

**CENTRO UNIVERSITARIO SALESIANO SÃO PAULO – UNISAL –
CAMPUS SÃO JOAQUIM
CURSO DIREITO EMPRESARIAL**

FÁBIO TEBERGA CARDOSO

**EMPRESAS INDIVIDUAIS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E
A SUPRESSÃO DO PRINCÍPIO DO “*AFFECTIO SOCIETATIS*” NO
DIREITO EMPRESARIAL – VANTAGEM OU PREJUÍZO AO
EMPRESÁRIO?**

**LORENA-SP
2013**

FÁBIO TEBERGA CARDOSO

**EMPRESAS INDIVIDUAIS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E A
SUPRESSÃO DO PRINCÍPIO DO “*AFFECTIO SOCIETATIS*” NO DIREITO
EMPRESARIAL – VANTAGEM OU PREJUÍZO AO EMPRESÁRIO?**

Monografia apresentada ao Curso de
Pós-Graduação em Direito Empresarial
como requisito para Conclusão do
Curso.

....

Orientador: Prof. Suhel Sarhan

**LORENA
2013**

**CENTRO UNIVERSITARIO SALESIANO SÃO PAULO – UNISAL – CAMPUS
SÃO JOAQUIM
CURSO DIREITO EMPRESARIAL**

**Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito
Empresarial Intitulado Empresas Individuais de Responsabilidade
Limitada e a Supressão do Princípio do “*Affectio Societatis*” No
Direito Empresarial – Vantagem ou Prejuízo ao Empresário? - de
autoria dos Pós Graduando Fábio Teberga, para exame da banca
constituída pelos seguintes professores:**

Prof. Dr. Suhel Sahan - Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Este trabalho é dedicado a todos os companheiros da Classe do Curso de Pós Graduação-2011 que nesses dois anos trocaram experiências e competências profissionais com os autores deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Aos professores e coordenadores do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial proporcionado pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo – Unisal – Campus São Joaquim Curso Direito Empresarial, pela oportunidade de enriquecimento e da formação acadêmica. Em especial, ao caríssimo orientador e professor o Dr. Suhel Sahan, pela prontidão com que sempre nos recebeu no seu escritório, pelas orientações bem administradas e, sobretudo, pela confiança em nós depositada. Ao Professor Dr. Chacon, que com muita competência e boa vontade sempre assiste os alunos. Aos ilustres professores da Unisal, pelo sábio auxílio no desenvolvimento deste trabalho e pela oportunidade de participar de suas magnas aulas de Direito Empresarial. Aos colegas de classe, bem como nossas esposas, Aldevani e Edilza, por todo incentivo e por, pacientemente, compreender nossas ausências, enquanto nos dedicávamos à elaboração deste estudo.

O jurista não pode, em sã consciência, desprezar o imenso ferramental das outras ciências que lhe possibilita compreender melhor a conduta humana. O Direito é por excelência um indutor de condutas; assim, a interseção entre os fenômenos econômicos e jurídicos deve perseguir o mesmo ideal de todas as áreas do conhecimento, qual seja promover a justiça e a equidade do sistema social como um todo.

(Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi)

RESUMO

O presente trabalho objetiva, primordialmente, destacar que a adoção da responsabilidade limitada ao empresário individual não suprime o princípio do “*affeti societatis*” do ordenamento jurídico. Contudo requer complexas transformações de conceitos já consolidados pelo Direito Brasileiro. Para tanto, os juristas se desdobram para definir, apontar falhas e pontos positivo, com o cunho de dirimir equívocos provocados pela lei. De vertente jurídico-teórica, a metodologia firma-se em um enfoque interdisciplinar, combinada com a utilização de fontes primárias e secundárias percorridas na legislação pátria, nas doutrinas jurídicas, filosóficas e econômicas e na legislação atinente à matéria. Após a análise das discussões de diversos juristas, entende-se que a Eireli não compete com os princípios da sociedade, sendo que cada uma possui suas peculiaridades e caminham de forma diferente. Por fim, conclui-se que a Eireli não suprime o princípio do “*affetio societatis*” do ordenamento jurídico, pois o primeiro trata-se de um tipo empresarial limitado pela lei e o segundo um requisito essencial para criação de uma sociedade. Entendendo, ainda, que o princípio do “*affetio societatis*” esta resguardado pela Eireli, vez que este surge na Legislação para impedir a criação das sociedades fictas e a utilização do “sócio laranja”.

PALAVRAS-CHAVE: Empresário individual; responsabilidade limitada; *affetio societatis*; supressão.

ABSTRACT

This paper aims primarily to emphasize that the adoption of limited liability individual entrepreneur does not suppress the principle of "affetio societatis" the legal system. However, it requires complex transformations of concepts already established by Brazilian law. Therefore, the jurists to define unfold, point out flaws and positive points, with the imprint of settling misunderstandings caused by the law. Legal and theoretical aspects of the methodology firm in an interdisciplinary approach, combined with the use of primary and secondary sources covered by the legislation homeland in legal doctrines, philosophical and economic and legislation regarding the matter. After reviewing the arguments of many jurists, it is understood that the Eireli not compete with the principles of society, each of which has its own peculiarities and walk differently. Finally, we conclude that the Eireli not suppress the principle of "affetio societatis" the legal system, because the former is a type of business limited by law and the second an essential requirement for the creation of a society. Understanding, though, that the principle of "affetio societatis" guarded by Eireli this, since this appears in legislation to prevent the creation of societies fictas and use the "socio orange."

KEYWORDS: Entrepreneur individual, limited liability; affectio societatis; suppression.

SUMÁRIO

RESUMO.....	x
ABSTRACT	xi
INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – Histórico do Direito Societário.....	12
1.1. – A Evolução do Direito Societário na Antropologia	12
1.2. – Fonte Histórica do Direito Empresarial	13
1.2.1 – O Direito na Civilização Romana.....	13
1.2.2. – O Direito na Civilização da Idade Média	16
1.2.3. – O Direito na Civilização Pós Idade Média	19
1.2.4. – O Direito na Civilização Moderna.....	19
CAPÍTULO II – Fonte Jurídica do Direito Empresarial.....	21
2.1. – A Origem Jurídica do Direito Empresarial.....	21
CAPÍTULO III – Affectio Societatis como Princípio do Direito Empresarial	24
3.1. – Introdução.....	24
3.2. – Histórico e Conceito de “Affectio Societatis”	24
3.2.1. – Histórico do “Affectio Societatis”	24
3.2.2. Conceito do “Affectio Societatis”	26
3.3. – “Affectio Societatis” e Autonomia da Vontade	27
CAPÍTULO IV – O Empresário Individual	29
4.1. – O Empresário Individual na Sistemática Jurídica	29
CAPÍTULO V – A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.....	32
5.1. – Previsão Legal e Definição.....	32
5.2. – Requisitos para Constituição de uma Eireli.....	33
5.3. – Tipo Empresarial da Eireli.....	35
5.4. – Celeumas da EIRELI	36
CAPÍTULO VI – Eireli Versus “Affectio Societatis”	39
6.1. – Diferenças entre EIRELI e “Affetio Societatis”	39
6.2. – Supressão do “Affetio Societatis”	40
Conclusão	43
Bibliografia.....	44

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trará os nortes que serão traçados para tentar entender a relação entre a EIRELES (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), criada pela Lei 12.441/2011 e a supressão do princípio do “*affectio societatis*” das relações empresariais.

Dentro do tema será pesquisado sobre a ausência do princípio do “*affectio societatis*”, bem como se a relação do instituto com a ausência do sócio proporciona vantagens ou prejuízos ao Empresário que faz a opção de se enveredar pelo mundo empresarial de maneira individual.

Neste contexto o trabalho apresentará ao leitor as perspectivas criadas pela nova legislação, tendo como meta a comparação entre os benefícios e malefícios proporcionados ao Empresário que optar em suprimir a sociedade e criar uma empresa individual de responsabilidade limitada.

Por se tratar de um ordenamento jurídico recente e ainda pouco conhecido, se faz necessário o presente estudo, visto que a reunião de opiniões e idéias dos mais diversos estudiosos do direito pátrio podem contribuir para a elucidação de eventuais entraves que possam existir perante o tema.

Tem-se como objetivo primário realizar um levantamento sobre as perspectivas criadas pela nova legislação e se a mesma contraria e se conflita com o princípio do “*affectio societatis*”.

De maneira secundária, fazer um levantamento objetivo dos riscos e vantagens do novo instituto, para que se possa informar os Advogados e Empresários sobre o assunto.

Portanto objetiva-se estudar o instituto recente para que se possa ter conhecimento dos pontos que possam causar entraves no processo constitutivo da empresa.

A grande problemática encontra-se no fato de se ter criado uma nova forma empresarial que possa estar fadada ao esquecimento, pois a falta de conhecimento técnico e legal dos empresários no ato da constituição da empresa, bem como o eventual conflito de normas, possam prejudicar a funcionalidade da empresa recém constituída.

O novo ordenamento poderá se constituir como uma grande vantagem jurídica ao empresário individual, uma vez que o empresário assumirá de forma individual as responsabilidades empresariais, bem como os proventos que dele advir, entretanto esta responsabilidade será limitada ao seu capital.

Poderá ainda convergir com o épico princípio do “*affetio societatis*”, visto que a legislação empresarial sempre foi pautada por tal ordenamento.

Por fim, há de salientar que o presente trabalho científico-educativo poderá se apresentar como uma ferramenta de estudos e aprendizagem quanto aos elementos que envolvem a recente legislação do Empresário Individual de Responsabilidade Limitada.

CAPÍTULO I

HISTÓRICO DO DIREITO SOCIETÁRIO

1.1. – A Evolução do Direito Societário na Antropologia

A humanidade, conforme estudos antropológicos, está entre as espécies animais existentes em nosso planeta que não é adaptada fisicamente à sobrevivência no meio selvagem, tendo que se valer do intelecto racional que lhe é sumo diferencial para a permanência da espécie, utilizando de amplo e específico estudo da história, sociologia e a biologia, entre outros conhecimentos científicos que, o próprio homem, desenvolveu e disseminou.

Traçando o processo evolutivo, nos primórdios da existência da espécie humana, o primitivo homem que nos deu origem, já mantinha relações sociais de forma desordenada, mas que propiciavam uma maior chance de sobrevivência.

Somente após o homem sentir a necessidade de se agrupar com outros passou a ser possível o desenvolvimento da espécie humana, surgindo uma de suas principais ferramentas para sobrevivência e progresso, ou seja, o mais remoto direito.

Nesse sentido, em específica pesquisa sócio-antropológica que inaugura seu trabalho, o Professor Luís Pinto Ferreira¹, na obra Teoria Geral do Estado, quando esclarece que a ordem entre os homens como um terceiro estágio do processo de adaptação que propicia o progresso:

“Considerando à margem de qualquer conceito filosófico ou escolástico, podemos dizer que o progresso tem as suas raízes na própria lei de adaptação ou em como esta se vem processando nos destinos da espécie humana: 1º) Adaptação do homem às condições do meio físico; 2º) Adaptação do meio físico às necessidades do homem; 3º) Adaptação dos homens (indivíduos e grupos) entre si.”

Já o Professor Armando José da Costa Carvalho², em seus ensinamentos contidos em seu manual dedicado ao estudo de sua turma da disciplina de Introdução ao Direito, que ministrou na Universidade Católica de Pernambuco, com a simplicidade que lhe era peculiar, se envereda no tema e conclui:

“Vivendo em sociedade, logo o homem percebeu que o seu maior ideal – fazer o que quer, na hora que quer, da forma e maneira que desejar – era absolutamente impossível, pois que esta sociedade utópica desapareceria a partir do momento, do exato instante em que dois homens pretendessem a mesma coisa, na mesma hora... De logo a racionalidade comprovou a indispensável necessidade, para que o homem pudesse viver em sociedade, de criar regras que viessem a disciplinar o seu interagir, o seu relacionamento social”.

Em sua essência, assim é o direito, uma ferramenta para desenvolvimento humano que viabiliza a necessária convivência dos grupos sociais, regulando as interações, que no princípio se correspondiam apenas no que era necessário à sobrevivência pacífica dos indivíduos sendo que na evolução passou a ordenar situações mais complexas, sempre se submetendo às necessidades dos grupos sociais, conforme os fatores geográficos e temporais que lhe demandam dinamismo e adaptação, transformando-se como instrumento que propicia a paz e o bem estar social, imprescindíveis ao desenvolvimento da civilização.

1.2. – Fonte Histórica do Direito Empresarial

1.2.1 – O Direito na Civilização Romana

A civilização romana inegavelmente contribuiu para a formação dos pensamentos ocidentais, fazendo surgir um direito consciente como instrumento de socialização, originando-se naquela civilização os primórdios institutos jurídicos relacionados às relações de trabalho, aperfeiçoados e ramificados ainda hoje pelos juristas nacionais e estrangeiros que compartilham das mesmas raízes culturais.

Os romanos já reconheciam a noção de patrimônio, como atributo da personalidade, sendo que a condição era dada apenas ao *detentor do pátrio poder*, assim ensina Sílvio de Salvo Venosa³: *"No direito Romano, nem todas as pessoas detinham capacidade para possuir patrimônio. Era necessário que a pessoa fosse um pater familiae. Os escravos, a mulher e os filhos sob o pátrio poder não possuíam patrimônio"*.

Na concepção jurídica romana, surge, também, o primeiro conceito de sujeitos incorpóreos dotados de direitos e deveres, originando-se as fontes das atuais noções de Estado, Família e outras coletividades abstratas, passando a ordem jurídica, guardadas as devidas proporções, a reconhecer a existência de sujeitos de direito que não pessoas naturais, pessoas físicas, homens, mas coletividades de pessoas ou bens.

Entretanto, como bem leciona o mesmo Sílvio de Salvo Venosa⁴, a civilização Romana não chegou a reconhecer o instituto da personalidade jurídica nos termos em que hoje se estuda, in verbis:

*"No antigo Direito, os romanos entendiam que, se um patrimônio pertencia a várias pessoas, os titulares desse patrimônio não formavam entidade abstrata, a corporação, mas pertenciam aos diferentes indivíduos que constituíam o conjunto, sendo cada um titular de uma parte dos bens (Alves, 1971, v. 1:146). Chega-se à idéia de corporação quando se admite uma entidade abstrata, com direitos e obrigações ao lado da pessoa física. Já no direito clássico, os romanos passam a encarar o Estado, em sua existência, como um ente abstrato, denominando os textos de *populus romanus*. [...]. Dessa maneira, entende-se o conceito de pessoa jurídica como existente apenas no Direito pós-clássico, apesar de a existência da pessoa jurídica não ser desconhecida. [...]. No que toca às pessoas jurídicas em Roma, sua influência foi maior no Direito Público, com o *populus romanus*, a organização máxima dos homens livres, cidadãos da cidade, não deixando essa noção, contudo, de oferecer subsídio para a criação da noção de pessoa jurídica de direito privado..."*

Nesse contexto as sociedades comerciais tiveram desenvolvimento limitado no serne da civilização romana, tendo vista que a classe dominante buscava no direito uma proteção ao patrimônio já conquistado, não tendo o objetivo de obtenção de lucro, de aumento de capital, mas de mera manutenção e defesa, fazendo com que os institutos jurídicos imobiliários e do direito público fossem mais desenvolvidos em detrimento do direito comercial, como lecionam os autores do ante-projeto da Lei das Sociedades por Ações, Lei nº 6.404⁵, de 15 de dezembro de 1976, Alfredo Lamy Filho e José Luis Bulhões Pedreira⁶:

“1. O FENÔMENO ASSOCIATIVO DA ANTIGUIDADE – O fenômeno associativo, em várias de suas manifestações, sempre existiu, mas o tipo de grupo social de produção predominante na Antigüidade não requeria sistemas jurídicos próprios para sua organização. A quase totalidade da atividade produtiva era agropastoril, exercida por grupos formados por famílias ou pelo senhor e seus escravos, que produziam para consumo próprio e somente trocavam o excedente desse consumo; a produção industrial resumia-se à atividade de pequenas unidades urbanas cujos recursos humanos eram artesãos e aprendizes ou axiliares; e somente na atividade mercantil seria de esperar exemplos de associação, em razão do volume de capital necessário e dos riscos envolvidos, principalmente no comércio marítimo. LEVIN GOLDS SHIMIDT (1913, § 9º, III), assinala a existência, na Antigüidade, do emprego de capital em negócios visando a lucros comuns, mesmo entre pessoas não ligadas por vínculos familiares; e arrola casos dessas associações na época helênica e na Roma antiga. Indica, como exemplo, a comenda bancária, e acrescenta ser inconcebível afirmar que não existiram negócios especulativos na repartição de lucros das aventuras navais, como ocorria, na época bizantina, sob a forma de câmbio marítimo. Essas pesquisas sobre as várias manifestações do processo associativo – embora de interesse para a história do direito – são de importância menor em nosso estudo, sabido que as condições sociais e econômicas da Antigüidade, e especialmente as romanas, não eram propícias à estruturação jurídica do comércio. Este era, em geral, praticado por escravos, fillius familiae, e o direito se detinha mais na propriedade imobiliária, considerados os bens móveis (e.i: comércio que com eles se fazia) res vilis. Mais ainda – e a observação de GALGANO (1997, nº 6) é bem esclarecedora – o direito romano era baseado na conservação, e não na acumulação de riqueza, era pré-ordenado para o gozo dos bens, e não para o lucro: - o ideal era a segurança e a estabilidade, esteiadas, para a classe dirigente, no direito de propriedade imobiliária. Para organizar esse tipo de sistema econômico o direito romano não precisou reconhecer a societas como entidade, como sujeito de direito, ou pessoa jurídica: as relações existiam entre os sócios, que tinham

obrigações recíprocas, e direito e deveres individuais perante terceiros (cf PIOLA, 1903, p. 3; MACKELDEY, 1866, nº 422). A sociedade se exauria na relação contratual entre seus partícipes. Estas as razões, arroladas por muitos, para explicar por que Roma legou-nos tão poucas normas jurídicas sobre o comércio, com exceção de alguns institutos de direito marítimo. [...]"

O que se observa é que a Roma de antigamente, como as demais civilizações da época, tinha um comércio resumido ao escambo dos produtos produzidos em excesso, sendo a produção realizada para o consumo do grupo social local, não havendo interesse em lucro, pois o comércio capitalista que conhecemos não era interessante.

Desta forma é que se formaram os sistemas societários menores, como a conta de participação, sempre exercendo ostensivamente o comércio uma pessoa de pouco destaque social, não vinculava diretamente seu superior, a quem cabia uma parcela dos resultados, assim como a sociedade em comandita, que possivelmente era a mais evoluída forma associativa comercial da época e explorada apenas no comércio marítimo.

De toda sorte, não se pode negar que na civilização romana originaram-se institutos jurídicos fundamentais ao posterior surgimento e consolidação do instituto jurídico da sociedade, mesmo diante da maior atenção que a cultura daquele povo dava ao direito público e à propriedade imobiliária.

1.2.2. – O Direito na Civilização da Idade Média

Com o enfraquecimento de Roma a civilização ocidental descentralizou o poder, sendo que a autoridade vigente nos territórios que pertenciam aos Romanos foi dividida gradualmente entre reinos e, internamente, desmembrada em feudos, ocasionando o sumiço da figura do Estado como pessoa jurídica abstratamente considerada, desvinculada da pessoa de seus membros. Em conseqüência, o poder político foi entregue aos diversos senhores feudais que se estabeleceram, de forma que o direito antes unificado pelo Império Romano deu lugar ao direito local, sendo que em cada feudo existiam suas próprias normas vigentes.

No auge do período feudal surgiram os burgos, ou seja, cidades com uma forte classe de comerciantes, a burguesia, que diante do enfraquecimento do poder político-econômico devido a fragmentação, conseguiu impor seus interesses em algumas localidades, assim surge um girino da legislação comercial que se conhece atualmente, utilizando-se dos institutos jurídicos pré-existentes para aplicar nas normas voltadas aos comerciantes e juízes escolhido por estes para julgar lides decorrentes das relações negociais.

Nesse período, voltam a insurgir as sociedades do direito romano, por intermédio dos burgueses que empregavam seus serviços e capitais para obter lucro, desta maneira proporcionando a evolução dos institutos jurídicos romanos adequando ao sistema das sociedades com características já similares as de hoje, abordando o tema Alfredo Lamy Filho e José Luis Bulhões Pedreira⁷:

2. FORMAÇÃO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS NA IDADE MÉDIA – Os tipos mais antigos de sociedades mercantis formaram-se na Idade Média. Para tanto contribuíram as condições sociais e políticas da época – especialmente a partir do século XI – que estimulavam as associações e o desenvolvimento do comércio e levaram à formulação do direito comercial. Com efeito, a Idade Média – na expressão de DIURNI (1970, p. 522) – é a idade da associação. O vácuo da autoridade que se seguiu à queda do Império Romano deixou as populações entregues à própria sorte, sob o imperativo de organizarem, elas mesmas, sua proteção jurídica. Tal circunstância, sem dúvida, induzia à associação com os mais diferentes objetivos, desde a defesa da integridade física até a da propriedade dos associados, contra a agressão e abusos dos mais poderosos, e ainda para o melhor aproveitamento do solo. É bom recordar que a invasão dos bárbaros que marcou esse período histórico – especialmente godos, lombardos e francos que, sucessivamente, o território italiano – trazia consigo uma concepção coletivista, que, em divergência com o sistema do direito romano, só protegia o indivíduo como membro da família, ou do grupo parental, ou tribal. [...] Na baixa idade média aparecem, e são usados, com freqüência, os termos fraternitas, consortium, communitas, a indicar a junção de forças individuais para escopo comum, não necessariamente vinculado a atividades econômicas. Estas surgem nos documentos que usavam o termo 'consortes'. No comércio marítimo veneziano era largamente difundida a forma associativa chamada collegantia, como se pode ler na boa síntese de DIURNI (1970, p. 523). Só mais tarde começaria a ser utilizada a palavra societatas. Essas sociedades entre pessoas – existentes, apenas, nas relações entre os sócios,

como tradição do direito romano – formavam-se num universo feudal, trabalhando por outras estruturas associativas do maior relevo e significado: as corporações de ofício e as religiosas (monastérios, congregações e ordens). A ação das corporações de ofício – hansas, guildas, fratellanzas, maítrises – se fez muito às expensas do regime feudal (porque fora dele), e até em oposição a ele – como ensina o admirável estudo de JOHN P. DAVIS, sobre a história das Corporations (1961, p. 88). E foi, em grande parte, graças à ação dessas instituições que se formou o direito mercantil – como direito dos comerciantes que buscaram e encontraram proteção, e disciplina de suas atividades, nas corporações de ofício. [...] Os XI a XII foram época de grande desenvolvimento do comércio na Europa. Observa LE GOFF (1975, p. 14-15) que essa revolução comercial se deveu um período de paz relativa, porque cessaram as invasões, as rotas de terra e mar passaram a ser menos perigosas, formando-se muitas sociedades novas. O Mediterrâneo e o Mar do Norte tornaram-se os dois pólos do comércio internacional – donde o predomínio medieval dos dois mercados, o italiano e o hanseático. A intensificação da atividade mercantil que, então se verifica; o aparecimento do profissional especializado (comerciante); a ação das corporações de ofício, regulando a atividade mercantil; a multiplicação das cidades livres e a abertura de novas vias de comunicação – compõem o cenário que iria propiciar o surgimento dos modelos de sociedade que ingressam nas praxes mercantis com o espoco de reunir pessoas e capitais para lograr maiores lucros. [...] Essas sociedades comerciais, surgidas na Idade Média, são construções peculiares, que potencializaram a atividade mercantil. Distinguem-se, com nitidez, da antiga comunhão familiar, ou da societates romana – ainda de acordo com a lição de BRUNETTI (1948, nº 244) – pelo espoco de ganho, que era sua força propulsora, pela responsabilidade solidária de seus membros, e pelo exercício do empreendimento sob um nome distintivo.

Assim, os estudiosos acreditam que nos burgos o direito societário surgiu por evolução do direito romano, devido à necessidade da sociedade burguesa que demandava grupos de investimento mediante associação mais consentâneos com o comércio evoluído que praticavam e mais afeitos à finalidade lucrativa.

Não se pode esquecer que na sociedade burguesa da idade média os institutos jurídicos clássicos foram reformulados, servindo o direito ao seu fim, como um instrumento dos interesses daquele coletivo social, regulando as relações entre os comerciantes com o objetivo do lucro.

1.2.3. – O Direito na Civilização Pós Idade Média

Para Rubens Requião⁸ as sociedades comerciais surgiram verdadeiramente após a idade média, por volta do no início do século XVII, em razão do poder político estar centralizado em pequenas e vorazes monarquias absolutistas.

Nessa época os institutos jurídicos societários medievais evoluíram de acordo com os anseios do poder econômico e político, como fora o caso das companhias das índias, caracterizada por muitos como primeiras companhias do globo, tendo servido de instrumento para junção do capital burguês ao monarca, com objetivo de colonizar e gerar lucro aos investidores, sendo o embrião das sociedades por ações.

Diante disso, por intermédio das normas jurídicas já existentes e aperfeiçoados no tempo o instituto jurídico da sociedade, nasce e desenvolve-se, visto que na sua espécie por ações começa a ter personalidade jurídica própria, vez que os investidores assumem riscos somente ao capital empregado.

1.2.4. – O Direito na Civilização Moderna

Na era moderna houve o crescimento do capitalismo, o qual se perdura na contemporaneidade, as sociedades por ações desenvolveram e se disseminaram, no início era necessária para sua constituição a outorga estatal, após pelo regime de autorização, até ao de simples registro, porém manteve-se o de autorização para certas atividades cujo interesse público e a complexidade demandam tal burocracia.

Fabio Ulhoa Coelho⁹, em resumo, escreve que as sociedades empresárias ao se multiplicarem, mesmo para negócios pequenos, faz surgir a sociedade empresária do tipo limitada para que se simplifique a sociedade já existente.

Anteriormente chamada de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a sociedade limitada tem um histórico breve, pois sua criação adveio do interesse de pequenos e médios empreendedores, que buscavam benefícios na exploração de atividade econômica, através da limitação da responsabilidade típica das anônimas, mas sem às complexidades destas.

Pontua-se, neste contexto, que, historicamente, as sociedades empresariais objetivavam inicialmente a união de abastados para aumentar seus lucros, sendo que os empresários de pequeno porte passaram a requerer privilégios que possibilitassem suas operações, momento em que as sociedades empresarias passam a ter espécies conforme a sua necessidade, objetivo e constituição.

Por fim, apresenta-se na sociedade prevista na legislação brasileira atual uma prerrogativa de obtenção de lucros aos que nela investem, viabilizando a união segura de esforços e recursos de pessoas, sendo certo que o instituto teve evolução na habilidade da burguesia em manter negócios e expandir-se, alcançando importância na modernidade e substancial relevo na contemporaneidade, tempo em que a economia não consegue se separar deste instituto, porém se mantém em constante evolução.

CAPÍTULO II

FONTE JURÍDICA DO DIREITO EMPRESARIAL

2.1. – A Origem Jurídica do Direito Empresarial

Desde que o homem passou a viver em sociedade percebeu que havia uma necessidade constante de criação de regras que norteassem sua convivência, sendo certo que as convenções e costumes, assim que consolidados, passaram a vigorar como regras a serem respeitadas e seguidas.

Ao descobrir que o esforço de seu trabalho poderia lhe dar subsistência e que o excesso deste labor lhe proporcionaria acúmulo de bens e poder, se viu obrigado a criar normas que pudessem resguardar suas riquezas e proteger os futuros negócios que fossem realizados.

Há de se observar que os doutrinadores não são uníssomos na indicação das fontes formais do Direito. Entretanto, a corrente majoritária entende que são duas: a lei e o costume. Há outros que entendem que também são a jurisprudência e os princípios gerais do Direito. E outros que incluem a doutrina e a equidade.

No entanto, a jurisprudência tem por finalidade a interpretação e aplicação das leis, por isso não pode ser considerada fonte de Direito posto. Neste mesmo entendimento estão inseridos os princípios gerais de direito e a analogia que compreendem processos de interpretação da lei, bem como a doutrina, que embora transmita doutos ensinamentos, não cria normas jurídicas.

Entende-se, portanto, por fonte do direito onde as regras jurídicas se originam. As fontes tem relevância devido a constante necessidade de quem opera e conduz o direito de interpretar as normas legais, adequando-as ao fato concreto, o que também pode-se aplicar ao meio empresarial.

Esses entendimentos, no entanto, não podem ser apenas no crivo do operador, ou seja, a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657, de 04/09/1942) elenca em seu artigo 4º a hierarquia das fontes do Direito que deve ser observada na hora de sua aplicação, quais sejam: a lei¹; a analogia²; os costumes³; e os princípios gerais do Direito⁴.

A Constituição, devido a sua condição de Magna Carta, é a fonte principal, inicial da ordem jurídica, é a fonte positiva primeira que conduz todo o sistema. Seus princípios guiam os institutos do Direito, sendo que neste rol devemos incluir o Direito Empresarial.

Em se tratando de fontes jurídicas do Direito Empresarial, inicialmente o Código Comercial de 1850 era à principal fonte do direito mercantil, entretanto, com o advento do Código Civil de 2002 seu Capítulo I foi revogado, mantendo vigência apenas em sua segunda parte, que dispõe sobre o comércio marítimo, tendo em vista que o Capítulo III, dessa norma, ter sido revogado desde o Império.

Hodiernamente, as fontes mais importantes do Direito Empresarial são as normas empresariais, que abarcam todas normas positivadas que se destinam a regular a atividade econômica e de comércio, não apenas as contidas no Código Civil, as quais devem sempre estar em sintonia com os princípios da Constituição.

Acompanhando a legislação, inserem-se os usos e costumes que, segundo RAMOS¹⁰,

“...são merecedores de destaque principalmente porque estão diretamente ligados ao surgimento do direito empresarial, o qual foi baseado nas práticas mercantis dos mercadores medievais. Sobre essa fonte do Direito Comercial, o autor acrescenta: Os usos e costumes surgem quando se verificam alguns requisitos básicos: exige-se que a prática seja (i) uniforme, (ii) constante, (iii) observada por certo período de tempo, (iv) exercida de boa fé e (v) não contrária à lei.”

¹ Norma positivada, isto é, escrita, que integra o conjunto de regras que formam o ordenamento jurídico.

² Método de interpretação da lei pelo qual se estende um preceito legal a casos não previstos nele, tendo vista a semelhança com os casos previstos.

³ Uso reiterado de uma conduta que a torna obrigatória.

⁴ Princípios estruturantes de todo o ordenamento jurídico, envolvendo, por exemplo, a idéia de justiça.

Vale enaltecer que na justiça brasileira será o ordenamento jurídico a lei positivada a primeira fonte a ser utilizada. Nas hipóteses em que ela não apresentar regulamentação para a resolução da lide é deveremos nos valer das demais fontes do direito, assim dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º, anteriormente mencionado.

O Direito Comercial surgiu da necessidade de se regular a atividade do comércio. Origina-se na Idade Média de uma forma subjetiva, já que se tratava de uma convenção entre os comerciantes para disciplinar suas atividades profissionais. Contudo, ao longo do tempo, as atividades econômicas desenvolveram-se e passaram a abranger a indústria e outras atividades que não eram diretamente mercantis. Neste norte, a matéria jurídica que as normatiza também acompanha essa evolução, senão, vejamos:

“[...] o Direito Comercial não cuida apenas do comércio, mas de toda e qualquer atividade econômica exercida com profissionalismo, intuito lucrativo e finalidade de produzir ou fazer circular bens ou serviços. Dito de outra forma: o Direito Comercial, hoje, cuida das relações empresariais, e por isso alguns têm sustentado que, diante dessa nova realidade, melhor seria usar a expressão direito empresarial.”¹

Neste contexto, verifica-se que o desenvolvimento se dá a partir do momento em que o comerciante deixa de ser o foco principal do Direito Comercial, mas as atividades empresariais. Assim, fazendo com que o Direito Comercial evoluísse de normatizadora de comerciantes para guia do exercício empresarial.

CAPÍTULO III

AFFECTIO SOCIETATIS COMO PRINCÍPIO DO DIREITO EMPRESARIAL

3.1. – Introdução

A sociedade empresária nasce do encontro de vontades de duas ou mais pessoas. Nesta reunião de afetos, dependendo da sociedade empresarial que se deseja constituir, será firmado através de um contrato social ou estatuto, o qual definirá as normas disciplinadoras da vida societária da empresa.

Como exemplo, podemos destacar que as sociedades em nome coletivo, em comandita simples e limitada são constituídas por contrato social, tendo reflexo nas normas, em caso de eventuais dissoluções.

3.2. – Histórico e Conceito de “*Affectio Societatis*”

3.2.1. – Histórico do “*Affectio Societatis*”

Para entender a origem do “*affetio societatis*” que voltar ao Direito Romano, e quem nos leva inicialmente nessa viagem é o grande doutrinador Waldemar Martins Ferreira destacando que com a ausência do “*pater familias*”, os bens que ficavam como herança se tornava uma propriedade indivisa dos que antes se achavam sob o seu poder, ou seja, não se abria a sucessão¹². Os sujeitos abarcados pelo poder do “*pater familias*” eram conhecidas como “*sui heredes*” e, segundo Max Kaser, eles somente adquiriam capacidade patrimonial com a morte daquele¹³.

Entretanto, com a formalização da Lei das XII Tábuas, garantiu-se ao herdeiro pedir a partilha judicial da herança, por via da “*actio familiae erciscundae*”, fazendo com que cada qual recebesse sua parte.

Contudo, os herdeiros viram-se diante da necessidade de associarem-se, voluntária e consensualmente, com o objetivo de explorar suas propriedades e aumentar seus lucros. Surge, então, a “*societas*” no direito romano.

A sociedade veio sob a forma contratual e o “*animus lucrandi*”, “embora os sentimentos afetivos e pessoais, tão peculiares aos romanos, pudessem animar o contrato, desempenhando papel saliente, senão mesmo substancial, no elaborá-lo e concluí-lo”¹⁴.

Os sentimentos afetivos e pessoais eram concretizados pela “*conventio*”, segundo Eduardo Volterra a convenção consistia na vontade de todas as partes de dispor de seus bens e de dirigir suas atividades objetivando a consecução de um fim útil comum¹⁵. O autor alerta, porém, que este acordo teria uma característica especial, já que não era suficiente que se manifestasse apenas inicialmente, mas sim de forma contínua, ou seja, o vínculo obrigatório existia e era operante entre as partes desde que existisse e perdurasse o acordo entre elas. Entretanto, bastaria a renúncia por um dos sócios a este acordo para que o contrato de sociedade se desfizesse e findasse a relação jurídica entre as partes.

Em análise João Eunápio Borges trás que na “*societas*” romana não bastava o simples consenso, mas que essa vontade se perdurasse, cuja cessação acarretaria o fim do contrato. Entretanto, como a “*societas*” estava fundada sobre um estado de ânimo continuativo, a palavra “*consensus*” foi substituída por expressão ainda mais eficaz e mais significativa – “*affectio*”¹⁶.

Neste contexto, pode-se afirmar que a expressão “*affectio societatis*” surgiu para firmar a exigência de perpetuação da vontade para a manutenção da sociedade.

3.2.2. Conceito do "*Affectio Societatis*"

O conceito de "*affectio societatis*", está crivada no sentido de que as pessoas tem a intenção de constituir uma sociedade empresarial, porém não está expressamente previsto na legislação como requisito específico para a caracterização das sociedades. Contudo, Rubens Requião acredita que o legislador, ainda que de forma indireta, adotou o conceito de "*affectio societatis*" como elemento caracterizador das sociedades.

Requião afirma que o seu conceito está abarcado pelo Código Comercial Brasileiro "quando enumera, no artigo 305⁵, os fatos aparentes que exteriorizam a intenção de formar a sociedade"¹⁷.

Não é apenas o jurista acima mencionado que entende dessa forma, a posição majoritária dos doutrinadores considera que a "*affectio societatis*" é um requisito específico e essencial das sociedades, divergindo, porém, quanto à sua definição.

Integrando a "*affectio societatis*" com a pluralidade de sócios, do patrimônio próprio e da finalidade mercantil como requisitos caracterizadores das sociedades, Azeredo Santos a define como sendo "a contribuição para o capital visando fim comum, através do esforço coletivo"¹⁸.

Tecendo no mesmo caminho Fran Martins define a "*affectio societatis*" como sendo "o desejo de estarem os sócios juntos para a realização do objeto social."¹⁹

João Eunápio Borges salienta que se por "*affectio societatis*" se compreende o consentimento dos contratantes, que é imprescindível à formação de qualquer contrato, é evidente que para constituir uma sociedade as partes deverão necessariamente ter a intenção de formá-la²⁰.

⁵ Código Comercial Brasileiro, Art305: "Presume-se que existe ou existiu sociedade, sempre que alguém exercita atos próprios de sociedade, e que regularmente se não costumam praticar sem a qualidade social. Desta natureza são especialmente: 1 – Negociação promíscua e comum. 2 - Aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum. 3 - Se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradiz em por uma forma pública. 4 - Se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum. 5 - A dissolução da associação como sociedade. 6 - O emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papéis comerciais. 7 - O fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social. 8 - O uso de marca comum nas fazendas ou volumes. 9 - uso de nome com a adição - e companhia. A responsabilidade dos sócios ocultos é pessoal e solidária, como se fossem sócios ostensivos (art. 316)."

No tocante ao princípio da “*affectio societatis*”, embora alguns doutrinadores entenderem que não é um elemento essencial da sociedade e que não possui nenhuma utilidade; entretanto, de forma positiva, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça, que reconhece a “*affectio societatis*”, como um elemento específico do contrato social.

Neste caminho vem firmando jurisprudência, através do entendimento vem adotando sobre o conceito de “*affectio societatis*”, no sentido de intenção dos sócios de formar a sociedade.

A Constituição Federal, em seu artigo 105, inciso III, "a", determina que a última palavra sobre a interpretação da lei federal no país é do Supremo Tribunal de Justiça, assim sendo o Órgão reconheceu expressamente a “*affectio societatis*” como um "elemento específico do contrato de sociedade", que se caracteriza "como uma vontade de união e aceitação das aleas comuns do negócio", sendo perfeitamente possível a dissolução parcial da sociedade quando “*affectio societatis*” não mais há em relação a algum dos sócios.

Portanto, na definição clássica do instituto diz que o termo “*affectio societatis*” pode ser considerado como um elemento subjetivo que necessita estar presente nos contratos de sociedade exprimindo uma relação fraterna entre os sócios, ou seja, a própria vontade de ser sócio, como diria Bonfante²¹. Este termo se definiria como uma vontade de colaboração conjunta e de mútua estima entre os sócios, vontade de cooperação ou dever de cooperação.

3.3. – “*Affectio Societatis*” e Autonomia da Vontade

A “*affectio societatis*”, para alguns doutrinadores, tem-se situado como modalidade do princípio constitucional da autonomia da vontade (art. 5º, XX, CF/88⁶), se aplicando especificamente aos contratos associativos ou plurilaterais.

⁶ **CF Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

Do ponto de vista constitucional, a “*affectio societatis*” é um elemento da avaliação do ordenamento jurídico e está subordinada aos seus princípios norteadores; sejam os fundamentais nos artigos 1º e 3º da Constituição da República, sejam os inerentes à atividade econômica, conforme artigo 170 da Constituição.

Contudo, o posicionamento que mais se estende é o de que o “*affectio societatis*” trata-se de um dos princípios norteadores para criação de uma sociedade comercial, pois se não afeto entre os sócios a sociedade não se perdura.

A “*affectio societatis*”, na hipótese das sociedades empresariais, deve ser entendida como manifestação de boa intenção, vontade, ânimo de cooperação de duas ou mais pessoas que se unem em sociedade, mercantil, para atingirem fins comuns com direitos recíprocos. É o elemento subjetivo indispensável para a realização da sociedade.²²

Neste contexto temos a validação do instituto na hipótese de desarmonia pela utilização equivocada da autonomia da vontade na gestão da sociedade, ensejando a revisão de cláusulas contratuais e estatutárias que estejam em desconformidade com estes princípios constitucionais.

Há de se lembrar que essa expressão, autonomia da vontade, tem origem com o grande filósofo Kant e está ligada à vontade real do sujeito no exercício de sua liberdade, sendo entendida como um dos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana.

A autonomia da vontade surge como princípio de equilíbrio entre a vontade subjetiva e a vontade objetivada. A vontade íntima do sujeito de direito deve corresponder à vontade declarada, o que justifica a adoção da teoria dos vícios do consentimento pela teoria geral do Direito Privado, como forma de invalidação de ato ou negócio jurídico.²³

Portanto, não há que se confundir o princípio do “*affectio societatis*” com o da autonomia da vontade, pois o primeiro trata da relação interpessoal dos sócios em se manter associado pela afinidade existente entre eles, já o segundo corresponde a subjetividade pessoal de cada sócio em se associar com outro.

CAPÍTULO IV O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

4.1. – O Empresário Individual na Sistemática Jurídica

Na posterior ordem jurídica brasileira, o empresário individual estava disciplinado entre o artigo 966 ao 980, que correspondem ao Livro II Do Direito da Empresa, do Código Civil, Título I Do Empresário, Capítulos I Da Caracterização e da Inscrição e II Da Capacidade.

A procura por este tipo empresarial se tornou cada vez mais constante, uma vez que em consulta ao site do Departamento Nacional de Registro do Comércio⁷, apurou-se que no período compreendido entre os anos de 1.985 a 2.005 foram formalmente constituídas mais empresas unipessoais do que coletivas.

Diante disso, os legisladores, passaram a se preocupar com as conseqüências jurídicas implicadas pela constituição das Empresas Individuais e a medida de sua responsabilidade. Assim, atualmente os empresários individuais estão regulamentados no mesmo diploma legal, porém com acréscimo do artigo 980-A.

O Empresário Individual tem sua definição legal exposta no artigo 966, “*caput*”, do Código Civil⁸, sendo aquele agente econômico que, enquanto pessoa física, independentemente de qualquer formalidade legal, exerce de forma habitual e sistemática, mas não necessariamente exclusiva, atividade de produção e/ou circulação de bens e serviços, com objetivo lucrativo.

⁷ www.dnrc.gov.br

⁸ CC rt. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

É de se notar, que o parágrafo único do artigo supra referido excluí da compreensão de empresário aquele que exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo organizada, com a ajuda de colaboradores e intuito lucrativo, salvo se o exercício profissional estiver inserido em uma realidade maior e mais complexa de caráter nitidamente empresarial.

O entendimento predominante é de que o empresário individual, mesmo matriculado no Órgão de Comércio, como determina o Código Civil em seu artigo 967, não caracteriza a criação de uma pessoa jurídica, distinta de sua pessoa física, muito embora seja a ela equiparado para fins tributários e também providencie inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica junto ao Ministério da Fazenda.

Neste norte, como não há personificação jurídica, também não será distinguido o patrimônio da pessoa e da empresa, isto é, todo o patrimônio da pessoa física assegura os débitos contraídos em sua atuação empresarial, com exceção dos bens absolutamente impenhoráveis⁹. O contrário também poderá ocorrer, pois os bens afetados no exercício empresarial poderão responder por débitos contraídos em proveito pessoal ou familiar do empresário.

É justamente por isso que na norma posta antes da modificação entendia-se, na doutrina empresarial majoritária, que o empresário individual detinha responsabilidade ilimitada.

A natureza ilimitada das empresas individuais levavam os empresários a criarem sociedades fictas, ou seja, aquelas em que figuram apenas dois sócios, sendo que um detém uma quantidade ínfima de quotas ou ações, é o conhecido “sócio de favor”.

Para essa formalidade, a sociedade geralmente é constituída na forma, especialmente para criação de pequenas e médias empresas, por cotas de responsabilidade limitada, sendo que na forma de sociedade anônima as grandes empresas a utiliza em sua maioria.

⁹ Cód. de Proc. Civil, art. 649, e Lei de n.º 8.009-90

Não obstante, constituir uma sociedade para se ter o privilégio da limitação da responsabilidade tornou-se uma problemática para o empreendedor brasileiro, tendo em vista que ele terá que constituir um sócio para fins formais do contrato social (ausência do princípio do “*affectio societatis*”) ou, então, ter um sócio com o cunho de empreender (existência do princípio do “*affectio societatis*”).

Todavia, como vimos, o empreendedor poderá se enveredar na exploração da atividade comercial de forma solo, a qual sua responsabilidade será ilimitada e seu patrimônio confundido com o da empresa.

Diante disso, houve uma mobilização para que fosse realizada uma alteração legislativa, sendo que tal movimento resultou na inserção do artigo 980-A no Código Civil, através da Lei 12.441/2011¹⁰, criando uma nova forma empresarial, ou seja, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI).

¹⁰ Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

CAPÍTULO V

A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

5.1. – Previsão Legal e Definição

Inicialmente temos que apresentar de maneira destacada o dispositivo legal que a Lei 12.441/11 acoplou ao Código Civil vigente:

“Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País”.

O artigo exposto não trata claramente de um conceito, mas versa sobre a idéia da forma de constituição da mesma. Entretanto, é possível extrair o conceito da empresa individual de responsabilidade limitada, sendo aquela cujo titular opta por constituir de forma singular pessoa jurídica, cuja responsabilidade é limitada ao capital social que deve ser igual ou superior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo federal.

Como percebe-se, tanto no dispositivo legal quanto no conceito, fala-se apenas em titular da empresa e não em sócio, vez que não há presença de sócio, por se tratar de forma unipessoal de empresa.

Em termos práticos, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada possibilita que um empresário, pessoa natural, constitua uma sociedade unipessoal, na qual fica sua responsabilidade atrelada ao valor do capital por ele integralizado.

Tal possibilidade se caracteriza como se o empresário destacasse parte de seu patrimônio para eventualmente servir de garantia a terceiros, sem que a outra parte de seus bens sofra os riscos das atividades econômicas exercidas.

A Legislação prevê ainda que esse tipo de empresa é regulada pelas regras das sociedades limitadas, sendo permitido em situações específicas a declaração da desconsideração da personalidade jurídica quando for o caso.

Há de salientar que como os demais tipos e espécies de institutos empresariais a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada também recebeu uma abreviatura, a qual deverá acompanhar a razão social, sendo conhecida como **EIRELI**.

O instituto da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada tornou-se uma verdadeira evolução no direito societário e comercial, uma vez que permite ao empreendedor não ficar obrigado a ficar com um dilema entre constituir um sócio ou ficar a mercê do risco de confusão patrimonial em eventual insucesso da atividade.

5.2. – Requisitos para Constituição de uma Eireli

Para constituição de uma EIRELI, a lei 12.441/11 inseriu o artigo 980-A no Código Civil, exigindo a observação de alguns requisitos.

Inicialmente observa-se os seguintes requisitos principais para constituição de uma EIRELI, sendo:

a) **Capital Social igual ou superior a 100 salários mínimos vigente**, conforme a citada lei, o capital social da EIRELI deverá, necessariamente, ser igual ou superior ao valor de cem salários mínimos vigentes à época, entendendo esse salário como o nacional fixado, bem como o empresário deverá integralizar esse Capital na íntegra¹¹.

¹¹ CC/02: "Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País"

b) **Formalidade expressa e precisa na identificação do tipo empresarial no ato de sua criação**, ou, seja, ao fim do nome empresarial deverá constar a sigla EIRELI¹².

c) **O empresário que optar por uma EIRELI está limitado à participação como titular de somente uma empresa neste formato. O legislador quis nesse caso limitar a utilização do tipo empresarial**¹³.

d) **Somente a pessoa natural poderá constituir uma EIRELI**, requisito determinado pelo Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada¹⁴ – Eireli, que foi discutido na 5ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹⁵ e suas ponderações acatadas pela instrução normativa nº 117-22/11/11 do Departamento Nacional de Registro do Comércio órgão que regulamenta as formas de constituição de empresas.

Outra hipótese de nascimento de uma EIRELI, que seja decorrente de fato alheio à vontade do empresário em constituir uma empresa nesses moldes. Essa situação poderá ocorrer nos casos em que houver a concentração da totalidade das quotas sociais ou ações em apenas uma pessoa pertencente à sociedade inicialmente constituída. Assim, não havendo interesse de esse único sócio na continuidade da sociedade, através do chamamento de outros sócios, deverá solicitar, de forma derivada, a formalização da transformação da sociedade em EIRELI.

¹² CC/02: "Art. 980-A. (...) § 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada".

¹³ CC/02: "Art. 980-A. (...) § 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade".

¹⁴ 1.2.11 - IMPEDIMENTO PARA SER TITULAR - Não pode ser titular de EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial.

¹⁵ Enunciado 467 da Jornada de Direito Civil do CEJ do CJF: "Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural." No mesmo sentido, Instrução Normativa 117 do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC). Todavia, há entendimento divergente na doutrina no sentido de permitir a constituição de EIRELI por pessoa jurídica.

5.3. – Tipo Empresarial da Eireli

Por se tratar de um instituto recente, os doutrinadores e operadores do Direito ainda discutem qual tipo empresarial a EIRELI deve adotar, ou seja, deve ser reconhecida como uma sociedade ou uma empresa individual?

Diante dessa discussão há pontos abordados para buscar sua tipificação, senão vejamos, há uma corrente minoritária que entende que se a EIRELI adota a regulamentação da Sociedade Limitada, está no rol das pessoas de direito privado abordado pelo Código Civil¹⁶ ela se trata de uma sociedade empresarial, pois é uma subespécie de sociedade.

Entretanto, a corrente maior que prevalece entende que a EIRELI é uma pessoa jurídica diversa da sociedade, ou seja, uma nova espécie de pessoa jurídica.

De acordo com o enunciado 468, da Jornada de Direito Civil, do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF) a EIRELI *não é sociedade e sim um ente jurídico personificado*.

Neste contexto, não há que se confundir a EIRELI com sociedade limitada, pois a Sociedade Limitada é aquela que reúne dois ou mais sócios para explorar atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens ou de serviços, constituindo elemento de empresa. Os sócios respondem de forma limitada ao capital social da empresa pelas dívidas contraídas no exercício da sua atividade perante os seus credores.

Nem podemos confundir a EIRELI com o Empresário Individual, pois este se trata de uma única pessoa física, que constitui a empresa, cujo nome empresarial deve ser composto pelo nome civil do proprietário, completo ou abreviado, podendo aditar ao nome civil uma atividade do seu negócio ou um apelido.

¹⁶ CC. Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações. IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos. VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Portanto, temos que a EIRELI é um novo instituto jurídico, que possibilita a criação individual de uma empresa, por pessoa natural, desde que cumpridos os requisitos específicos, sendo que a responsabilidade dos riscos do negócio estará limitado ao capital integralizado.

5.4. – Celeumas da EIRELI

A lei que originou a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli) vigora em todo o Brasil. É considerada, por muitos, empreendedora, porém a Lei apresenta divergências na sua interpretação, no que concerne à própria criação das respectivas empresas. Fato ocorrido porque o Departamento Nacional de Registro de Comércio entendeu que somente pessoas físicas poderiam ser titulares de uma Eireli.

É certo que a Lei 12.441/2011 alterou os artigos 44 e 980 do Código Civil de 2002, no sentido de que acrescentou a permissão para constituição de micro e pequenas empresas sem a formação de sociedade, a chamada Eireli. Tal legislação permite o exercício da atividade empresarial individualmente imputando em responsabilidade limitada do patrimônio da pessoa física. Entretanto, como já foi bem detalhado a Eireli deverá ser constituída por uma única pessoa, a qual será titular da integralidade do capital social, que, por sua vez, deverá estar devidamente integralizado e não poderá ser inferior a 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no país no ato da inscrição.

A celeuma se instala quando a lei através do artigo 980-A do Código Civil vigente, dispõe que a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa, contudo não faz qualquer distinção entre pessoa jurídica ou natural.

Perante esta obscuridade, o DNRC, por meio de instrução normativa, deliberou que somente pessoas naturais poderiam ser titulares de uma Eireli.

Especialistas em Direito Empresarial consideram este entendimento equivocado, pois a determinação para que as Juntas Comerciais se recusem a registrar atos constitutivos de Eireli por titular não natural, não está abarcado na lei e por isso não poderá trazer restrição a direitos, sendo que tal ato deve ser expresso e não implícito.

A Presidência da República, quando da publicação da Lei, vetou um dos dispositivos, pois foi considerado desnecessário, que determinava: “somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente”.

Em sua justificativa ao veto a Presidência declara: “Não obstante o mérito da proposta, o dispositivo traz a expressão ‘em qualquer situação’, que pode gerar divergências quanto à aplicação das hipóteses gerais de desconsideração da personalidade jurídica, previstas no artigo 50 do Código Civil”, “Assim, e por força do parágrafo 6º do projeto de lei, aplicar-se-á à Eireli as regras da sociedade limitada, inclusive quanto à separação do patrimônio.”

Entendendo que a medida é inconstitucional, foi proposta contra esse dispositivo da lei da Eireli, pelo PPS, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade endereçada ao Supremo Tribunal Federal¹⁷. O Órgão Partidário argumenta que a exigência de capital social de pelo menos 100 salários mínimos é contrária ao princípio da livre iniciativa por prejudicar micro e pequenos empresários e violar a Constituição, por ser vinculada ao salário mínimo.

O autor requer em liminar a suspensão do piso, argumentando que a Lei impede a adesão pelo tipo empresarial por pessoas jurídicas individuais de responsabilidade limitada e por pequenos empreendedores, causando desnecessário entreve na efetiva oportunidade de desenvolvimento econômico do país. Além do que o salário mínimo não se indexa. Portanto tal exigência esbarra na notória vedação de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, prevista no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal

¹⁷ ADI 4637

Há de se destacar que o Brasil nunca exigiu capital mínimo para a constituição de sociedades, mas no caso da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada há a exigência na integralização de Capital inicial de 100 salários mínimos.

O STF já afirmou que *“o que a Constituição veda é a sua utilização como indexador de prestações periódicas, e não como parâmetro de indenizações ou condenações, de acordo com remansosa jurisprudência desta Suprema Corte”*¹⁸

Neste sentido o autor da Adin, PPS, ressalta que a nova norma foi editada com a “finalidade de contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país, retirando o micro e o pequeno empreendedor do submundo da informalidade”, porém, “acabou impondo uma limitação que não é apenas inconstitucional, mas também “incompreensível”.

¹⁸ ADI 3934, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 27/05/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-02 PP-00374.

CAPÍTULO VI

EIRELI VERSUS “*AFFECTIO SOCIETATIS*”

6.1. – Diferenças entre EIRELI e “*Affectio Societatis*”

Como já foi devidamente dito anteriormente, apesar das críticas feitas por alguns doutrinadores quanto a esse conceito, a jurisprudência pátria vem adotando que o “*affectio societatis*” é a intenção dos sócios formarem uma sociedade.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o “*affectio societatis*” como um "elemento específico do contrato de sociedade", que se caracteriza "como uma vontade de união e aceitação das aleas comuns do negócio.”¹⁹

Neste sentido pode-se dizer que para se constituir uma sociedade é necessário que aja, entre outros requisitos, nos sócios a “*affectio societatis*”, ou seja, o desejo de constituir uma sociedade societária.

No que tange a Eireli não é necessário a existência do “*affectio societatis*”, tendo em vista que é um tipo empresarial constituído por uma única pessoa física.

Assim a Eireli é aquela cujo titular opta por constituir de forma singular uma pessoa jurídica, cuja responsabilidade é limitada ao capital social que deve ser igual ou superior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo federal.

¹⁹ "DIREITO COMERCIAL. SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. FIM DA *AFFECTIO SOCIETATIS*. DISSOLUÇÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. I – A *affectio societatis*, elemento específico do contrato de sociedade comercial, caracteriza-se como uma vontade de união e aceitação das áleas comuns do negócio. Quando este elemento não mais existe em relação a algum dos sócios, causando a impossibilidade da consecução do fim social, plenamente possível a dissolução parcial, com fundamento no art. 336, I, do CCO., permitindo a continuação da sociedade com relação aos sócios remanescentes. I I – Agravo Regimental improvido" (STJ, 3ª T., Rel. Min. Cláudio Santos, AGA 90995/RS, DJ 15/04/96, p. 11531). Também nesse sentido: RESP 60823-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter; RESP 65439-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e RESP 38160-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter.

Como se pode observar a Eireli não alterou, nem mesmo prejudicou a exigência do Princípio do “*Affetio Societatis*”, no que se refere ao Direito Empresarial, ambas possuem caminhos diversos, vez que a legislação define a Eireli como empresa individual e o “*Affetio Societatis*” um requisito necessário para constituição de uma sociedade.

A Eireli se apresenta na norma pátria de forma a regulamentar e resguardar o empresário que se enverede de maneira solo no mundo comercial. Já o “*Affetio Societatis*” está inserido na legislação como um requisito necessário para constituição de uma sociedade empresarial.

A nova legislação não afeta a existência da sociedade empresaria e seus princípios, tendo em vista que são tipos societários diversos e independentes.

A Eireli não afetará as sociedades empresariais, pois suas limitações impedem que empresários optem somente por esse tipo societário, isto é, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada só pode ser constituída uma vez por cada pessoa natural e como capital social determinado.

Portanto, para que o “*Affectio Societatis*” corra o risco de se extinguir do nosso ordenamento jurídico haverá a necessidade de se alterar o texto legal, bem como os empresários não desejarem constituir sociedades empresariais. Assim, a Eireli não concorre com o “*Affectio Societatis*”, pois uma é tipo empresarial e outro requisito para constituição de uma sociedade.

6.2. – Supressão do “*Affetio Societatis*”

Há uma procura natural pelo tipo societário da Eireli, entretanto nada que comprometa a existência das sociedades empresariais e por conseqüência seus requisitos.

Não há que se falar em supressão do “*Affetio Societatis*” no ordenamento jurídico, pois as sociedades empresárias não foram retiradas do ordenamento jurídico, sendo assim seus requisitos permanecem vigentes.

A Eireli é um dispositivo legal criado para inibir a criação das “empresas de fachada” ou às com utilização de sócios “laranjas”, ou seja, com a possibilidade de criar uma empresa individual sem responsabilizar seu patrimônio faz com que o Empresário deixe de inserir sócios com participação mínima.

Na verdade, a Eireli contribui para real finalidade do “*Affetio Societatis*”, tendo em vista que o empresário deixa de se associar com sócio fictício e passa a constituir uma empresa de forma solo. Contudo, quando houver o interesse ou a vontade de se associar com outrem será pelo real interesse em prosperar de maneira conjunta.

Portanto, a Eireli não suprime o “*Affetio Societatis*” e sim contribui para a utilização adequada do princípio, uma vez que os empresários ao constituírem suas sociedades empresariais, a farão pela afeição entre sócios e não pelo interesse unicamente comercial.

6.3. – Vantagens e Desvantagens na escolha da Espécie Empresarial

A responsabilidade da EIRELI será limitada nos termos do art. 980-A, §6º do CC, pois as regras a serem aplicadas serão as mesmas das sociedades limitadas. E desta forma a responsabilidade do EIRELI por previsão do art. 1.052 do Código Civil que explica a forma da responsabilidade das sociedades limitadas, será tão somente o valor equivalente do capital social integralizado.

“CC -Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.”

Outro ponto são as críticas quanto ao valor mínimo de capital social para constituição da EIRELI. Tanta insatisfação gerou, antes mesmo da entrada em vigor da legislação, a propositura de um projeto de lei (PL 2468/2011 –Câmara dos Deputados) para redução do capital social para 50 (cinquenta) vezes o valor do salário mínimo.

No mesmo sentido a ADI 4637, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) no Supremo Tribunal Federal, alega inconstitucionalidade do dispositivo face ao art. 7º, IV da Constituição Federal; mas somente no que tange o valor mínimo, e não o dispositivo como um todo, bem como a violação ao artigo 170 da Constituição quanto a livre iniciativa ao impor um valor mínimo de capital social.

Outrossim, o empresário está legalmente autorizado a participar de diversas sociedades nas demais sociedades empresárias, em especial na limitada, tal situação não se repete nesta seara por determinação do contida no §2º do artigo 980-A do Código Civil:

“§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.”

Assim como as Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Micro Empresário Individual, que também contém a mesma vedação aos sócios, a presente redação visa evitar um abuso de sociedade e engenharias societárias para competir de forma mais vantajosa no mercado, ou até mesmo fraudar credores e o próprio fisco.

Há de se lembrar que para constituição de uma Eireli a pessoa tem que ser física, conforme instrução normativa 117 do DNRC, sendo que está pessoa somente poderá constituir uma única Eireli.

Entretanto o empresário deverá pensar se quer ter um sócio para dividir as decisões e lucros da empresa ou se prefere enveredar pelo ramo comercial de maneira solo.

Portanto, a escolha do tipo societário depende unicamente da vontade do empresário, pois se não houver o desejo em se associar terá que percorrer sozinho pelo mundo empresarial, mas agora poderá fazê-lo com uma segurança patrimonial maior.

Conclusão

O Direito Empresarial desde do princípio das relações sociais vem constantemente se evoluindo, sendo que o mesmo passou de um negócio de família para sociedade comercial entre amigos, passando ser individualizada pelo empresário individual e na criação do empresário individual com responsabilidade limitada.

O regime jurídico da EIRELI, instituído pela Lei 12.441/2011, é por ser um ordenamento jurídico inovador está sujeito a críticas e adaptações. Temos como uma dessas críticas o fato de exigir para instituição um piso para o capital inicial, que não pode ser inferior a 100 (cem) salários mínimos. Contudo, não há igual restrição às sociedades.

Fato é que por um instante pensou-se que a Eireli aboliria a Sociedade Empresarial, pois se imaginou que empresários deixariam de ser sócios e constituíssem empresas de forma solo.

Isso não ocorrerá, uma vez que a Legislação que instituiu a Eireli limitou a criação deste tipo empresário em uma única empresa por pessoa física.

Neste sentido, não há que se falar em supressão do “*Affetio Societatis*”, tendo em vista que as sociedades comerciais continuarão a ser procurados por empresários que desejam expandir seus negócios, bem como a

Eireli poderá ficar limitada ao Empresário Individual que não quiser ter seu patrimônio pessoal atingido por eventuais responsabilizações.

Não há que se falar, ainda em vantagem ou desvantagens ao Empresário, vez que a escolha pelo tipo empresarial dependerá dos fatores de gestão do negócio, ou seja, se o empresário quer um sócio ou prefere caminhar sozinho pelo empreendedorismo.

Por fim, a Eireli vem para contribuir com a aplicação da real finalidade do “*Affetio Societatis*” e não suprimi-la, visto que os empresários criavam sociedades fictas, ou seja, com sócio de capital ínfimo, para não terem seu patrimônio pessoal atingido. Esta pratica desvirtua o objetivo da sociedade comercial e com a Eireli o empresário que quiser percorrer o caminho comercial sozinho não terá seu patrimônio pessoal resguardado, ressalvado as devidas responsabilidades e as hipóteses de despersonalização da pessoa jurídica.

Bibliografia

1. Unisal Bibliotecas – 2011 - Guia de elaboração de trabalhos Acadêmicos
2. <http://jus.com.br/>
3. <http://www.juridico.com.br/>
4. <http://www.direitonet.com.br/>
5. Código Civil Brasileiro – 2012
6. Código de Processo Civil Brasileiro – 2012
7. Código Comercial Brasileiro
8. Coelho, Fabio Ulhoa / SARAIVA - Manual de Direito Comercial - Direito de Empresa - 24ª Ed. 2012
9. Franco, Vera Helena de Mello / Revista dos Tribunais - Direito Empresarial I
10. FERREIRA, Luís Pinto. Teoria geral do estado. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1975

11. REQUIÃO, Rubens Edmundo. Curso de direito comercial. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009

12. AFFECTIO societatis. In: GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário técnico-jurídico.

-
- 1 FERREIRA, Luís Pinto. Teoria geral do estado. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1975. t. 1. p. 91.
- 2 CARVALHO, Armando José da Costa. Direito, Primeiras Informações. ed. rev. e atua. de acordo com o novo Código Civil. Recife: s/e, 2005. p. 13.
- 3 VENOSA, Silvo de Salvo. Direito Civil: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 301. v. 1.
- 4 VENOSA, Silvo de Salvo. Direito Civil: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 224-227. v. 1.
- 5 BRASIL. Lei n. 6.404,15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 1976. Seção 1, p. 21.
- 6 LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. A Lei das S.A.: pressupostos, elaboração e modificações. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 24. v. 1.
- 7 LAMY FI LH O, Alfredo; PEDREI RA, José Luiz Bulhões. A Lei das S.A.: pressupostos, elaboração e modificações. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 25-29. v. 1.
- 8 REQUIÃO, Rubens Edmundo. Curso de direito comercial. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4. v. 2.
- 9 Curso de Direito Comercial: direito de empresa (São Paulo: Saraiva, 2010. p. 377. v. 2.)
- 10 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro.** 2. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2009. p. 54.
- 11 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Curso de Direito Empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro. 2. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2009. Op. Cit. p. 53-54.
- 12 FERREI RA, Waldemar Martins. Tratado de Sociedades Mercantis. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1952, p. 45-46.
- 13 KASER, Max. Direito Privado Romano. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle do original alemão intitulado: Romisches Privatrecht. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 255.
- 14 03. FERREI RA, Waldemar Martins. Tratado. ..., p. 48.
- 15 VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de Derecho Priv ado Romano. Madrid: Civitas S/A, 1986, p. 519-520.
- 16 BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964, p. 242.
- 17 REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. V. 1, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, 276.
- 18 SANTOS, Theophilo de Azeredo. Manual de Direito Comercial. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 197.
- 19 MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 212
- 20 BORGES, João Eunápio. Curso. ..., p. 16.
- 21 Apud LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Resolução de Acordo de Acionistas por quebra de Affectio Societatis in Direito Societário (S/A e Mercado de Capitais).
- 22 AFFECTIO societatis. In: GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. Dicionário técnico-jurídico, p. 55.
- 23 NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 115 a 116.