cerqueira, nos idos de 1946:

“Hoje em dia, o *estabelecimento* ou *empresa* substituiu-se, em importância, à pessoa do comerciante ou industrial e o nome comercial liga-se intimamente ao complexo do negócio comercial, considerado em seu conjunto, como universalidade distinta e independente dos vários elementos que o compõem, e não, apenas, à pessoa do proprietário.”³⁶

Roger Ischer considerava que a importância da identificação do empresário deixava de ser uma garantia para seus credores, embora pudesse se “prever uma gestão boa ou má da fortuna comercial.”³⁷

Na mesma linha o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho³⁸:

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 177, v. 1.

³⁶ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, p. 469, 471, 475, v. 1 *apud* LEONARDOS, Gabriel F, *op.cit.*, p. 48-49.

³⁷ ISCHER, Roger. *Vers la Responsabilité Limitée du Commerçant Individuel*. Lausanne: SPES, 1939 *apud* MACHADO, Sylvio Marcondes, *op. cit.*, p. 319.

³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, p. 177, v. 1.

“Vai longe o tempo em que o empresário se servia deste expediente [a adoção do nome de batismo como estratégia negocial] para se distinguir da concorrência. Hoje em dia, o nome empresarial não cumpre mais a função mercadológica do passado. Foi substituído, na função, pela marca. Se antes, os consumidores formulavam o conceito acerca da qualidade dos produtos, pelo prestígio do nome do comerciante que os vendia, na economia de massa opera-se uma inversão: conhece-se a marca, e é através dela que, indiretamente, se identifica o empresário.”

Por isso, “chega-se à conclusão de que o nome que mais se lhe ajusta será uma denominação, que indique o objeto da atividade empreendedora e a responsabilidade limitada.”³⁹

A adoção da denominação se mostra também ajustada ao período de intensificação negocial das próprias *empresas*, no momento do *trespasse*, pois, integrando o estabelecimento, contribui com o aviamento do mesmo e pode ser levado em conta na fixação do preço de venda, já que essa espécie de nome empresarial não obriga sua alteração em caso de mudança de titularidade. Isso interessa sobremaneira ao comprador, que se dispõe a pagar para aproveitar todos os cadastros e o bom nome construído pelo proprietário anterior junto aos fornecedores, bancos e consumidores.

3.2.3. O Capital

Chegamos à delicada questão do capital da EIRELI.

Antes do mais, reforçamos que não se trata de capital *social*.

Com relação ao capital a ser investido na EIRELI, a lei faz duas exigências: que não seja inferior a cem vezes o *maior* salário-mínimo vigente no país e que seja integralizado completamente no ato de inscrição.

³⁹ MACHADO, Sylvio Marcondes, *op. cit.*, p. 297.

Ambas as exigências, a nosso ver, são desnecessárias, incompatíveis com a natureza do instituto e afrontam a isonomia constitucional, além de representar dificuldade de fiscalização, se é que ela deva existir. Vejamos.

A nenhuma outra forma de exercício empresarial no país se faz a exigência, exceto em casos excepcionais, de um mínimo de capital. Como sustentar essa regra para a EIRELI? Isso infringe a igualdade de tratamento que deve ser dada a todos, genericamente. A desigualdade de tratamento existe, por certo, sem arrostar a isonomia nos casos em que haja, no entanto, *justificativa para tanto*.

Qual seria a justificativa de tal exigência para a EIRELI? Parece-nos que isso obedece ao antigo ranço de moralidade que obstaculizou o acolhimento do instituto entre nós por tanto tempo, partindo o legislador da má-fé para legislar...⁴⁰

A exigência de capital mínimo na EIRELI não se sustenta nesse sentido.

O montante estabelecido, aliás, o foi de modo completamente aleatório, apenas por parecer *aceitável* à configuração patrimonial da empresa individual, em descompasso com a realidade brasileira.

Em projeção da JUCEMG, citada em entrevista concedida por Cássio Duarte, analista político do SEBRAE-MG, ao programa *Emprego e Renda* da Rede Minas⁴¹, das

⁴⁰ Constata-se que essa exigência foi adicionada no substitutivo oferecido pelo deputado Marcelo Itagiba, no parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, com a seguinte justificativa, que flagrantemente partiu da má-fé para estabelecer o mínimo de capital: “Registro, também, que, considerando que se faz conveniente delimitar, em proporção razoável, o porte da organização que se pode constituir como empresa individual, a fim de que não se desvirtue a iniciativa nem esta se preste a meio e ocasião para dissimular ou ocultar vínculo ou relação diversa, propugnamos introduzir parâmetro mínimo apto a caracterizar a pessoa jurídica de que ora se trata, fazendo supor que se reúnem suficientes elementos de empresa, como sede instalada ou escritório, equipamentos etc., tal como se fez para caracterizar microempresas e o empresário individual, nas respectivas leis reguladoras. Com este propósito, estabelecemos que o capital social não deva ser inferior ao equivalente a 100 salários mínimos, montante a partir do qual se tem por aceitável a configuração patrimonial da empresa individual. A tanto, emendamos a redação dada ao *caput* do art. 985-A proposto (art. 980-A), a ser aditado ao Código Civil por força do art. 2º do Projeto.” CÂMARA DOS DEPUTADOS, *op. cit.* Sem grifos no original. Perceba-se que a afirmação leva a crer que exigência congênere é feita para as microempresas e empresários individuais. Quanto a esse último, nada há, nesse sentido, no Código Civil. Quanto às microempresas, a lei complementar 123/2006 menciona faixas de valor baseadas no *faturamento* da empresa e não no investimento feito e tão-somente para a sua caracterização para fins de enquadramento, não sendo condicionante para a sua existência jurídica. Inúteis, portanto, ambas as comparações.

⁴¹ REDEMINAS. Emprego e Renda. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=xwmizi60uBI&feature=related>. (18.7.2011). Acesso em: 03.12.2011.

seiscentas e sessenta mil empresas existentes que poderiam migrar para a EIRELI, apenas cinquenta e seis mil terão condição de fazê-lo, sendo, portanto, proibitiva para noventa e dois por cento delas.

Ora, esse dado, se real, mostra o descompasso da exigência e de seu montante.

Além da manifesta inconstitucionalidade da exigência, é preciso se considerar que ela pode deitar por terra a própria construção do instituto, que se assenta na conveniência de se extirpar o uso da sociedade aparente ou fictícia. Aquele que desejar empresariar, sem arriscar seus bens e não detiver o montante de capital exigido – noventa e dois por cento em Minas Gerais, p.e. – vai, com tranquilidade, continuar a lançar mão do expediente que se esperava banir com a adoção da EIRELI – a sociedade aparente - esvaziando o instituto. Esse esvaziamento será um fato, contra o que a lei não terá força nenhuma.

O microempreendedor individual do artigo 68 da lei complementar 123/2006, p.e., está liminarmente excluído, já que pelo faturamento que lhe foi estipulado em lei – receita bruta anual de até trinta e seis mil reais –, o investimento de cem vezes o maior salário-mínimo destoa. Lembre-se que a oportunidade desse porte empresarial em limitar sua responsabilidade já lhe havia sido tolhida no veto do artigo 69 do citado estatuto.

A imposição de capital mínimo na quantia estabelecida aliada à necessidade de completa integralização, além do esvaziamento do instituto e determinante da continuação franca das sociedades fictícias no Brasil, ainda atinge o benéfico efeito reflexo que se previa para a EIRELI: incentivo à regularização de iniciativas informais. Riske-se também essa projeção do instituto.

Aliás, a obrigatoriedade de integralização completa do capital mínimo não se coaduna com a opção legislativa brasileira. Faria sentido se a técnica escolhida pelo legislador fosse a afetação patrimonial. Nesse caso, ainda que não se exigisse um mínimo de capital, determinar a prévia integralização seria decorrência lógica da técnica usada, que pressuporia o aparte prévio de bens ou quantias pelo empresário para a afetação patrimonial.

No modelo escolhido, não faz sentido, a não ser quando se olha pela ótica da antecipação da fraude, da má-fé...⁴²

A previsão de capital mínimo não constava originalmente em nenhum dos dois projetos. A exigência de integralização completa do capital só era feita no projeto 4.953/2009.

O deputado Guilherme de Campos, responsável pela inserção do capital mínimo, contraditoriamente destaca que os “pontos principais [dos projetos] são *facilitar a vida do pequeno empreendedor, inclusive tornando mais barata a constituição* de empresa individual, por causa da maior simplicidade (...).”⁴³ Ao que parece, contudo, a lei se encarregou foi de dificultar a vida do pequeno empreendedor, tornando mais onerosa a criação da EIRELI. Todavia, ao que parece, pelo teor da IN-DNRC 117/2012, basta a declaração de integralização, não sendo necessário comprová-la, por recibo de depósito bancário ou outros documentos.

A verificação de sua completa integralização seria uma das providências mais básicas, porque a lei obriga à integralização total e antecipada, o que pode ser feito em dinheiro, em bens ou combinando-se as duas espécies de entrada.

Se a capitalização for a dinheiro – ou a parte que se integralizar em dinheiro – deveria ser apresentado o recibo de depósito em conta especial em estabelecimento bancário, de livre escolha do titular, em nome da EIRELI “em organização”, que ficaria indisponível até a regular inscrição na Junta. O recibo do depósito deveria acompanhar a declaração de inscrição. Seria desejável que se admitisse na verificação da composição do capital a comprovação de despesas feitas em razão da constituição da empresa, como o recolhimento de taxas e emolumentos, já que o capital é, também, utilizado para fazer frente a esses custos.

É natural que o capital, ou parte dele, se transforme em bens para a formação do estabelecimento e vice-versa. Assim, o que se denomina de patrimônio da EIRELI

⁴² Impossível não vir à mente, nesse pormenor, as palavras de Gladston Mamede sobre o modo como o empresário é visto em nosso país: um “delinquente em potencial, bandido que se aproveitará de qualquer chance para praticar atos ilícitos”... MAMEDE, Gladston. Inovações da Lei 11.598/2007. *Revista Âmbito Jurídico*. Direito Comercial. Âmbito Jurídico. Rio Grande, ano XI, nº 53, mai. 2008.

⁴³ CÂMARA DOS DEPUTADOS, *op. cit.*

será formado por bens e valores, cuja somatória não deveria afastar-se do valor exigido na lei, porque há despesas que não são imobilizáveis, mas deveriam ser admitidas, desde que comprovadas.

Se houver a utilização de bens na composição do capital, sendo imóveis, é de ser aplicado o artigo 64 da lei nº 8.934/94 – e não o artigo 108 do Código Civil - e a certidão da instituição deve bastar para a transcrição no registro competente. Tratando-se de ato de disposição, o comparecimento do cônjuge, se houver, é forçoso. A questão da incidência de fiscal no ato – que comporta alguma discussão - deve atentar para o valor atribuído ao bem para a integralização e o valor do mesmo na declaração de imposto de renda do titular.

A situação mais delicada diria respeito à prova de integralização por meio de bens móveis, não sujeitos a registro de nenhuma espécie. Para que esses compusessem o capital da EIRELI seria necessária declaração discriminada dos bens e prova de sua existência, que poderia ser a nota de compra do mesmo.

Aos bens, móveis ou imóveis, que deveriam estar, individualmente, descritos, deveria ser atribuído um valor, uma estimativa dada pelo próprio interessado. Passar por um avaliador burocratizaria e encareceria o processo de constituição, desnecessariamente. A valoração deveria atender à realidade, pois o empreendedor deveria ser responsável por ela nos mesmos termos do parágrafo primeiro, artigo 1.055, CC. Além disso, pelas declarações constantes do instrumento de inscrição, deve ser atribuída responsabilidade penal, nos termos dos artigos 171 e 299 do Código Penal⁴⁴.

A fiscalização da verdade de tais declarações, no entanto, é de difícil operacionalização.

A declaração imprecisa de valor de bem que compusesse o capital é caso de responsabilização e deveria sujeitar o patrimônio pessoal do titular da EIRELI a ser

⁴⁴ Código Penal: Art. 171 – Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. Art. 299 – Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

consumido para pagamento de obrigações da pessoa jurídica, nos termos da legislação vigente. Conforme já dissemos, o fato de ver seu patrimônio pessoal comprometido com dívidas oriundas da EIRELI por irregularidades deve ser mais eficiente do que qualquer fiscalização. No entanto, nada disso se aplicará, tendo em vista que basta a simples declaração de integralização, que, manifestamente, se aterá à pecúnia, de modo exclusivo, para evitarem-se as complicações.

Importante registrar que na V Jornada de Direito Civil fixou-se o entendimento de que os direitos patrimoniais relativos aos direitos de personalidade mencionados no parágrafo 5º do artigo 980-A *não podem ser utilizados* para a composição de capital da EIRELI⁴⁵.

É de se registrar, ainda, a questão da inconstitucional vinculação do capital social da EIRELI ao salário-mínimo (art. 7º, IV, parte final, CR), que acentua a fragilidade da exigência.

Também causa espécie a menção ao *maior* salário-mínimo do país. O salário a ser considerado é o estipulado em lei federal, anualmente, sem espaço para outra consideração. Porém, o fato da lei referir-se ao *maior* salário-mínimo dá margem a discussões desnecessárias.

De toda forma, a lei aí está e o capital mínimo, pelo menos por ora, é exigível.

Para que a EIRELI possa operar o efeito da proteção do patrimônio de seu titular, como já se registrou, ele deve providenciar a inscrição da nova pessoa junto ao Registro do Comércio antes do início de sua atividade, discriminando o objeto de sua empresa, o local, o investimento, a denominação sob a qual vai atuar, a data de início, o porte da empresa, além de fornecer seus dados pessoais para identificação e constatação de desimpedimento.

Isso deve ser feito por meio da declaração de instituição que já se mencionou. Não há necessidade de que a declaração seja feita por instrumento público. Isso

⁴⁵ “A imagem, o nome ou a voz não podem ser utilizados para a integralização do capital da EIRELI”. CASTRO, Maria do Perpetuo Socorro Wanderley de. *V Jornada de Direito Civil*. Centro de Estudos Jurídicos. Conselho da Justiça Federal. Comissão de Direito Empresarial. Brasília, 8,9 e 10/11/2011.

representa sempre um custo adicional, que deve ser evitado, pois a inscrição na Junta conferirá publicidade ao ato.

É de se permitir a alteração dos termos da inscrição inicial para aumentar ou reduzir capital, aplicando-se, nessas hipóteses o previsto nos artigos 1.081 a 1.084 do Código Civil. A redução do capital, no entanto, não pode nunca fazer-se de modo a infringir o limite mínimo legal.

3.2.4. Extinção da EIRELI

A extinção da EIRELI se baseará nas hipóteses em que o empresário individual perde essa qualidade.

Assim, sua extinção poderá se dar em razão da morte de seu instituidor, da desistência, do abandono, da revogação da autorização para o exercício da atividade, da interdição de seu titular – se não for pedida a autorização para a continuação dos negócios nos termos do citado artigo 974, do Código Civil - e em virtude da declaração de falência.

A essas hipóteses, comumente arroladas para o empresário individual, merecem ser acrescidas outras arroladas, no projeto 4.953/2009: término de seu prazo de duração; incorporação, fusão ou cisão total e anulação do ato constitutivo.

No citado projeto, havia, ainda, a seguinte previsão: “Na hipótese do inciso VII, os herdeiros poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias designar um novo titular escolhido entre eles.”

Como o texto final não contemplou tal alternativa, a questão deverá se resolver no inventário do instituidor e poderá resultar na substituição de titularidade, encerramento da EIRELI ou em sua transformação em sociedade, aproveitando-se o contido no parágrafo único do artigo 1.033 do Código Civil, modificado pela lei nº 12.441/2011.

Aliás, as hipóteses contidas no artigo 1.033 para a dissolução das sociedades merecem certa adaptação para aplicação na EIRELI. O inciso primeiro prevê que, na

implementação do prazo determinado para a sociedade, ela deve se dissolver, salvo se não entrar em liquidação, caso em que se prorrogará por prazo indeterminado. O mesmo deve ser admitido para a EIRELI.

O consenso e a deliberação de sócios não se aplicam para a dissolução da EIRELI, bastando, como citado, a desistência do instituidor, ou seja, a declaração de sua vontade nesse sentido.

A extinção deverá ser precedida de regular liquidação, sendo possível, também, a cumulação de ambos os atos em um único documento, a ser levado a registro na Junta Comercial. Tudo dependerá, na prática, do porte da empresa.

Caso ocorra alguma das hipóteses de extinção *ipso juris* e o titular continue operando, passará a ser considerado empresário irregular e não mais poderá se beneficiar da separação patrimonial e, portanto, da proteção ao seu patrimônio pessoal. A extinção irregular, sem a liquidação, também o sujeita à responsabilidade pessoal.

4. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS REGRAS PREVISTAS PARA AS SOCIEDADES LIMITADAS À EIRELI

O parágrafo 6º do artigo 980-A prescreve a aplicação subsidiária das regras das sociedades limitadas, no que couberem, à EIRELI.

É preciso atentar para a ressalva legislativa contida no dispositivo em questão: *no que couber*. Assim, tudo que está previsto para a sociedade limitada que esteja ligado à sua *essência* social, não é de uso na EIRELI, posto que sua essência não é societária, mais se aproximando do empresário individual. Portanto, em caso de dúvida, é à teoria geral do empresário individual que deve recorrer o intérprete e, apenas supletivamente, às regras das sociedades limitadas.

Feita essa ressalva essencial, mapeamos, rapidamente, os dispositivos aplicáveis à EIRELI.

4.1. Aplicação Genérica das Regras da Limitação da Responsabilidade

A semelhança entre a EIRELI e a sociedade limitada está no fato de ambas porem a salvo o patrimônio pessoal de seus instituidores. Nesse particular, portanto, toda a teoria geral da limitação da responsabilidade limitada deve servir aos propósitos da nova pessoa jurídica, embora não nos esqueçamos de que a técnica usada pelo legislador para atingir esse fim foi *indireta*, através da *separação patrimonial e não da limitação propriamente dita*.

É evidente que essa proteção não é de ser absoluta e deverá funcionar nas mesmas bases que se assentam a limitação: regularidade e prévio aviso.

A limitação da responsabilidade cede, em casos predeterminados, ante a desconsideração, p.e., como no caso de *confusão patrimonial*, havendo dois entes distintos e dois patrimônios. “Confusão patrimonial há desde que haja patrimônios separados, e o titular os faça indevidamente comunicar entre si.”⁴⁶ Essa visão⁴⁷ é corrente na doutrina portuguesa, como está em António Pereira de Almeida⁴⁸:

“Se o titular dispuser de bens afetos ao estabelecimento no seu interesse exclusivamente pessoal, não respeitando o princípio da *separação patrimonial*, ele responderá com todos os seus bens pelas dívidas contraídas, em caso de insuficiência patrimonial do EIRL (...).”

De outro prisma, por dívidas alheias ao exercício empresarial, o patrimônio da EIRELI deverá responder “numa segunda linha, em caso de insuficiência dos restantes bens ao titular.”⁴⁹ É o que ocorre no regime de responsabilidade limitada, pois a titularidade da participação societária integra o patrimônio geral do empresário. Nas sociedades, podem-se penhorar cotas, penhorar rendimentos, requerer liquidação da participação em favor do credor pessoal.

⁴⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. O Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada ou o Falido Rico. *Estruturas Jurídicas da Empresa*. Lisboa: Curso do Centro de Estudos da Ordem dos Advogados em Intercâmbio com a Faculdade de Direito de Lisboa. s.n.t. p. 13-35, p. 26.

⁴⁷ “As relações entre patrimônio especial e geral, a despeito da mesma titularidade, podem ocorrer, como entre patrimônios especiais de graus diferentes, de modo a ser nitidamente visível a separação.” MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas, SP: Bookseller, 1999, p. 380, v. 5.

⁴⁸ ALMEIDA, António Pereira de, *op. cit.*, p. 279. Sem grifo no original.

⁴⁹ ALMEIDA, António Pereira de, *op. cit.*, p. 278.

O que deve ser observado quanto a isso é que, em casos em que *não exista outro bem livre* do devedor, o credor pode indicar a penhora ou do lucro da EIRELI ou dela própria, bem como requerer sua liquidação, nos moldes do artigo 1.026 do Código Civil. É claro que a aplicação desses meios de recebimento deve estar em sintonia com o *princípio da preservação da empresa*.

O *benefício* da limitação tem como causa o resguardo de patrimônio pessoal do empreendedor frente às intempéries negociais que, *normalmente*, envolvem a exploração de qualquer atividade empresarial. Não se pode constituir o patrimônio separado ou especial, mantê-lo forte e intocado se, na vida privada, seu titular assume compromissos além de suas forças patrimoniais. Essa separação, repita-se, não é absoluta nesse sentido, mesmo porque, como último recurso, o patrimônio especial ou profissional integra, com o patrimônio pessoal, o patrimônio geral da pessoa instituidora da EIRELI. E na presença de dívidas e ausência de outros bens, haverá reflexo negativo para sobre esta última.

Como exposto, a situação especial desse acervo patrimonial decorre dos fins especiais que a determinam. Essa é a noção básica para se definir casos de confusão patrimonial entre ambas as massas titularizadas pelo empreendedor. Isso impede a dilapidação do acervo destinado à exploração empresarial e, ao mesmo tempo, protege os credores pessoais.

A medida legal da EIRELI tem o escopo de incentivar a iniciativa empresarial, fortalecendo-a, para que possa desempenhar com êxito seu papel no contexto do desenvolvimento econômico nacional, contando, com isso, com a boa-fé daqueles que dela se utilizarem. Porém, traída essa boa-fé, os efeitos devem ser revertidos e a responsabilidade deve passar a *ilimitada*. Melhor dizendo, no caso da figura em estudo, a separação patrimonial impede, em regra, que bens pessoais do instituidor respondam por dívidas da EIRELI e bens da EIRELI suportem obrigações pessoais do empreendedor. Ausente a necessária boa-fé, a separação deverá deixar de produzir efeitos, momentaneamente, ou até, definitivamente, dependendo do caso.

Demais disso, há casos que poderão acarretar responsabilidade na esfera criminal, como na ocorrência de falsidade cometida pelo titular. Roger Ischer já

difundia a noção de que “a responsabilidade limitada é um privilégio concedido ao comerciante individual, em contrapartida de uma gestão conscienciosa de sua empresa”⁵⁰, e assim deve ser.

Originalmente, o parágrafo 4º do artigo 980-A previa que somente o patrimônio social da empresa responderia pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo *em qualquer situação* com o patrimônio da *pessoa natural* que a constituísse. O dispositivo foi, no entanto, vetado sob o argumento de que a expressão *em qualquer situação* “poderia gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no art. 50 do Código Civil.” Em certa medida, o veto era desnecessário, pois é impensável que os direitos assegurados pela separação patrimonial sejam inexoráveis. Não há direito absoluto. Porém, sob outro prisma, o veto, acertadamente, aniquila discussões estéreis e conflitos judiciais a respeito da questão.

A responsabilização pessoal do empreendedor é prevista de modo genérico, podendo se dar, também, na modalidade da desconsideração. A regra geral é a responsabilidade por prejuízos causados a terceiros em virtude do desrespeito à lei e às declarações do instituidor, entre outras situações legalmente previstas.

Com idêntico fim, a desconsideração poderá ser decretada, se por qualquer meio, houver abuso da personalidade jurídica nos termos do artigo 50 da lei civil. Então, se, em sua atuação, a EIRELI desviar-se da finalidade de sua empresa, o que, muita vez, pode implicar em confusão patrimonial, deve caducar o benefício da preservação patrimonial de seu titular.

Mas não se pode levar essa exceção como regra. Tratando-se de instituto inserido no campo de abrangência do *direito empresarial*, que pressupõe a *regularidade* na exploração da atividade econômica (art. 967, CC), tendo o *registro* função de conferir publicidade, é da praxe mercantil que cabe a quem contrata averiguar as circunstâncias em que o faz e cercar-se de práticas negociais que procurem assegurar a transação. Daí porque o nome empresarial deverá obrigatoriamente ser acompanhado da expressão *EIRELI*.

⁵⁰ ISCHER, Roger, *op. cit.*, p. 127 *apud* MACHADO, Sylvio Marcondes, *op. cit.*, p. 315.

A regra da responsabilização cumpre dupla finalidade: atender aos direitos de eventuais credores e servir como sanção à atuação irregular da EIRELI.

Começando da inscrição da pessoa jurídica na Junta, como já registrado, o instituidor deverá responder com bens pessoais, se os empresariais não bastarem, por falsas declarações, como a estimativa irreal do valor dos bens ou a fraude na integralização do capital. Também esse o comando dos artigos 592, II, e 596 do Código de Rito, que deve ter aplicação analógica à EIRELI.

No sentido inverso, as dívidas de caráter pessoal do instituidor, não restando bens livres, justificam o alcance da EIRELI, com sua penhora, penhora de seus lucros ou liquidação em favor dos credores. Isso mesmo em caso de obrigações existentes ao tempo da inscrição, pois a simples inscrição da EIRELI não pode ter o condão de liberar o titular de suas dívidas.

4.2. Dispositivos da Sociedade Limitada Compatíveis

Além da teoria geral da limitação da responsabilidade e suas exceções, alguns dispositivos relativos às sociedades limitadas, contidos no Código Civil, poderão ser aplicados à EIRELI. Nosso objetivo aqui é, essencialmente, levantar os artigos aplicáveis. Contudo, resta patente que alguns preceitos, por sua compatibilidade com a EIRELI, deverão ter aplicação por analogia, ou seja, buscando o “ponto de semelhança entre coisas diferentes.”⁵¹

A começar do artigo 1.052, que prevê que a limitação da responsabilidade se dá na medida da integralização do capital designado. Assim há de ser na EIRELI: o titular se obriga no limite do capital declarado no ato de instituição. *Ainda que o artigo 980-A determine a integralização prévia de todo o capital, que deve ser igual ou superior a cem salários-mínimos, é de aplicar-se o teor do parágrafo 1º artigo 1.055, no caso da integralização em bens.* A integralização em serviços também não é de ser admitida na

⁵¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1ª ed.. 14ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s.d., p. 92.

EIRELI, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo. Some-se a isso que *os direitos patrimoniais relativos aos direitos de personalidade* não se prestam à integralização, como mencionado.

Por força do artigo 1.053, na omissão das regras das sociedades limitadas, serão usadas as relativas às sociedades simples. Assim é que, p.e., terá aplicação o previsto no artigo 1.055, citado, e 1.026, nas situações citadas acima. Já o parágrafo único do 1.053 é incompatível com a natureza da EIRELI.

Na sequência, apenas o artigo 1.059 deve ser usado para a EIRELI: o titular estará obrigado à reposição dos lucros e das quantias retiradas, a qualquer título, quando tais retiradas se derem com prejuízo do capital.

O *caput* do artigo 1.060 também poderá ser empregado ao instituto. Assim, a EIRELI poderá ser administrada, como se verá a seguir, por uma ou mais pessoas, envolvendo o titular e terceiros, nomeados no ato de instituição ou em separado. O teor do parágrafo único desse artigo é, também, incompatível com a EIRELI, bem como o 1.061, porque não há que se falar em deliberações sociais na empresa individual. Quanto ao artigo 1.062, é de se aproveitar-lhe a essência: o administrador designado em ato em separado, seja um terceiro ou o próprio instituidor, deve assinar um termo, que deve ser averbado no registro da EIRELI, no prazo de dez dias, mencionando seu nome, nacionalidade, estado civil, residência, com exibição de documento de identidade, o ato e a data da nomeação e o prazo de gestão.

De igual modo, servirá o *caput* do artigo 1.063 sobre a destituição do terceiro administrador, cujo exercício do cargo cessará pela extinção do prazo de nomeação, sem recondução. A cessação do exercício do cargo de administrador deve ser averbada na Junta, mediante requerimento apresentado nos dez dias seguintes à ocorrência. A renúncia do terceiro administrador torna-se eficaz, em relação à EIRELI, desde o momento em que esta toma conhecimento da comunicação escrita do renunciante; e, em relação a terceiros, após a averbação na Junta e sua correspondente publicação. São as determinações dos parágrafos 2º e 3º do artigo.

Os artigos 1.064 e 1.065 também têm aplicação.

O uso da firma ou denominação social é privativo dos administradores que tenham os necessários poderes, nos termos do artigo 1.064.

A EIRELI também está sujeita às obrigações elencadas no artigo 1.065, por isso, ao término de cada exercício social, deverão ser elaborados o inventário, o balanço patrimonial e o balanço de resultado econômico.

Os artigos 1.066 a 1.080 não se aplicam, tendo em vista que se referem a conselho fiscal e a deliberações societárias, para os quais não há espaço na EIRELI.

Seguindo adiante, o *caput* do artigo 1.081, permitindo-se o aumento de capital, se ajusta à EIRELI, embora seus parágrafos sejam imprestáveis para esse fim, pois tratam de direito de preferência dos sócios no aumento. Só quem pode participar desse ato é o instituidor, exclusivamente. Se for admitida contribuição a título de capital por qualquer outra pessoa, a empresa individual deverá ser transformada em sociedade.

A redução de capital deve seguir o disposto no artigo 1.082, requerendo-se a averbação no ato do instituidor, nos termos do artigo 1.083, no que couber e observado o *caput* – no que seja possível - e os parágrafos do artigo 1.084.

Por força do artigo 1.087, a dissolução da EIRELI fica remetida ao artigo 1.044, que, por sua vez, remete ao 1.033, no que for cabível, ou seja, nas hipóteses dos seus incisos I e II, em sintonia com o que já foi mencionado a respeito da extinção da EIRELI em 3.2.4.

É preciso considerar, ainda, por remissão expressa contida no artigo 1.054, a aplicação do artigo 997 e seguintes. Deste modo, como citado anteriormente em 3.2.1., da declaração de instituição deverão constar os elementos trazidos nos incisos I, II, III e VI do artigo 997. O prazo de trinta dias para inscrição, previsto no artigo 998, no modelo adotado pelo DNRC pela IN 117/2011, se aplicará tendo em vista que a EIRELI sendo fruto de um ato unilateral de vontade apenas existirá quando de sua declaração à Junta Comercial, assim como as modificações posteriores, para serem opostas a terceiros.

O atraso no arquivamento de documentos referente à EIRELI na Junta Comercial terá o efeito geral previsto no artigo 1.151, § 2º, de só produzir efeitos a

partir de sua concessão. Reforce-se, contudo, que no caso do ato de constituição, o que existirá será um empresário individual irregular, já que não se concebe EIRELI de fato, conforme abordado.

4.3. Dispositivos Relativos ao Empresário Individual Aplicáveis

O regramento previsto para o empresário individual, a partir de sua caracterização contida no artigo 966 do diploma civil, é aproveitado para a EIRELI. Assim, segundo mencionado, a EIRELI deverá servir para a proteção do patrimônio da pessoa física que desejar exercer atividade de produção ou circulação de bens e serviços, excluídas – ao menos por ora – as que se ocupem de trabalhos intelectuais.

O teor do artigo 967, a rigor, não se aplica, pois que a inscrição é o que dará surgimento à EIRELI. Não há que se falar em EIRELI irregular ou de fato, conforme já observamos. Mas o artigo 968 deve servir de base à declaração do instituidor para a inscrição na Junta, assim como o teor dos artigos 969 a 976. Já o artigo 977 não tem aplicação.

O artigo 978 fica prejudicado, tendo em vista que os bens pertencerão à EIRELI, saindo da esfera de domínio direto do titular. Por isso, para sua alienação, ainda que imóveis, não haverá mesmo a necessidade da autorização conjugal. Porém, para a integralização em bens imóveis, sendo casado o instituidor, seu cônjuge deverá anuir na declaração, conforme recomendação feita em 3.2.3. Sem razão de ser, então, os artigos 979 e 980 para a EIRELI.

Todas as obrigações comuns aos empresários se aproveitam para a EIRELI, contidas nos títulos III e IV do livro II do Código.

A legislação das pequenas e microempresas (lei complementar nº 123/2006, basicamente) tem uso na EIRELI, excetuado o artigo 68, por incompatibilidade.

5. ADMINISTRAÇÃO DA EIRELI

A administração da empresa da EIRELI é de ser feita de modo direto pelo titular ou por gerente nomeado, cujo ato de investidura deverá ser arquivado na Junta Comercial. Atuando o titular, ele terá direito de fazer retiradas mensais e até adiantar lucros, mas, se no encerramento do exercício o saldo entre o lucro e as retiradas for negativo, aplica-se o artigo 1.059, já mencionado.

Por ocasião do balanço encerrando o exercício, o lucro líquido poderá ser destinado pelo titular do modo que lhe convier, *desde que* o valor do patrimônio esteja compatível com o capital declarado.

Teria sido salutar que a lei tivesse previsto um fundo de reserva da empresa, que seria alimentado com uma porcentagem dos lucros anuais até o montante total equivalente à metade do capital, p.e. Sua utilização seria permitida em caso de perdas ou prejuízos.

Se, já no momento de constituição da EIRELI a administração estiver a cargo de terceiro, pessoa física⁵², essa circunstância deverá ser declarada, qualificando-se o gerente. Se a nomeação for posterior, deve ser averbada no registro. Por óbvio, a responsabilidade final é do instituidor, pois a ele caberá, exclusivamente, a escolha do terceiro administrador, a quem devem ser aplicados os artigos 1.011 e seguintes do Código Civil e contra quem o instituidor terá eventual direito de regresso.

O instituidor, sendo o administrador, poderá outorgar procuração para propósitos específicos ou gerais, como já acontece hoje.

6. NEGOCIAÇÕES COM A EIRELI

Embora a EIRELI seja um sujeito de direito, será tratada como objeto de direito por seu titular em caso de sua negociação. Assim, é que o estabelecimento da EIRELI poderá ser objeto de trespasse, bem como de concentração, união ou transformação de empresas, com algumas ressalvas. Assim, essa pessoa jurídica poderá ser objeto de

⁵² Admitir-se a administração da EIRELI por pessoa jurídica frustra toda a sua concepção. Idêntica exigência é feita às sociedades de pessoas.

negociação direta, embora sua negociação indireta possa exigir sua transformação em sociedade, se for o caso⁵³.

A alienação do estabelecimento poderá ser feita, de acordo com o permissivo do artigo 1.044, implicando na transferência das dívidas da EIRELI, nos termos do artigo 1.146, da lei civil. Nem poderia ser de outra forma, porque os bens componentes do estabelecimento constituem, justamente, o centro de imputação da responsabilidade da EIRELI, que recai sobre tais bens. Se eles vão ser alienados em conjunto, o passivo deve integrar o acervo. O sucessor assume as obrigações contabilizadas.

Ressalva-se, apenas, o direito de regresso em caso de dívidas não confessadas ou científicas pelo vendedor.

De qualquer forma, é preciso notificar os credores da EIRELI a respeito da alienação do estabelecimento, como manda o artigo 1.045.

Em resumo, todo o previsto no título III do livro II do Código Civil, conforme registrado, aplica-se à EIRELI.

O arrendamento e o penhor do estabelecimento da EIRELI devem seguir as regras gerais, devendo ser, ambas as ocorrências, noticiadas à Junta para a devida averbação na matrícula da *empresa*.

O acervo da EIRELI poderá absorver o de outra empresa, seja EIRELI ou sociedade empresária, nos termos previstos para a incorporação. Em qualquer caso, como cediço, o patrimônio da EIRELI incorporadora será acrescido e a empresa incorporada se extinguirá. É preciso alterar-se a inscrição da incorporadora para o aumento do capital, com a declaração individualizada dos bens e prova de sua incorporação ao cabedal preexistente. Do mesmo modo, a EIRELI poderá ser incorporada por outra *empresa* e deixará de existir.

A fusão é de ser admitida para a EIRELI com outra pessoa de mesma espécie ou com sociedade empresária, encerrando-se ambos os registros, para, com os patrimônios das *empresas* envolvidas, promover-se inscrição, sob nova denominação.

⁵³ Sobre *asset deals* e *share deals*: ANTUNES, José Engracia. A Empresa Como Objeto de Negócios. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, ano 68, n. II-III, p. 715-793, set.-dez./2088, p. 715-724.

Da mesma forma, é possível que a EIRELI se cinda, dando surgimento a outra ou outras empresas. Se der surgimento a outra EIRELI, o titular da empresa cindida não será o titular da empresa criada. Talvez aqui esteja a solução mais inteligente para dar seguimento a atividades empresariais familiares em caso de sucessão, evitando-se a constituição de sociedades empresárias que tornem os membros da família *reféns* dessa situação jurídica.

A EIRELI pode participar do capital de sociedades empresárias, em qualquer das modalidades previstas nos artigos 1.097 e seguintes, excetuando-se o controle integral, previsto no artigo 251 da lei nº 6.404/1976, já que a EIRELI não é sociedade. O inverso, porém, não é verdadeiro, ou seja, não é possível a participação de outras pessoas na EIRELI, tendo em vista sua natureza unipessoal, destinada a uma única pessoa natural. Caso isso venha a ocorrer, será necessário transformar a EIRELI em sociedade para permitir qualquer das modalidades de união na empresa individual.

A EIRELI pode também integrar consórcio de empresas.

Estas possibilidades múltiplas devem ser consideradas também em razão das alternativas trazidas pela lei nº 11.101/2005, tanto na recuperação de empresas como na falência.

A lei previu a possibilidade da transformação da sociedade unipessoal temporária (art. 1.033, IV, CC) em EIRELI, quando alterou o teor do parágrafo único do artigo 1.033.

Embora não previsto expressamente na lei nº 12.441/2011, será também possível transformar EIRELI em sociedade, nos termos do que vem previsto no parágrafo 3º do artigo 968 do Código Civil. O mesmo se diga em relação àqueles que hoje são empresários individuais e que desejem migrar para EIRELI, com base no mesmo dispositivo. E, ainda que de utilização mais remota, será possível transformar uma EIRELI em empresário individual, quando, p.e., houver necessidade de diminuir-se o capital da EIRELI abaixo do mínimo legal exigido. São todas hipóteses de transformação, que, portanto, não implicam na dissolução dos entes envolvidos.

Para os casos de mudança de sociedade para EIRELI e de EIRELI para a sociedade, *caso* a empresa individual use denominação, será possível operar a

transformação em si, inserindo alteração em seu nome a respeito do tipo adotado, mas, sem, no entanto, tocar em seu núcleo. Já nos casos que envolvam o empresário individual, se houver uso de denominação pela EIRELI, a rigor, embora assim a lei a designe, não se tratará de transformação, porque deverá ser encerrado um registro para que outro seja feito⁵⁴.

Como a opção do legislador foi a personalização, com os efeitos que disso decorrem, a EIRELI será pessoa autônoma de seu instituidor. Isso possibilitará que ambos, empreendedor e EIRELI, possam contratar entre si. Os limites de tais negociações devem ser fixados na fidelidade patrimonial e na preservação da finalidade da *empresa*. Caso contrário, havendo abusos, é de se aplicar a desconconsideração, que, aliás, teve origem, justamente, em operação feita entre a pessoa jurídica e a pessoa do sócio majoritário em sociedade aparente⁵⁵. O formato

⁵⁴ Tanto assim que foi aprovado o seguinte enunciado na V Jornada: “A ‘transformação de registro’ prevista no art. 968, § 3º e no art. 1.033, parágrafo único, do Código Civil, não se confunde com a figura da transformação de pessoa jurídica.” MENEZES, Mauricio Moreira Mendonça de. *V Jornada de Direito Civil*. Centro de Estudos Jurídicos. Conselho da Justiça Federal. Comissão de Direito Empresarial. Brasília, 8,9 e 10/11/2011. Esse o pensamento de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, referindo-se ao art. 968, § 3º: “Não há, aí, minimamente, uma operação de transformação. A transformação, de que cuidam referidos preceitos legais [art. 1.113 a 1.115, CC], diz respeito a tipo *societário* e não a *registro*; e, no caso, está-se diante de empresário individual e não de sociedade. Tecnicamente, como é sabido, transformação é a operação pela qual uma sociedade muda de um tipo para outro sem dissolução ou liquidação; nela não há mudança de ente nem sucessão, como ocorre no caso.” GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 82. Grifos no original. Segundo José Maria Rocha Filho, a transformação da empresa individual em sociedade, ou o contrário, tem sido admitida por algumas Juntas Comerciais, mas, todavia, “na verdade, não se trata, efetivamente, de uma ‘transformação’, mas de uma operação em que, num mesmo momento, se praticam dois atos: (a) o de extinção (baixa) de uma e (b) o de constituição, com o acervo da que foi extinta, da outra, sem solução de continuidade das atividades empresariais.” ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 314.

⁵⁵ Cita-se o caso *Bank of the United States* contra *Deveaux*, em 1809, nos Estados Unidos, como a primeira decisão a desconsiderar a personalidade jurídica na história. É que o juiz, para possibilitar a jurisdição federal (privativa para lides entre *cidadãos* de Estados distintos) no caso, como se tratava de pessoa jurídica, considerou o interesse direto dos sócios (estes, sim, *cidadãos*) na questão e manteve o feito no tribunal federal. Cf., por todos, OLIVEIRA, Hermelino. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 107. Como o propósito da desconideração nesse caso não se deu em razão do mau uso da pessoa jurídica, no que se assemelha ao que, hoje, temos como desconideração inversa, preferimos aceitar o caso *Salomon* contra *Salomon & Co.*, na Inglaterra, como o precursor da construção da desconideração. Neste caso, o comerciante Aaron Salomon fundou uma sociedade aparente, na qual detinha a esmagadora maioria da participação societária, cedendo precariamente, a título oneroso, fundo de comércio que explorava anteriormente à sociedade. Quando esta ficou insolvente, o maior credor era o próprio Aaron, que manteve intocado seu patrimônio pessoal, já que todos os bens utilizados na exploração da empresa eram de sua propriedade. Os demais credores alegaram que a atividade era pessoal do sócio majoritário, escondido atrás de uma pessoa jurídica e que não era, portanto, justo que recebesse sua dívida para com a sociedade e

legal da empresa individual facilitará, teoricamente, portanto, a obtenção de crédito, posto que o empreendedor poderá comparecer como garantidor em obrigações assumidas pela EIRELI.

7. CRISE ECONÔMICA E INSOLVÊNCIA DA EIRELI

Embora não haja previsão expressa no artigo 1º da lei nº 11.101/2005⁵⁶, o regime insolvencial da EIRELI deverá ser o falimentar, devido a sua natureza empresarial.

Desse modo, o regime de insolvência se bifurca: para dívidas pessoais do instituidor, a medida é a declaração de insolvência civil, que acabará atingindo reflexamente a EIRELI, pois não haverá bens pessoais livres, o que poderá acarretar a liquidação da empresa individual – não se tratando, no entanto, de falência porque a dívida não é da pessoa jurídica. Para as dívidas da EIRELI, empresariais portanto, o regime da falência e da recuperação deve ser usado. Essa situação só, *excepcionalmente*, autoriza a entrada no núcleo patrimonial pessoal do titular, nos casos de responsabilização ou desconsideração da personalidade jurídica.

Assim, em caso de insolvência do empreendedor, no concurso de credores negociais e pessoais, a preferência será dos primeiros, já que é o patrimônio líquido da EIRELI que deverá reverter ao seu patrimônio pessoal. Nesse caso, o saldo final positivo da eventual liquidação da EIRELI será encaminhado aos credores e não ao titular, como, normalmente, ocorreria. Os credores particulares terão direito sobre o patrimônio remanescente. Se for penhorada a pessoa jurídica – tratada, nesse caso, como objeto de direito - esta deve ser vendida ou adjudicada como um todo, preferencialmente.

ressalvasse seu patrimônio de responder pelas obrigações assumidas, já que a sociedade, por comando seu, não possuía bens. A tese foi acolhida em primeira instância e reformada em grau de recurso. Embora esse fato, foi a primeira vez que houve reconhecimento judicial, ainda que não definitivo, de tal possibilidade. OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 457.

⁵⁶ “Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.”

Isso obriga que o empreendedor seja prudente no negócio e na vida privada, porque deslizes nesta, podem inviabilizar aquele.

Falar sobre artigo 81//////////////////// já falei???

Quanto à crise ou insolvência da EIRELI, as regras serão as mesmas. As peculiaridades ficam por conta da verificação de condutas pessoais atribuídas ao empresário, ao sócio ou administrador, por analogia, como, p.e., no caso do impedimento à recuperação judicial constante do inciso IV do artigo 48 da lei⁵⁷.

Assim, esclarece-se que a devedora ou falida será a EIRELI. O seu titular estará envolvido nos procedimentos na mesma medida que estariam os sócios ou administradores, nos termos do parágrafo 2º do artigo 81⁵⁸ e de acordo com a ressalva contida no artigo 179⁵⁹, quanto aos crimes falimentares. Por isso, não há vinculação de bens de seu patrimônio ao processo falimentar da EIRELI. Os eventuais créditos que o empreendedor tenha em face da EIRELI serão tidos como créditos subordinados, nos termos da letra *b* do inciso VIII do artigo 83 da LREF.

Importante, então, registrar que os efeitos da sentença declaratória de falência em relação ao falido, previstos no artigo 102 e seguintes, se referem à EIRELI e *não ao seu instituidor*, que só estará impedido para exercer empresa se for condenado por crime falimentar, nos termos do artigo 181.

Ressalve-se que, se o titular da EIRELI for, ao mesmo tempo, sócio de responsabilidade ilimitada em uma sociedade, a decretação da falência desta não terá o efeito de decretar, automaticamente, a falência da EIRELI, a menos que *ela seja* a sócia de responsabilidade ilimitada em outra sociedade, nos termos da previsão

⁵⁷ Art. 48, IV - “não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.” Do mesmo modo, as previsões dos artigos 64, que prevê as hipóteses de afastamento do titular ou administrador da *empresa* em crise.

⁵⁸ Art. 81, § 2º - “§ 2º As sociedades falidas serão representadas na falência por seus administradores ou liquidantes, os quais terão os mesmos direitos e, sob as mesmas penas, ficarão sujeitos às obrigações que cabem ao falido.”

⁵⁹ Art. 179 – “Art. 179. Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade.”

contida no artigo 81⁶⁰ da lei falimentar. Se o sócio de responsabilidade ilimitada for o instituidor, a falência não poderá ser estendida à EIRELI.

O impedimento de exercício da empresa decorrente da declaração de falência só seria imposto ao titular da empresa individual se a técnica usada pelo legislador fosse a da afetação patrimonial. Por isso, com a EIRELI, estamos justamente na situação exposta e criticada por José de Oliveira Ascensão de “falência sem falido”:

“A ameaça da falência é o único lenitivo para o risco que para os terceiros representa a autonomia patrimonial do E.I.R.L. Se o comerciante pudesse sem outras seqüelas cortar a todo o tempo o vínculo que o liga ao E.I.R.L. e deixá-lo falir, a tentação de usar esse sistema em prejuízo de terceiros seria grande demais. (...) A falência é consequência grande demais para que o comerciante não pense duas vezes antes de deixar o E.I.R.L. soçobrar.”⁶¹

Fazendo a lei a questionável exigência de capital social mínimo equivalente a, pelo menos, cem salários mínimos, que deve estar integralizado no momento da inscrição da EIRELI – ou, pelo menos, assim declarado, na eventualidade da decretação da falência, nenhuma outra responsabilidade caberá ao instituidor, exceto nos casos de responsabilização ou de desconsideração, devidamente provadas.

Importante lembrar o papel de negociações com a EIRELI em caso de crise econômica ou falência, atendendo-se ao comando principiológico da preservação da empresa. Também por isso, a possibilidade de negociações que, tradicionalmente, se aplicam às sociedades, são importantes para a EIRELI.

CONCLUSÃO

De conhecimento geral que a proteção ao patrimônio pessoal daqueles que exercem a empresa de modo singular era aguardada há muito tempo entre nós. Já em

⁶⁰ Art. 81 – “A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso, deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.”

⁶¹ ASCENSÃO, José de Oliveira, *op. cit.*, p. 29.

1943, Trajano de Miranda Valverde levantava a questão em artigo publicado na Revista Forense, tratando do que denominou de *estabelecimento autônomo*. Quase setenta anos se passaram para que o legislador brasileiro resolvesse subir o último degrau da limitação da responsabilidade empresarial.

Esse fato, por si só, merece comemoração, porque foi vencida uma resistência injustificada.

A opção legal foi pela personalização da empresa, com a criação de uma pessoa jurídica nova em nosso ordenamento, contudo, confundindo as técnicas possíveis.

Essa falta de clareza a respeito das técnicas jurídicas fez com que o texto final contivesse impropriedades que dão margem à discussão sobre a natureza do instituto, para atribuir-lhe, equivocadamente, o caráter societário, quando a lei *não criou um novo tipo de sociedade*.

A EIRELI, expressão oxitona, pode ser constituída por uma única pessoa natural. Às sociedades brasileiras remanesce a possibilidade de constituição de subsidiária integral, nos termos do artigo 251 da lei nº 6.404/76, nas modalidades aberta ou fechada.

Assim, em nossa opinião, entendemos também que não será possível o uso desvirtuado da EIRELI para a operação de sociedades estrangeiras no país sem a necessária autorização governamental.

A lei chega a ser lacônica. Depois da longa espera, seria desejável que o tratamento legislativo dado à questão fosse menos simplista. A doutrina, agora, terá que preencher as várias lacunas da lei.

A questão mais grave, no entanto, em nosso sentir, está na exigência de capital mínimo de cem salários-mínimos, que deve estar integralizado no momento da inscrição da EIRELI na Junta Comercial, que ou vai esvaziar o instituto para os fins a que se destina, ou vai desmoralizá-lo.

É que, além de a exigência ser de questionável constitucionalidade, ela poderá ser a responsável pelo *esvaziamento do instituto*, por um lado, posto que o grande contingente de empresas em nosso país é de porte reduzido, sem condições do investimento prescrito na lei. Desse modo, é que, num contexto de mais de noventa e

oitto por cento de micro e pequenas empresas e alto índice de iniciativas irregulares, a EIRELI poderia impelir à erradicação da sociedade aparente e à regularização de empresas, o que, talvez, não ocorra em razão da obrigatoriedade do capital mínimo, no montante estabelecido pela lei.

De outro lado, se a exigência da integralização do capital mínimo legal for *meramente formal*, como está a revelar a IN-DNRC 117/2011, para que se possa empregar a novidade, é bem possível que as pessoas façam uso generalizado da declaração sem a correspondente realização do capital, o que desmoralizará a EIRELI em pouco tempo.

Será preciso que a doutrina e a jurisprudência tragam mais integridade ao instituto, para que não padeça de crise de identidade e acabe sendo desvirtuado, esvaziado ou desmoralizado.

Por ora, ainda estamos um pouco distante do *felizes para sempre*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, António Pereira de. A Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual. *Novas Perspectivas do Direito Comercial*. Coimbra: Almedina, p. 269-288, 1988.

ANTUNES, José Engracia. A Empresa Como Objeto de Negócios. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, ano 68, n. II-III, p. 715-793, set.-dez./2088

ASQUINI, Alberto. Perfis da Empresa. Tradução por Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: RT, v. 35, n. 104, p. 109-126, out/dez 1996.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada ou o Falido Rico. *Estruturas Jurídicas da Empresa*. Lisboa: Curso do Centro de Estudos da Ordem dos Advogados em Intercâmbio com a Faculdade de Direito de Lisboa. s.n.t. p. 13-35.

BRUSCATO, Wilges. *Empresário Individual de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Execução da tutela Jurisdicional Coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Atividade legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. PL 4605/2009. Avulsos. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=71314E5B9D82502E231F267D7AECB7CA.node1?codteor=633053&filename=Avulso+-PL+4605/2009. Acesso em: 03.12.2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

CRISTIANO, Romano. *Empresa Individual e a Personalidade Jurídica*. São Paulo: RT, 1977.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO. Instrução Normativa 117, de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. DNRC. Legislação. Disponível em: <http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20117%202011.pdf>. Acesso em: 12.12.2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1ª ed.. 14ª impressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s.d.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, V, 2001, Brasília. *10 Anos do Código Civil*. Comissão de Direito Empresarial. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, 2011.

LEONARDOS, Gabriel F. A Proteção Jurídica ao Nome Comercial, ao Título do Estabelecimento e à Insígnia no Brasil – Regime Jurídico e Novos Desenvolvimentos na Jurisprudência. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: RT, ano XXXIII (nova série), n. 95, p. 26-56, jul/set 1994.

MACHADO, Sylvio Marcondes. MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

MAMEDE, Gladston. Inovações da Lei 11.598/2007. *Revista Âmbito Jurídico*. Direito Comercial. Âmbito Jurídico. Rio Grande, ano XI, nº 53, mai. 2008.

MARTINS FILHO, Antônio. *Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual*. Anais do Congresso Jurídico Nacional Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito de Porto Alegre. *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*. Porto Alegre: URGs, v.1, p. 284-338, 1951.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Campinas, SP: Bookseller, 1999. V. 5.

OLIVEIRA, Hermelino. *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa. *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979.

PANTZIER, Rolf Dieter. Sociedade Unipessoal: Opção Organizativa para Micro e Pequenas Empresas. *Centro Universitário de Brusque*. Disponível em: www.febe.edu.br/divulgacao/artigo16.doc. (24.11.2003).

REDEMINAS. Emprego e Renda. Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=xwmizi60uBI&feature=related>. (18.7.2011). Acesso em: 03.12.2011.

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

ROCHA FILHO, José Maria. *Curso de Direito Comercial*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

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