



PUC GOIÁS

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS
E DESENVOLVIMENTO – MESTRADO**

JONATHAN AUGUSTO SOUSA E SILVA

**A IMPORTÂNCIA DA EMPRESA INDIVIDUAL DE
RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI PARA O
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DO PAÍS**

**Goiânia
2016**

JONATHAN AUGUSTO SOUSA E SILVA

**A IMPORTÂNCIA DA EMPRESA INDIVIDUAL DE
RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI PARA O
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DO PAÍS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Jean Marie Lambert.

**Goiânia
2016**

JONATHAN AUGUSTO SOUSA E SILVA

**A IMPORTÂNCIA DA EMPRESA INDIVIDUAL DE
RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI PARA O
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL DO PAÍS**

Dissertação defendida no Curso de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, para obtenção do grau de Mestre. Aprovada em ___ de ____ de _____, pela Banca Examinadora constituída pelos seguintes professores:

Dr. Jean Marie Lambert
Prof. Orientador e Presidente da Banca
PUC-GO

Dr. Gil Cesar Costa de Paula
Membro da Banca
PUC-GO

Dra. Cláudia Luiz Lourenço
Externo da Banca
UFG-GO

Aos estudantes que primam pela busca incessante do conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por sempre estar comigo, principalmente nos momentos mais difíceis.

Agradeço a todos do Programa de Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, em especial ao meu orientar Professor Doutor Jean Marie Lambert.

Agradeço a minha esposa, Caroline Maria Félix Rezende, pelo amor, apoio e compreensão.

Agradeço aos meus pais, Gelson Nascimento Silva e Iolanda Sousa e Silva, pelo amor incondicional e pelos ensinamentos e valores transmitidos.

“Não é da benevolência do açougueiro, do
cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso
jantar, mas da consideração que eles têm pelo
seu próprio interesse”.

Adam Smith, em A Riqueza das Nações.

RESUMO

Este trabalho analisa a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada com o objetivo de demonstrar a sua importância para a efetivação do desenvolvimento econômico e social do país. A dissertação analisa de forma sucinta a evolução do comércio e do ordenamento jurídico que versa sobre o tema, além dos princípios que regem o direito empresarial. Aborda-se o princípio constitucional da função social da empresa e as suas repercussões no âmbito social, inclusive com a análise de dispositivos legais e projetos de lei em tramitação, com a finalidade de evidenciar que a livre iniciativa cumpre um papel relevante na sociedade e que a função social da empresa é um princípio que orienta o exercício da atividade empresarial à realização da justiça social. Analisa os motivos que levaram a criação da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, por meio da Lei nº. 12.411/2011, bem como os requisitos legais para a sua constituição, as limitações decorrentes da lei, o regime tributário simplificado e a sua extinção. Evidencia-se a importância da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada para o desenvolvimento econômico e social do país, desde que cumpra com a sua função social, exercendo suas atividades em consonância com a previsão contida no artigo 170, da Constituição Federal. A presente pesquisa teve como referencial teórico os ensinamentos de Alexy sobre os direitos fundamentais e a grande obra econômica de Smith.

Palavras-chave: Empresa Individual de Responsabilidade Limitada; função social da empresa; desenvolvimento econômico e social do país.

ABSTRACT

This work analyses the Individual Limited Liability Company in order to demonstrate their importance for ensuring economic and social development of the country. The dissertation discusses briefly the evolution of trade and the lawful system the principles governing the right business. It addresses the constitutional principle and the social function of the company and its repercussions in the social sphere including the analysis of legal provisions and bills in progress, in order to show that free enterprise plays an important role in society and the social function of the company is a principle that guides the exercise of business activity to the realization of social justice. It analyzes the reasons that led to the creation of the Individual Limited Liability Company, thorough Law n°. 12.411/2011 as well as the lawful requirements for it's constitution, the limitations arising form the law and simplified tax regime and their extinction. It highlights the importance of the Individual Limited Liability Company for economic and social development of the country, provided it complies with is social function, carrying out their activities in line with the provision in article 170, of the Federal Constitution. This research was the theoretical framework Alexy's teaching on fundamental rights and the great economic work of Smith.

Keywords: Individual Limited Liability Company; social function of the company; economic and social development of the country.

SUMÁRIO

RESUMO	06
ABSTRACT	07
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – COMÉRCIO, NORMAS E PRINCÍPIOS	14
1.1 HISTÓRICO.....	14
1.1.1 O Escambo.....	14
1.1.2 A Moeda.....	15
1.1.3 As Corporações de Ofício.....	16
1.1.4 O Artesanato e às Atividades de Empresas.....	17
1.2 EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	19
1.2.1 França.....	20
1.2.2 Alemanha.....	22
1.2.3 Espanha.....	23
1.2.4 Portugal.....	23
1.2.5 Itália.....	25
1.2.6 Brasil.....	27
1.3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO EMPRESARIAL.....	31
1.3.1 Princípio da liberdade de iniciativa.....	32
1.3.2 Princípio da liberdade de concorrência.....	34
1.3.3 Princípio da função social da empresa.....	35
1.3.4 Princípio da liberdade de associação.....	36
1.3.5 Princípio da preservação da empresa.....	37
1.3.6 Princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária.....	38
1.3.7 Princípio da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais.....	39
1.3.8 Princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais.....	40
1.3.9 Princípio majoritário nas deliberações sociais.....	41
1.3.10 Princípio da proteção do sócio minoritário.....	41
1.3.11 Princípio da autonomia da vontade.....	42
1.3.12 Princípio da vinculação dos contratantes ao contrato.....	43
1.3.13 Princípio da proteção do contratante mais fraco.....	44
1.3.14 Princípio da eficácia dos usos e costumes.....	45
1.3.15 Princípio do Direito Cambiário.....	45
1.3.16 Princípio da inerência do risco.....	46
1.3.17 Princípio do impacto social da crise da empresa.....	47
1.3.18 Princípio da transparência nos processos falimentares.....	47
1.3.19 Princípio do tratamento paritário dos credores.....	48
1.3.20 Princípio da legalidade e a exploração da atividade empresarial.....	48
CAPÍTULO 2 - A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	49
2.1 O ESTADO MODERNO.....	49
2.1.1 Idéia de Liberdade na Sociedade Moderna.....	49
2.1.2 Estado Liberal e Capitalismo.....	51

2.1.3 O Direito Moderno e a Economia.....	53
2.1.4 Institutos no Estado Moderno.....	54
2.1.4.1 Propriedade.....	54
2.1.4.2 Contrato.....	55
2.1.4.3 Atos de comércio.....	56
2.2 O ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL E A FUNÇÃO SOCIAL.....	57
2.2.1 Do Estado liberal para o Estado do bem-estar social.....	57
2.2.2 Função social do Direito.....	60
2.2.3 A Propriedade e o Contrato no Estado Social.....	61
2.2.3.1 A função social da propriedade.....	61
2.2.3.2 A função social do contrato.....	62
2.3 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	63
2.3.1 Teoria da Empresa.....	63
2.3.2 Criação do Direito Econômico.....	65
2.3.3 A função social da empresa no ordenamento jurídico brasileiro.....	67
2.3.3.1 Classificação da empresa.....	67
2.3.3.2 Princípio constitucional da função social da empresa.....	68
2.3.4 Normas infraconstitucionais e a função social da empresa.....	72
2.3.5 A função social da empresa e o direito-custo.....	76

CAPÍTULO 3 - EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA – EIRELI.....	79
3.1 ASPECTOS GERAIS DA EIRELI.....	80
3.1.1 Questões relevantes.....	80
3.1.2 Responsabilidade limitada.....	81
3.1.3 Aspectos contábeis e fiscais.....	83
3.1.4 Natureza Jurídica.....	84
3.2 CONSTITUIÇÃO DA EIRELI.....	85
3.2.1 Requisitos da forma.....	85
3.2.2 Exigência de capital mínimo.....	86
3.2.3 Ilegalidade e inconstitucionalidade da disciplina.....	87
3.2.4 Registro da EIRELI.....	89
3.2.5 Norma subsidiária.....	90
3.3 FIGURA JURÍDICA DA EIRELI.....	91
3.3.1 Limitações da empresa individual.....	91
3.3.2 Expressão EIRELI.....	92
3.3.3 Transformação em EIRELI.....	93
3.3.4 A descontinuidade regular da EIRELI.....	95
3.4 A RESPONSABILIDADE DA EIRELI.....	96
3.4.1 Patrimônio de Afetação.....	96
3.4.2 Passivos trabalhistas e tributários.....	98
3.4.3 A desconsideração da personalidade jurídica.....	99
3.4.4 Patrimônio individual.....	101
3.5 REGIME TRIBUTÁRIO DA EIRELI.....	102
3.6 A DISSOLUÇÃO DA EIRELI.....	104
3.6.1 Dissolução regular e irregular da empresa individual.....	104
3.6.2 Dissolução judicial da empresa individual.....	106
3.6.3 Paralisação da empresa individual.....	107
3.6.4 Liquidação e extinção.....	108
3.7 RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DA EIRELI.....	109

3.7.1 Recuperação Judicial.....	109
3.7.2 Recuperação extrajudicial.....	111
3.7.3 Falência.....	112
3.8 A IMPORTÂNCIA DA EIRELI.....	112
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	119
REFERÊNCIAS.....	122

INTRODUÇÃO

Atualmente existe um cenário de grave crise econômica em que o governo parece não ter mais o controle da economia. Todas as medidas pertinentes para solução deste problema de âmbito internacional são bem-vindas, inclusive a fomentação do empreendedorismo por meio de medidas que facilitam a constituição de empresas e que simplificam a arrecadação de impostos com a diminuição da carga tributária.

O fator motivacional para o exercício da atividade empresarial é o lucro, mas o empresário “é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções” (SMITH, 1996, p. 430) que é bem estar da sociedade.

Apesar de o risco ser inerente a toda e qualquer atividade empresarial, a responsabilidade ilimitada do empresário inibe a constituição de novas empresas, pois nem todas as pessoas estão dispostas a correr tamanho risco para auferir lucro. Conforme Tomazette (2014, p. 54):

Em razão disso, o direito criou técnicas de limitação de responsabilidade para incentivar o desenvolvimento da própria economia, incentivando que as pessoas apliquem seus recursos em atividades econômicas produtivas, sem, contudo correr riscos extremos de perda de seu patrimônio.

Estas técnicas de limitação de responsabilidade estão de forma originária ligadas à idéia de sociedades personificadas, em que a sociedade possui o risco da atividade, enquanto que o sócio responde de forma limitada.

Com a finalidade de limitar a responsabilidade, constituíam-se sociedades de fachada ou, como alguns preferem denominar, sociedades de “faz-de-conta”, em que um dos sócios detinha quase a totalidade do capital social e o outro, o sócio minoritário, possuía quotas mínimas suficientes para a constituição da sociedade limitada, que se tratava de uma sociedade de direito, mas não de fato.

Sendo assim, o legislador se deparou com a necessidade de criar uma nova modalidade de pessoa jurídica que pudesse ser constituída por uma única pessoa com limitação de riscos.

Os doutrinadores inicialmente apontaram que o legislador teria duas opções, sendo a primeira a criação da figura jurídica do “empresário individual de responsabilidade limitada”, que ao iniciar o exercício de suas atividades deveria constituir um patrimônio de afetação, que seria registrado na Junta Comercial e não

se confundiria com o seu patrimônio pessoal, e a segunda opção seria a criação da “sociedade limitada unipessoal” em que não se exigiria a pluralidade dos sócios e permitiria que uma única pessoa fosse titular de 100% (cem por cento) das quotas.

Essas duas figuras jurídicas tinham o mesmo o objetivo que era possibilitar o exercício da atividade empresarial pelo empreendedor individual com limitação dos riscos, ficando resguardado o seu patrimônio pessoal.

O legislador escolheu criar outra modalidade jurídica que se assemelha as duas retro mencionadas. Com base na Lei nº. 12.441/2011 criou-se a “Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI”.

A doutrina não poupou críticas ao legislador, sob o argumento de que este não conhecia a distinção de “empresa (atividade econômica organizada) e empresário (pessoa que exerce atividade econômica organizada)” (RAMOS, 2014, pg. 65) e, em decorrência desta distinção, o ideal é que então tivesse sido criada a figura do “empresário individual de responsabilidade limitada”.

Em que pese às críticas, a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI foi criada com a mesma finalidade daquelas duas figuras jurídicas sugeridas pela doutrina, ou seja, permitir o exercício de atividade empresarial por uma única pessoa com a sua responsabilidade limitada ao capital social.

Ademais, a criação da EIRELI objetivou solucionar o problema das sociedades “faz-de-conta”, como também fomentar o empreendedorismo, pois o interessado em constituir uma atividade empresarial não ficará inibido com a ilimitação de responsabilidade, bem como não precisará mais procurar um sócio “laranja” para constituir uma sociedade limitada.

Objetivou-se ainda facilitar a regularização da atividade pelos empreendedores que exercem suas atividades na informalidade.

Para incentivar empreendedorismo, o legislador permitiu a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI a possibilidade de se enquadrar no Simples Nacional, se forem atendidos os requisitos previstos na Lei Complementar nº. 123/2006, proporcionando as vantagens do regime tributário simplificado.

O primeiro capítulo da pesquisa se dedica ao estudo da evolução do comércio e dos ordenamentos jurídicos que regem a matéria e, ao final, é realizada uma análise dos princípios que incidem sobre o Direito Empresarial.

Segundo Tomazette (2014, p. 3), “A palavra *comércio* tem sua origem no latim *commutatio mercium*, que significa troca por mercadorias”. Requião (2007, p. 4)

complementa: “Como fato social e econômico, o comércio é uma atividade humana que põe em circulação a riqueza produzida, aumentando-lhe a utilidade”.

No segundo capítulo é realizada uma abordagem sobre a função social da empresa, realizando primeiramente uma análise dos institutos do direito privado no âmbito do Estado moderno e do Estado social, incluindo a função social do Direito.

Nas palavras de Mamede (2015, p. 47): “A função social, portanto, é elemento inerente a cada faculdade jurídica e, portanto, sua adequada compreensão exige considerar seus fins econômicos e sociais”.

Em seguida, realiza-se uma análise da função social da empresa com ênfase na esfera do Direito Constitucional, evidenciando tratar-se de um princípio implícito extraído dos artigos 5º, inciso XXII e 170, ambos, da Carta Magna.

O princípio constitucional da função social da empresa, na opinião de Mamede (2015, p. 47) “conduz ao enfoque da livre iniciativa não por sua expressão egoísta, como trabalho de um ser humano em benefício de suas próprias metas, mas como iniciativa que, não obstante individual, cumpre um papel na sociedade.”

Por fim, o segundo capítulo dedica-se ao estudo da função social da empresa com enfoque nas normas infraconstitucionais, inclusive no Projeto de Lei nº. 1572/2011, em tramitação na Câmara dos Deputados e no Projeto de Lei nº. 487/2013, sob análise do Senado, os quais visam à aprovação do novo Código Comercial.

O terceiro capítulo se concentra no estudo sobre a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, abordando os motivos da sua criação legislativa, o incentivo ao empreendedorismo e os requisitos legais desde a sua constituição até a sua extinção, incluindo breve análise sobre o enquadramento tributário.

Para elaboração do trabalho foi realizada pesquisa bibliográfica, partindo dos ensinamentos de Alexy sobre os direitos fundamentais, percorrendo a grande obra econômica de Smith, para compreensão dos efeitos decorrentes do exercício da atividade empresarial para a sociedade.

O objetivo central desta dissertação é demonstrar a importância de criar mecanismos para incentivar o empreendedorismo, atendendo, em última análise, os interesses da sociedade e, de conseqüência, promover o desenvolvimento econômico e social do país.

CAPÍTULO 1 – COMÉRCIO, NORMAS E PRINCÍPIOS

1.1 HISTÓRICO

A importância do desenvolvimento do comércio para a humanidade é constatada quando se observa que em tempos remotos os grupos humanos viviam isolados com o objetivo de sobrevivência, buscando elementos necessários para se manterem vivos, enquanto que nos dias atuais a humanidade desfruta de qualidade de vida, com o comércio globalizado, tendo assim a sua disposição o necessário para a sua existência, como alimentação, medicação, roupas, educação e para a sua satisfação pessoal, incluindo o lazer e o entretenimento.

Segundo Mamede (2015, p. 1), “a história da humanidade pode ser contada como a história do desenvolvimento econômico”. A constatação apresentada decorre do fato de que os esforços individuais e a livre iniciativa com o objetivo de obter riquezas e benefícios pessoais acarretaram benefícios para toda a humanidade.

1.1.1 O Escambo

O exercício do comércio somente ocorreu após a superação da fase primitiva em que o homem, ao invés de tomar o que lhe interessava, iniciou a atividade econômica pelo estabelecimento de relações comerciais por meio do escambo e em seguida mediante a utilização de moedas.

Os Egípcios tornaram-se os primeiros comerciantes conhecidos em razão da sua agricultura. A produção agrícola era privilegiada por conta do Rio Nilo, mas não havia pastagens nem pastoreio.

Por conta do desenvolvimento nesta área surgiram às habitações fixas, findando o modo de vida nômade. Surgiu também a necessidade de segurança do território, ordem, administração da justiça, sendo de se ressaltar que estas necessidades não existiam na vida nômade.

O rio Nilo modelou a vida daquele povo, sendo certo que o Egito, muito antes de Cristo, já demonstrava um desenvolvimento considerável.

Neste período até a primeira parte da Idade Média os povos viveram a fase do escambo, ou seja, em que havia a troca de mercadorias sem a utilização de moedas.

Com o passar do tempo, o comércio que até em então era uma atividade insignificante na vida econômica dos povos, restrito a objetivos de luxo e pequenos de fácil transporte, foi se desenvolvendo.

1.1.2 A Moeda

A troca de mercadorias gerou alguns inconvenientes, eis que nem sempre era possível a sua realização, pois as mercadorias a serem trocadas podiam não corresponder com as necessidades ou interesses da outra parte. Sendo assim, se fez necessário o surgimento de uma mercadoria que pudesse ser trocada por qualquer outra, o que ensejou o surgimento da moeda. Nas palavras de Smith (1996, p. 81):

Foi dessa maneira que em todas as nações civilizadas o dinheiro se transformou no instrumento universal de comércio, através do qual são compradas e vendidas – ou trocadas entre si – mercadorias de todos os tipos.

Os fenícios foram importantes no desenvolvimento do comércio. Estes povos fizeram prosperar seus impérios coloniais, com o apoio nas trocas de metais, inclusive de estanho, que era à base da moeda na época. A posição geográfica desses povos facilitava a navegação e o comércio marítimo.

Ademais, com perspicácia peculiar, os fenícios observavam os costumes dos vários povos com os quais mantinham relações comerciais e com rapidez levavam a aqueles as mercadorias que necessitavam e desejavam.

Em relação às atividades comerciais da época observamos nas palavras de Lemos Junior (2009, p.32) que:

Desde o ano 1300 a.C., os fenícios intermediavam as trocas de produtos entre assírios e babilônicos, bem como entre os egípcios e os ocidentais, ação essa que se desenvolvia com um surpreendente grau de sofisticação, guardadas as limitações tecnológicas da época. Os babilônios, no seu comércio interno, detinham um destacado grau de organização e, a despeito de não possuírem moeda cunhada, utilizavam-se de metais preciosos (denominados siclo), aos quais atribuía-se certo valor que, por sua vez, eram amplamente aceitos nas trocas. Além disso, também eles inventaram o título de crédito e eram dados a práticas usuárias.

Em seguida, os gregos sucederam na atividade comercial os fenícios, sendo que do século XII a VIII a.C. prevalecia na Grécia a econômica doméstica e após esse período no século V até III a.C. ocorreu a expansão do sistema econômico.

Posteriormente, os etruscos que eram grandes comerciantes e navegadores substituíram os gregos. Após o ano de 600 a.C., a Etrúria, enfraquecida com os ataques dos povos inimigos, foi dominada pelos romanos.

Os romanos aperfeiçoaram o direito de trocas e a produção de objetos destinados ao comércio. Naquela época a ampliação do comércio decorreu da necessidade de atender os interesses do Império, bem como para a subsistência das cidades que cresciam.

Interessante observar que uma das conseqüências geradas pela expansão do setor monetário da economia foi o aumento dos preços em decorrência da entrada da quantidade de mais moedas em circulação em uma região, ficando assim em situação desvantajosa aqueles que viviam de renda fixa.

1.1.3 As Corporações de Ofício

Em razão da expansão do intercâmbio de mercadorias, surgiram as companhias mercantis e as sociedades por ações. Os romanos criaram o *ius mercatorum*, que disciplinava o direito criado pelos mercadores e regulava as suas atividades. Esse direito decorria dos estatutos das corporações mercantis, bem como das jurisprudências dos tribunais e dos costumes.

Sobre as corporações, Lemos Junior (2009, p.34) ensina que:

A corporação estabelece, por meio de seus próprios estatutos, uma regulação das relações comerciais vinculativa, não apenas para os comerciantes membros da corporação, incluindo os artesãos, mas também para terceiros, não comerciantes, que com esses estabelecessem contato. Assim, a corporação cria em seu núcleo jurisdições mercantis, exercidas por juízes-comerciantes que, além da competência para conhecerem das questões controvertidas, conhecem das causas entre comerciante e não comerciantes.

Naquela época o *ius civile* (direito privado) era fonte subsidiária do *ius mercatorum*. Neste sentido, o Direito Civil contribuiu na regulação do Direito Comercial, em razão das disposições referentes às obrigações e os contratos, sendo que somente em 1833, em Portugal, é que podemos encontrar o Direito Comercial autônomo.

Para os romanos somente em razão da posição social do indivíduo é que poderiam ser concedidos privilégios legais, o que não se poderia ser concebido em razão do trabalho por ele exercido, o que traduzia em um impedimento para a criação de um direito de classe, com prerrogativas aplicadas somente a um segmento profissional.

Os romanos foram de grande importância para comércio, tendo inventado a sociedade por ação, bem como organizado os instrumentos fundiários de pagamentos, sendo que a partir de tais instrumentos foram constituídos o direito ao crédito.

Em decorrência da prática do comércio no século II em Roma ensejou o surgimento de uma elite de ricos capitalistas, pois eram abundantes as transações comerciais entre o Império Romano e os outros povos.

Durante a hegemonia do Império Romano as regiões litorâneas do Mediterrâneo eram divididas entre o Ocidente Latino e o Oriente Grego. Com a queda do referido Império, os países francos e sarracenos voltaram-se para a economia agrícola e entre aquelas duas áreas surgiu Constantinopla que se tornou, por muitos séculos, a capital do comércio mundial. Ademais, as antigas cidades romanas começaram a ser repovoadas, com a intensificação do êxodo dos feudos.

1.1.4 O Artesanato e às Atividades de Empresas

Um dos fatores que acarretaram a ascensão da classe mercantil medieval foi à concentração de força de trabalho urbana, com a grande migração do campo. Em virtude da crise do sistema feudal, os servos, explorados pelos senhores feudais, deram lugar aos artesãos. Os comerciantes passaram a encomendar bens para os artesãos, com o escopo de negociar e auferir lucros.

É certo que os artesãos eram explorados pelos comerciantes, pois em que pese serem proprietários dos instrumentos de produção, estes se encontravam separados dos mercados de matérias-primas e do mercado de consumo, de tal forma que era o comerciante que decidia o que seria produzido, qual a quantidade e o preço dos bens.

A exploração não decorria somente de fatores econômicos, como também política e social, eis que os artesãos e os agricultores eram proibidos de vender os seus produtos para as pessoas que não fossem do município, e, no comércio local,

somente poderiam vender a retalhos, ficando reservada a maior parte do comércio para os membros das corporações mercantis. Tais fatores impediam que os artesãos melhorassem financeiramente e se livrassem das relações de dependência com o comerciante.

Por ocasião da invasão dos mouros ao sul da Europa e dos normandos ao norte, o comércio marítimo foi interrompido. Em virtude da impossibilidade de escoamento da produção, tornou-se desnecessária a produção de excedentes, restringindo ao necessário ao consumo interno.

Com a reabertura das vias comerciais, no século XI, entre o Sul e o Norte da Europa, ocorreu o renascimento do tráfico mercantil e a crise do sistema feudal. A abertura dos portos proporcionou a criação de pólos comerciais.

Em decorrência do aumento da demanda, bem como da necessidade de elevado nível de organização, os comerciantes fixaram os seus estabelecimentos em caráter de permanência, geralmente em localidades que pudessem proporcionar segurança e água potável. O repovoamento das cidades romanas antigas foi de responsabilidade também dos comerciantes.

Para a fixação do estabelecimento havia inclusive apoio do poder público como política pública desenvolvimento econômico, podendo ser citado o município de Bolonha, que em 1230, proporcionou aos artesãos, que se deslocassem para o referido município com o objetivo de estabelecer empresa têxtil, empréstimo pelo período de 5 (cinco) anos, bem como a isenção fiscal por 15 (quinze) anos.

Em razão do poder econômico, bem como da relevância dos comerciantes na vida das comunidades, criou-se condições para influenciar na política e, de conseqüência, os permitiu a regulamentação normativa das suas atividades.

Apesar de existirem normas regulando atos da atividade comercial desde a Antiguidade, somente a partir desta época é que ocorreu a criação de um Direito Comercial distinto do Direito comum, com a construção de normas com valores e princípios próprios. A primeira obra que reconheceu a autonomia do Direito Privado é de Balducci Pegolotti, datada de 1343, *Pratica della mercatura*.

As operações entre o comerciante e os agricultores e artesãos eram parecidas com uma empreitada, isto porque o comerciante adiantava os valores para os insumos e escolhia o que seria produzido e qual a quantidade da produção.

Os comerciantes eram os intermediários ficando entre o produtor e o consumidor. Os artesãos eram privados do acesso aos insumos e do mercado

consumidor, por questões logísticas e até mesmo legais, o que impedia o seu desenvolvimento com o objetivo de tornar-se independente do comerciante.

Os comerciantes eram considerados os únicos empresários por exercerem de maneira organizada e com o objetivo de lucro a atividade especulativa, sendo responsáveis pela circulação das riquezas, havendo de se ressaltar que o comércio impulsionava a economia.

As cidades medievais se desenvolveram com base na economia de troca, sob a autoridade da Igreja e do Império. Com o passar dos anos ocorreu à multiplicação dos tipos de produtos que eram objetivo de comercialização, adquirindo relevância a prestação de serviços.

No século XVI, os artesãos ganharam maior independência, sendo que alguns foram capazes de acumular capital e manter contato com o mercado consumidor, passando a contratar artesãos menos prósperos.

Na Holanda e na Inglaterra, no século XVII, foram criadas as Companhias das Índias, que eram grandes empresas multinacionais com atividades em quatro continentes, com investidores em toda a Europa e constituídas de forma parecida com as modernas sociedades anônimas.

A partir do fim do século XVIII as atividades passaram por transformações, isto porque os pequenos artesãos e comerciantes foram aniquilados, tendo surgido os grandes empreendimentos industriais que passaram a explorar a produção em larga escala, utilizando-se novas técnicas de produção e mão-de-obra assalariada.

A atividade comercial no século XIX começou a perder o seu brilho em razão do processo de industrialização na América do Norte e na Europa Ocidental, o que acarretou o surgimento de novas oportunidades de acumular riquezas. Isso fez com que aqueles que se dedicavam somente a atividade comercial passassem a se interessar pela produção de bens para o mercado consumidor e a prestação de serviços.

1.2 EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A evolução histórica do direito comercial pode ser dividida em quatro fases. Na primeira fase, que ocorreu entre a segunda metade do século XII e a segunda do XVI, o Direito Comercial era aplicado exclusivamente aos comerciantes, sendo estes os integrantes de uma corporação de ofício, com jurisdições próprias, cujas decisões

eram fundamentadas nos usos e costumes. Neste período já existiam os bancos, o seguro e a letra de câmbio.

Na segunda fase, nos séculos XVI a XVIII, o Direito Comercial ainda era aplicado aos comerciantes na Europa, enquanto que na Inglaterra com o desenvolvimento da *Common Law* não havia distinção entre as atividades comerciais e civis. Nesta época havia um importante instituto que era a sociedade anônima, sendo esta mais adequada aos empreendimentos de expansão colonial se comparada às sociedades então existentes.

Na terceira fase, que ocorreu entre o século XIX e a primeira metade do século XX, com a entrada em vigor do Código Comercial Francês, o Direito Comercial superou o critério subjetivo, deixando de ser um direito aplicável a determinadas pessoas para ser aplicado a determinados atos. Adotou-se assim a teoria dos atos do comércio como critério de aplicação do Direito Comercial.

A quarta fase iniciou-se em 1942 com o *Codice Civile* da Itália, que reuniu as normas de direito privado, isto é, o Direito Civil e o Comercial em um único diploma legal. Há que se ressaltar que o núcleo do Direito Comercial passou a ser empresa e não mais os atos de comércio.

No estudo da evolução do ordenamento jurídico, convém registrar que existem dois sistemas de disciplina privada da economia no direito de tradição romana. Com base nos ensinamentos de Coelho (2015, p.28), temos:

o francês, em que as atividades econômicas agrupadas em dois grandes conjuntos, sujeitos a sub-regimes próprios, qualificam-se como civis ou comerciais; e o italiano, em que se estabelece o regime geral para o exercício das atividades, do qual se exclui a exploração de algumas poucas, que reclamam tratamento específico.

Antes de adentrar na evolução do ordenamento jurídico brasileiro, convém realizar uma breve análise do surgimento e desenvolvimento no Direito Comparado, principalmente em relação ao Direito Português e Italiano que influenciaram o Direito Comercial Brasileiro.

1.2.1 França

Na França a regulamentação do comércio surgiu a partir de duas *Ordonnances* de Luís, sendo que a primeira de 1673 tratava do comércio terrestre e a segunda de 1681 do comércio marítimo. Estas normas foram à base para a

elaboração do *Code de Commerce* em 1808, conhecido por Código Mercantil Napoleônico.

Foi neste Código Comercial que apareceu pela primeira vez a referência a empresa, em seu artigo 632. Este artigo enumerava as atividades que eram consideradas atos de comércio.

Importante observar que para adquirir a condição de comerciante não bastava à prática de um único ato comercial, se fazendo necessário o exercício reiterado em caráter profissional e estável, de tal forma que a prática eventual não tornava a pessoa comerciante, sendo imprescindível a habitualidade.

Inicialmente a interpretação dada ao artigo 632 era que este apresentava um *rol* taxativo dos atos de comércio. Posteriormente, a Corte de Cassação, entendeu, mudando o seu posicionamento, que o referido *rol* era exemplificativo.

Acerca da influência do Direito Comercial Francês, Lemos Junior (2009, p.52) assevera:

Os franceses foram os primeiros a perceber a importância de determinadas atividades que, independentemente de não estarem relacionadas com uma concepção mais restrita de comércio, tinham uma importância destacada no tráfego econômico. O seu Direito Comercial influenciou significativamente a legislação de um grande número de países no mundo, sobretudo em decorrência das invasões francesas. Há algum tempo vem se percebendo uma evolução da disciplina da empresa na França. A sua noção, em tempos mais recentes, vem sendo objetivada, a assemelhando-se ao conceito corrente de estabelecimento, sendo esta a posição que alguns autores apontam ter sido sufragada pela doutrina alemã.

O sistema francês desenvolveu a teoria dos atos de comércio, que possibilitou que o Direito Comercial deixasse de ser específico de uma categoria profissional, passando a reger atos que poderiam ser praticados por qualquer pessoa.

Vale salientar que, em relação à evolução histórica do Direito Comercial, a terceira fase teve início com *Code de Commerce* em 1808, o qual adotou a teoria dos atos de comércio, acarretando assim a incidência destas normas com base em determinados atos previstos no referido código.

Estes atos abrangidos no *Code de Commerce* eram atividades profissionais da burguesia e tal fato explica o motivo pelo qual a negociação de imóveis não se encontrava neste *rol*, eis que as atividades de exploração da terra eram típicas dos senhores feudais.

Em um contexto histórico e político, convém observar que na França a burguesia teve que se organizar enquanto classe social para tomar o poder político da nobreza feudal e por isso preservou em direito próprio as atividades lucrativas que exercia.

Em 2000, com a edição do novo *Code de Commerce*, houve a manutenção da teoria dos atos do comércio como núcleo do Direito Comercial na França. No *rol* dos atos foram acrescentadas a compra de imóveis para revenda e as operações no mercado financeiro.

Interessante consignar que ainda hoje existe na França uma jurisdição especial (Tribunais de Comércio) para o comerciante, o que foi extinto por quase todos os países europeus e inclusive no Brasil.

1.2.2 Alemanha

Em 1900 entrou em vigor o Código Comercial Alemão (*Handelsgesetzbuch* ou HGB). O referido código foi aprovado em 1897, sendo a última das codificações oitocentistas.

O HGB tem como característica marcante o subjetivismo, uma vez que o Direito Comercial se caracteriza como um direito de classe, sendo que a sua aplicabilidade decorre do exercício de atividade comercial.

Em sintonia com o *Code de Commerce* da França, o HGB, em sua redação original, também apresenta um *rol* considerando comerciais algumas atividades que devem ser organizadas sob a forma de empresa em virtude da complexidade. O *rol* constante do HGB se assemelha ao constante no Código Comercial da França.

Há que ressaltar que foi na Alemanha a criação de algumas importantes construções teóricas, como, por exemplo, a teoria da personalidade de Endemann. Para o referido autor, a empresa estaria tendente a personificar-se, de tal forma que a empresa teria uma individualidade distinta do empresário, que seria tão somente o seu representante.

Neste país, também foi desenvolvida a doutrina da “Empresa em si”, segundo a qual a empresa possuía um interesse em si e não representava apenas os interesses dos sócios.

A importância da empresa para o Direito Privado já era anunciada pelos alemães desde o final do século XIX, o que restou verificado com a unificação do referido direito ocorrida em 1942 na Itália.

Em 1998, ocorreu a modificação dos dois primeiros parágrafos do HBG, oportunidade em que foi excluída a listagem que existia, sendo considerado comerciante quem exerce atividade comercial. Entretanto, o empresário ainda é considerado uma espécie do gênero comerciante.

1.2.3 Espanha

Entre os anos de 1830 a 1886, vigorava na Espanha uma mistura das Ordenações de Bilbao e da Codificação Francesa. Em 1885 foi aprovado o Código Comercial Espanhol que entrou em vigor em 1886 e que vigora até hoje.

No mesmo sentido que o Código Comercial Francês, o Código Espanhol indica quais são as atividades consideradas atos de comércio.

A empresa não conta com uma disciplina própria, razão pela qual é regulamentada através do comerciante. Em que pese à ausência de referências na codificação, alguns juristas colocam a empresa como elemento nuclear do Direito Comercial.

Para o Código Comercial Espanhol, é considerado comerciante aquele que exerce profissionalmente de forma organizada as atividades direcionadas para o comércio, indústria e prestação de serviços, com exceção da atividade intelectual e artística.

1.2.4 Portugal

Em Portugal, na época em que se aplicava do Código de Justiniano, havia ampla produção legislativa, embora desorganizada, razão pela qual a partir do século XV, sentiu-se a necessidade de sistematizar o Direito Português.

Com o objetivo de sanar as queixas da população, D. João I determinou a compilação e a hierarquização do Direito Português. Os trabalhos foram concluídos entre 1446 e 1447 por D. Pedro, ocasião em que criaram as Ordenações Afonsinas, que reunia as diversas fontes de Direito que eram aplicadas em Portugal.

As Ordenações Afonsinas continham disposições sobre o comércio, de tal forma que regulava os atos comerciais, estabelecia jurisdição comercial e reconhecia a categoria dos comerciantes.

Diante da importância do comércio, constatou-se a necessidade de regulamentar de forma mais específica, sendo que em 1769 publicou-se a Carta da Lei Portuguesa, também conhecida por Lei da Boa Razão. Até então, não se podia afirmar que o Direito Comercial Português era autônomo.

A autonomia legislativa ocorreu no ano de 1833, com a promulgação do Código Comercial Português, trabalho de Ferreira Borges, que entrou em vigência a partir de 1834. Foi neste Código, que pela primeira vez se fez referência à empresa na legislação de Portugal.

O referido Código fez a equiparação entre comerciantes e empresários, inclusive em relação aos que não exerciam atividades comerciais, mas relacionadas com o comércio. Pouco tempo após entrar em vigor, o Código Comercial se mostrou desatualizado, razão pela qual, em 1859, iniciou-se o trabalho para a elaboração do novo código.

Em 1889, entrou em vigor o novo Código Comercial que vigora até hoje, tendo este sido influenciado pelo *Code de Commerce* da França, principalmente no artigo 230 que trata da empresa.

Em análise ao artigo 230 do Código Comercial Português, Lemos Junior (2009, p.62) aduz que:

O art. 230 do Código Comercial Português prevê determinadas atividades, a qual reputam comerciais, qualificando então como comerciante o empresário que organiza as referenciadas empresas. Parte-se, portanto, da atividade exercida para, então, qualificar o empresário como comerciante. Resulta evidente que a empresa, nos termos do mencionado artigo, é tratada em sentido subjetivo ou funcional (referindo-se à atividade). Assim, ao mencionar a empresa, o Código está aludindo, na verdade, ao empresário (*"Haver-se-ão por comerciais as empresas, individuais ou coletivas, que se propuserem..."*).

A maioria dos doutrinadores portugueses entende que não se deve ampliar o rol de empresa além do que consta no artigo 230 do Código Comercial Português. A minoria, sob influência da doutrina italiana, entende ser possível a referida ampliação.

1.2.5 Itália

A Itália tem o mérito de ter uma produção bem elaborada sobre o Direito Comercial, além de ser o primeiro país a passar a jurisdição comercial das corporações para o Estado.

A primeira codificação vigente na Itália foi a francesa, em virtude da conquista do Reino Italiano pela França. Tratava-se de uma versão traduzida do *Code de Commerce*, publicada em 1808 na Itália. A referida codificação vigorou até a desocupação pelos franceses, o que ocorreu em 1814.

Sob o título *Regulamento Provisorio di Commercio*, o Código traduzido ainda sobreviveu em muitas províncias. Em 1842, foi publicado o Código Albertino, considerado a base para realizar a unificação legislativa na Itália em 1865.

O novo Código Comercial Italiano foi promulgado em 1882 e entrou em vigor em 1883. Em seu artigo 3º, havia um *rol* exemplificativo de empresas que não exerciam atividade comercial, mas que eram qualificados como comerciantes e que ficavam sujeitos a disciplina do referido Código.

Em 1892, Vivante em aula inaugural de seu curso na Universidade de Bolonha defendeu o fim da autonomia do Direito Comercial, apresentando como argumento o fato de que as normas eram elaboradas com base na prática mercantil em proveito dos comerciantes sujeitando pessoas que não eram comerciantes, isto sem falar que havia desnecessária discussão sobre a natureza civil ou mercantil do foro, e, de conseqüência, nos procedimentos, regras de competência, prazos processuais e, por fim, da insegurança advinda do *rol* exemplificativo de previsão das atividades consideradas atos de comércio.

Apesar das críticas à autonomia deste ramo do direito, Vivante em 1919, depois de ser nomeado presidente da comissão de reforma da legislação na Itália, apresentou um projeto de Código Comercial desconsiderando a tese de unificação do Direito Privado.

Em 1942, de forma pioneira o Código Civil Italiano unificou o Direito Privado, passando a disciplinar a matéria civil e a comercial, que era assunto defendido pioneiramente pelo jurista brasileiro Teixeira de Freitas, evidenciando assim a comercialização do Direito Civil.

A entrada em vigor do *Código Civile* de 1942 inaugurou a quarta e última fase da evolução histórica do Direito Comercial em relação aos países de tradição romanística.

Registra-se que a unificação do direito privado já havia ocorrido na Suíça, desde 1881, entretanto, a importância do Código Italiano decorreu não só do fato da unificação, mas também da substituição da teoria dos atos de comércio. Em outros termos, a sua importância não decorreu simplesmente da unificação da matéria civil e comercial em um único diploma legal, mas principalmente em uma construção doutrinária que substituiu e superasse o sistema francês.

O referido Código regulamentou as questões comerciais sob a ótica do empresário, regulando a empresa por meio do seu sujeito, ignorando desta forma o conceito de ato de comércio.

O comerciante passou a ser considerado uma das espécies de empresário, sendo que o Código Civil Italiano de 1942 deu importância às questões relativas às organizações das atividades produtivas, da indústria, do comércio e da prestação de serviços.

Analisando o sistema italiano, Coelho (2015, p.34) assim conceitua empresa:

Conceitua-se empresa, como sendo *atividade*, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia).

Neste sentido, a empresa é vista como a atividade econômica, profissional e organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

É certo que o sistema italiano baseado na teoria da empresa superou o sistema francês sintetizado na teoria dos atos de comércio, o que se constata nas legislações a partir do século XX, que não mais dividem o Direito Privado em comercial e civil.

Interessante notar que atualmente na França o seu sistema encontra-se bastante descaracterizado o aproximando do sistema italiano.

O Direito Brasileiro foi fortemente influenciado pelo Código Civil Italiano, reproduzindo diversos artigos.

1.2.6 Brasil

Com a chegada da Coroa Portuguesa, um fator determinante para a independência do Brasil e inclusive para o seu desenvolvimento econômico foi à abertura dos portos brasileiros ao comércio estrangeiro pelo Príncipe Regente de Portugal, por meio da Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, influenciado por José da Silva Lisboa, Visconde de Cairu.

Além da abertura dos portos, naquele ano também foi permitido, em virtude do Alvará de 1º de abril, o estabelecimento de fábricas e o exercício da indústria e comércio.

Em 23 de agosto do mesmo ano foi instituído o Tribunal da Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação, sendo que em 12 de outubro foi criado o Banco do Brasil.

Nesta época eram aplicadas no Brasil as leis vigentes em Portugal, o que foi causa de grande instabilidade social, em virtude da possibilidade aplicação de inúmeras leis em decorrência da autorização contida na Lei da Boa Razão, que permitia que fossem aplicadas de forma subsidiária as leis das nações cristãs, iluminadas e polidas.

Em 1832 foi nomeada uma comissão pela Regência em nome do Imperador formada por quatro integrantes para a criação de um Código Comercial.

Em 1846, por ocasião da elaboração do Código, foi discutida a possibilidade de apresentar um *rol* taxativo dos atos do comércio, o que foi desconsiderado em razão da imprecisão da teoria.

Em 1850 foi promulgado o Código Comercial Brasileiro, Lei nº. 556/50, tendo este entrado em vigência em 01 de janeiro de 1851, adotando a Teoria dos Atos do Comércio, inspirado no *Code de Commerce*.

Estabeleceu-se uma Dicotomia do Direito Privado, entre o Direito Comercial e o Direito Civil. Vale salientar que o Direito Civil foi disciplinado basicamente pelas Ordenações Filipinas de Portugal, editadas por volta do ano de 1600, até o ano 1917, quando entrou em vigor o primeiro Código Civil Brasileiro.

Diferentemente dos demais códigos comerciais, inclusive o da França e do Itália, o Código Comercial Brasileiro não continha um *rol* taxativo dos atos de comércio, sendo considerado comerciante quem atendesse o disposto no artigo 4º, deste Código, ou seja, quem fizesse da “mercancia profissão habitual”.

A fim de esclarecer o termo “mercancia”, o Regulamento 737/1950, disciplinava em seu artigo 19 quais os atos seriam considerados mercancia.

No artigo 295 havia a única referência a empresa em todo o Código Comercial Brasileiro, sendo que a referida palavra foi utilizada como sinônimo de atividade ou empreendimento.

Ademais, o *rol* constante no artigo 19, do Regulamento 737/1950 era considerado exemplificativo, sendo que a jurisprudência admitia outras atividades como comerciais. Ressalte-se, que de forma contrária, em Portugal a maioria dos doutrinadores entendia ser impossível a interpretação extensiva do artigo 230 do Código Comercial Português que apresentava um *rol* das atividades consideradas comerciais, desde que presentes a organização e o profissionalismo do empresário.

Com a revogação do Regulamento 737/1950, colocou-se um ponto final em questionamentos apresentados por poucos juristas que entendiam que o artigo 19 do referido regulamento era um *rol* taxativo, possibilitando assim uma liberdade de interpretação do conceito de mercancia.

Há que se ressaltar que os posicionamentos dos juristas europeus, em especial os italianos, influenciaram a noção de empresa no Brasil, de tal forma que o Direito Comercial direcionava mais para a empresa.

Com o passar do tempo o Direito Comercial, que antes era considerado o direito da classe dos mercadores, passava a regular as empresas, bem como a ser um direito dos negócios.

No Brasil o Direito Comercial foi se aproximando paulatinamente ao sistema italiano, o que ocorreu nos demais países de tradição romanística.

Para a maioria dos juristas brasileiros, como também para os italianos, a empresa é uma atividade, sucessão de atos orientados para uma finalidade produtiva.

Após o início da vigência do Código Comercial, o jurista Teixeira de Freitas iniciou a redação de um projeto do Código Civil. Todavia, a interrupção dos seus trabalhos em 1867 decorreu do fato de que entendia ser inadmissível a existência do Código Civil e do Código Comercial concomitantemente, mas o Governo Imperial não concordava com a unificação dos códigos.

Ressalte-se que Teixeira de Freitas é considerado o primeiro jurista a defender a unificação do Direito Privado, antes mesmo até do que os juristas

européus. Os italianos foram os primeiros a unificar o Direito Privado, com a promulgação do Código Civil Italiano em 1942.

A unificação no Brasil somente ocorreu no Código Civil de 2002, com avanço significativo na regulação de determinadas matérias. Inicialmente, os dispositivos referente a empresa tinha como título “Da Atividade Negocial”, tendo este sido modificado por sugestão do jurista Miguel Reale para “Direito de Empresa”.

A aprovação do referido Código Civil concluiu a transição do sistema francês para o sistema italiano, abandonando a teoria dos atos do comércio e adotando a teoria da empresa.

No Brasil, antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002, a doutrina, a jurisprudência e a legislação esparsa ajustaram o Direito Comercial atendendo a realidade econômica do final do século XX com a adoção da teoria da empresa. Esta constatação alicerça-se não somente na doutrina e na jurisprudência, como também nas legislações editadas após o ano de 1990, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, a Lei nº. 8.245/91, que dispõe sobre a locação predial urbana e a Lei nº. 8.934/94, que versa sobre a reforma do Registro de Comércio, que inclusive adotou o termo “Registro de Empresas e Atividades Afins”.

A empresa com o passar dos anos ganhou destaque no âmbito econômico, político e legal, sendo que este último decorreu da promulgação do Código Civil de 2002. A empresa que era insignificamente referenciada em nossa legislação passou para uma posição de relevo no âmbito legal.

O que se observa é uma tendência atual de unificação do Direito Privado, tendo a empresa como o centro do Direito Empresarial.

Ao explicar a Teoria Poliédrica da Empresa de Alberto Asquini, Coelho (2015, p.34) assim ensina:

Para Asquini (1943), não se deve pressupor que o fenômeno econômico poliédrico da empresa necessariamente ingresse no direito por um esquema unitário, tal como ocorre na ciência econômica. Ele divisa, por conseguinte, quatro perfis na empresa: subjetivo, funcional, patrimonial (ou objetivo) e corporativo. Pelo primeiro, a empresa é vista como empresário, isto é, o exercente de atividade autônoma, de caráter organizativo e com assunção de risco. Pelo perfil funcional, identifica-se a empresa à própria atividade. Pelo terceiro perfil, correspondente ao patrimônio azienda ou estabelecimento. E, por fim, pelo perfil corporativo, ela é considerada uma instituição, na medida em que reúne pessoas – empresário e seus empregados – com propósito comuns.

Entretanto, dos múltiplos perfis apresentados por Asquini, o único que realmente corresponde ao conceito jurídico de empresa é o funcional, que corresponde à atividade econômica, profissional e organizada.

Convém ressaltar que o Código Civil Brasileiro não define a empresa, tendo apresentado o conceito de empresário, em seu artigo 966: *“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”*, como também conceitua em seu artigo 1142 o estabelecimento como: *“o complexo de bens organizados, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”*.

Não é o simples exercício de qualquer atividade econômica que caracteriza a empresa. Existem, na verdade, requisitos previstos no Código Civil como imprescindíveis para a sua caracterização, quais sejam: finalidade lucrativa, organização e profissionalismo.

O primeiro requisito para qualificar a atividade como empresarial é que esta seja dirigida para a produção ou circulação de bens ou a prestação de serviços. Ademais, a empresa deve poder proporcionar para o empresário, vantagens econômicas, no mínimo para a sua subsistência. A empresa deve ter aptidão para o lucro ou pelo menos para gerar receita suficiente para cobrir os custos operacionais.

O segundo requisito, que para alguns é o considerado o de maior relevo, é a organização. A organização como requisito não é vista sob o aspecto de organismo jurídico e sim em sentido de ordenação, arranjo e disposição.

Antigamente, a organização do trabalho alheio era tido como condição para a existência da empresa, sendo certo que hoje não faz sentido esta exigência, apesar de que na prática tal organização se verifica na maioria dos casos.

Por outro lado, é de salientar a importância da organização real, não se fazendo necessária a existência de um estabelecimento propriamente dito. A interpretação dada ao termo organização real é ampla, de tal forma que o simples investimento de capital já é o suficiente para caracterizá-la. Todavia, convém esclarecer que o capital é suficiente quando se trata de atividade em que se pratica a mercancia, como do intermediador. Em outros casos, como, por exemplo, de atividades produtivas, o simples capital não caracterizará a organização, se fazendo necessário outros elementos, tais como: máquinas, trabalho, tecnologia.

Por fim, o último requisito é o profissionalismo que traduz no exercício habitual e estável da atividade produtiva, sendo de extrema relevância que a referida

atividade não seja eventual ou aleatória. A atividade deve ser exercida com habitualidade, com domínio de informações. Todos os elementos devem ser analisados conjuntamente com o escopo de verificar o enquadramento no caso concreto e não de maneira individual.

Neste sentido, a empresa se caracteriza quando se verifica que a atividade econômica é desenvolvida de maneira organizada e em caráter profissional, havendo as exceções previstas no parágrafo único, do artigo 966, do Código Civil, que assim prevê: *“Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”*.

O disposto retro transcrito afasta da definição de empresa todos aqueles profissionais que exercem de forma pessoal a profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que conte com o auxílio de outras pessoas. Entretanto, tais atividades não são excluídas totalmente do Direito de Empresa, como se observa na ressalva prevista no referido dispositivo quando estiver presente o elemento de empresa.

1.3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO EMPRESARIAL

A perfeita compreensão do direito não pode ter como base apenas a constituição, as leis e as demais normas regulamentares, sendo certo que a restrição nas regras positivadas traduziria em uma concepção superficial. Conforme Mamede (2015, p. 34), “a melhor compreensão do fenômeno jurídico percebe a existência de um plano metanormativo que envolve as normas positivas e orienta a concreção jurídica”.

De acordo com Alexy (2008, p. 90):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Os princípios jurídicos são extremamente importantes a ponto inclusive de serem positivados em normas constitucionais e legais, sendo considerados as bases

de sustentação da ordem jurídica, independentemente de serem positivados ou não, bem como padrões de elaboração, interpretação e aplicação do Direito.

1.3.1 Princípio da liberdade de iniciativa

A liberdade de iniciativa decorre do modo de produção do capitalismo, eis que o seu funcionamento eficiente depende de um ambiente econômico em que a liberdade de iniciativa seja garantida. A restrição desta liberdade pode acarretar resultados desastrosos na economia.

Apesar disso a liberdade de iniciativa também é responsável pelas mazelas do capitalismo, pois tal liberdade tem como consequência a possibilidade de produção excessiva de bens que não serão consumidos e a falta de bens no mercado que seriam consumidos.

O Direito Empresarial se preocupa em evitar a práticas de atos empresariais que visam restringir a liberdade de iniciativa. Em outros termos, o objetivo é coibir a prática de atos por empresários que detém poder de mercado e que possam impedir ou dificultar o ingresso de empresários concorrentes no mesmo mercado de consumo.

Os empresários têm a obrigação de não impedir o direito que cada pessoa tem de se estabelecer como empresário, direito este assegurado constitucionalmente a todos os brasileiros e residentes no Brasil.

O desenvolvimento da atividade econômica é protegido constitucionalmente, nos termos dos artigos 1º, IV e 170, *caput*, da Constituição Federal, que estimula a livre iniciativa.

Em que pese à liberdade de iniciativa ser garantida constitucionalmente, é evidente que o Estado deve intervir na economia. Esta intervenção poderá ser maior ou menor a depender das circunstâncias ditadas pelo momento econômico, isto é, para prevenir ou resolver crises a dimensão da intervenção deverá ser maior, passada tal situação, se faz necessário a diminuição da sua presença na economia.

A liberdade de iniciativa deve ser mitigada não podendo ser absoluta, com a intervenção do Estado mediante as leis e os demais instrumentos, podendo ser citado como exemplo o Direito do Consumidor.

A liberdade de iniciativa é elemento imprescindível do capitalismo devendo manter o equilíbrio com a promoção da justiça social.

Ao discorrer sobre os desdobramentos do princípio da liberdade de iniciativa, Coelho (2015, p.71) assim ensina:

Quatro desdobramentos podem ser extraídos do princípio da liberdade de iniciativa: (a) imprescindibilidade, no capitalismo, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos; (b) reconhecimento do lucro como principal fator de motivação da iniciativa privada; (c) importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica do investimento; (d) importância da empresa na geração de postos de trabalho e tributos, bem como no fomento da riqueza local, regional, nacional e global.

Os desdobramentos do princípio de liberdade de iniciativa se consubstanciam em condições para o funcionamento eficiente do modo de produção.

Na primeira condição o que se observa é o atendimento das necessidades das pessoas. Por óbvio, a iniciativa do empresário visa principalmente à obtenção do lucro, mas somente haverá lucro se esta atividade for de necessidade dos consumidores. Se não há interessados, o empresário jamais irá auferir lucros de sua atividade. Em outras palavras, o empresário atende o interesse da coletividade para alcançar o seu interesse pessoal.

A segunda questão é a obtenção do lucro, sendo este o principal elemento que incentiva o empresário a assumir o risco de certa atividade empresarial. Se não houvesse lucro, ninguém teria interesse em produzir e investir em atividade somente para atender as necessidades da coletividade.

A terceira condição é o reconhecimento da importância da proteção jurídica do investimento privado. Ao garantir a liberdade de iniciativa na Constituição Federal, a norma assegura o atendimento não somente dos interesses individuais dos empresários, como também os interesses da coletividade. A proteção jurídica do investimento não recai somente ao empresário investidor, mas também aos interesses de toda a sociedade. Na hipótese de haver conflitos entre estes interesses, como, por exemplo, em uma questão ambiental, deverá prevalecer o interesse da coletividade.

O quarto desdobramento é a evidente importância da empresa na geração de trabalho e de tributos, o que fomenta a riqueza de um Estado. Em torno da empresa, observam-se diversos interesses, entre eles o dos trabalhadores, dos consumidores, dos fornecedores e do Estado. Mesmo podendo haver conflitos entre estes interesses, não resta dúvida que o sucesso da empresa atende os interesses de forma direta ou indireta de todos.

1.3.2 Princípio da liberdade de concorrência

Ao explicar o princípio da liberdade de concorrência, Mamede (2015, p.45) assim aduz:

A percepção dos riscos de abuso na liberdade de ação econômica privada levou ao desenvolvimento de uma estrutura estatal para proteção do mercado, procurando garantir uma correspondente liberdade de concorrência, ou seja, procurando estabelecer um ambiente que estimule a concorrência dos agentes privados a bem do mercado. Mercado, aqui, compreendido como espaço negocial de cooperação e concorrência, no âmbito do qual foram definidas obrigações para os atores econômicos, isolados ou em conjunto, votadas à preservação do interesse público na diversidade de iniciativa e sujeitos mercantis. Trata-se da proteção à livre concorrência, na expressão do artigo 170, IV, da Constituição da República, o que justificou a edição da Lei 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, esclarecendo o parágrafo único de seu artigo 1º que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por aquela lei.

O princípio de liberdade de concorrência está intimamente ligado ao princípio da liberdade de iniciativa de tal forma que nem sempre é possível distingui-los. Ambos são vertentes diferentes da mesma regra de funcionamento do capitalismo.

O princípio da liberdade de concorrência garante a melhora na qualidade do produto com a diminuição do preço ao consumidor. Tal assertiva se explica pelo fato de que empresário com o objetivo de obter mais lucros buscará o aumento das vendas, o que ocorrerá a partir do momento em que os produtos e serviços oferecidos ao consumidor forem de qualidade e com menor preço possível.

Não há dúvidas de que o interesse individual do empresário que é o lucro encontra-se em sintonia com os interesses metaindividuais da coletividade, pois esta será beneficiada com produtos e serviços de qualidade crescente e preços decrescentes.

O princípio da liberdade de concorrência visa coibir determinadas práticas empresariais, que podem caracterizar infração da ordem econômica quando implica risco ao funcionamento da economia ou concorrência desleal na hipótese de lesão a interesses individuais de empresários.

Outro aspecto do princípio da liberdade de concorrência é a restrição da possibilidade de revisão dos contratos entre empresários, isto porque um dos efeitos da competição é a premiação que se consubstancia no lucro aos empresários que

adotam decisões acertadas e a penalização que pode ser desde prejuízo até a falência dos empresários que tomam decisões equivocadas.

Os acertos ou equívocos dependem de diversos fatores, tal como o macroeconômico, e nem sempre pode ser atribuída ao empresário sob o argumento de que este foi precipitado, desleixado ou não teve competência para a tomada de decisões.

O certo é que nenhuma norma jurídica pode neutralizar ou minimizar esta regra básica do princípio da liberdade de concorrência. Não existe a possibilidade de transferir o prêmio ao empresário que adotou uma decisão equivocada e a penalidade ao empresário que tomou a decisão acertada.

Neste diapasão, no âmbito civil a pessoa ao tomar uma decisão equivocada e assumir uma obrigação lesiva aos seus próprios interesses, poderá obter em juízo a invalidação do contrato. Diferentemente do empresário, que não poderá ser beneficiado por suas decisões equivocadas, mesmo se tratar de uma lesão por inexperiência.

1.3.3 Princípio da função social da empresa

O princípio da função social da empresa é explicado pelo doutrinador Coelho (2015, p.76) nos seguintes termos:

A empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.

A empresa cumprirá a sua função social se a sua atuação estiver em sintonia com os objetivos retro mencionados e em perfeita obediência as leis que está sujeita.

Embora a empresa tenha como finalidade imediata atender os interesses individuais de seu titular, pelo princípio da função social evidencia-se que a atividade econômica atende também os interesses da coletividade. Ao valorizar e proteger a livre iniciativa protege-se não somente os interesses do empresário ou da sociedade empresária, mas também da comunidade e do Estado.

Segundo Smith (1996, p. 70): “não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse”. Assim, o mercador ou comerciante movido apenas pelo seu próprio interesse egoísta, é levado por uma mão invisível a promover algo que nunca fez parte do interesse dele: o bem estar da sociedade.

1.3.4 Princípio da liberdade de associação

A Constituição Federal garante em seu artigo 5º, inciso XVII e XX, a liberdade de associação, inclusive das sociedades empresariais. Esta garantia não somente assegura as pessoas se unirem em sociedade sem nenhum óbice na órbita jurídica, como também veda que as pessoas sejam obrigadas a se unirem contra a sua vontade ou impedidas de dissociar.

Todavia, quando se trata de sociedades empresarias o direito de se dissociar possui algumas peculiaridades. Isso ocorre porque nas sociedades não empresariais, como em um clube, os vínculos que estabelecem entre os seus integrantes são de natureza exclusivamente pessoal. Diferentemente das sociedades empresarias que os sócios investem recursos, de tal forma que o seu desligamento acarreta efeitos nos direitos e patrimônios dos demais sócios, inclusive da própria sociedade. Sendo assim, o direito de se dissociar de uma sociedade empresaria depende de determinadas condições, que são estabelecidas no direito societário.

Conforme Coelho (2015, p. 78):

A liberdade de associação é irrestrita no momento da constituição da sociedade empresária ou do ingresso na constituída, não podendo ninguém ser obrigado a se tornar sócio de sociedade contratual contra a vontade. Uma vez, porém, ingressando na sociedade empresária, o sócio não poderá dela se desligar senão nas hipóteses previstas em lei.

Essas condições devem ser observadas a depender do tipo regime de constituição e desfazimento dos vínculos sociais, podendo neste âmbito as sociedades serem classificadas como contratuais e institucionais.

Nas sociedades limitadas que são classificadas como contratuais, o direito de se dissociar dependerá da sua forma de constituição no que tange a questão do prazo de duração. Isto significa que se foi constituída com prazo indeterminado, a qualquer tempo o sócio poderá se desligar, podendo exigir o reembolso do capital

investido. Por outro lado, se o prazo for determinado, o sócio ficará obrigado a permanecer nos quadros societários pelo tempo ajustado contratualmente, o que não fere o direito constitucional de livre associação, eis que manifestou a sua concordância em permanecer associado por determinado tempo.

Neste tipo de sociedade podemos observar outra conseqüência quando ocorre a morte de um dos sócios. Por ocasião da partilha, as quotas são transferidas aos sucessores, herdeiros ou legatários. Como ninguém é o obrigado a contratar, o sucessor poderá exigir o reembolso do capital ao invés de ingressar no quadro societário. Mas pode acontecer de haver cláusula estipulando que a cessão de quotas dependerá da anuência dos demais sócios. Por se tratar de direito disponível, está cláusula não fere o direito constitucional da livre associação, eis que o falecido manifestou a sua concordância, por ocasião da celebração do contrato social, na cláusula que submeteu à cessão de quotas a prévia concordância dos demais integrantes da sociedade.

Por sua vez, nas sociedades anônimas que são classificadas com institucionais e essencialmente de capital, o sucessor é obrigado a ingressar na sociedade, não possuindo o direito de exigir o reembolso do capital investido pelo falecido. Ademais, mesmo se o prazo da sociedade anônima for indeterminado, o acionista não poderá por sua vontade de forma unilateral de não permanecer associado, desligar-se e exigir o reembolso de seu capital, obrigando a empresa o desinvestimento.

Assim sendo, evidencia-se que o direito de associação é irrestrito no momento da constituição da sociedade empresária, de tal forma que não se pode obrigar qualquer pessoa a se tornar sócia contra a sua vontade, entretanto, o desligamento deverá observar as hipóteses previstas legalmente.

1.3.5 Princípio da preservação da empresa

O princípio da preservação da empresa se consubstancia na preservação da atividade econômica, atendendo não somente aos interesses individuais dos empresários, mas acima de tudo aos interesses metaindividuais de consumidores, trabalhadores, fornecedores, fisco, dentre outros.

A preservação da empresa proporciona que esta cumpra a sua função social, pois há o interesse público na continuidade da atividade empresarial. O

encerramento da atividade empresarial prejudica os empresários, a sociedade empresária, como também à sociedade em geral. Apesar disto, o princípio da preservação da empresa não impede em todos os casos o encerramento da atividade, inclusive é reconhecido como algo normal o encerramento das atividades de uma empresa.

Na opinião de Ramos (2014, p. 51):

O princípio da preservação da empresa também tem sido muito usado pelos tribunais pátrios para fundamentar decisão em matéria de dissolução de sociedades, falência, recuperação judicial, etc. Nesses últimos casos, porém, é preciso ter muito cuidado para que a aplicação excessiva e sem critério do princípio não provoque a sua banalização. Muitas vezes atividades empresariais devem mesmo ser encerradas, e nesses casos impedir a falência do empresário ou da sociedade empresária contraria a ordem espontânea do mercado, sobretudo quando a manutenção de tais atividades é conseguida com os famigerados “pacotes de socorro” baixados pelo governo.

Este princípio pode ser observado em diversas hipóteses, como no caso da dissolução parcial da sociedade empresária em que se preserva a atividade econômica, evitando que conflitos entre os sócios possam prejudicar os trabalhadores, os consumidores o fisco, etc. Ademais, a desconsideração da personalidade jurídica é outra vertente deste princípio, pois visa coibir as fraudes pela manipulação da autonomia patrimonial, sem comprometer a sociedade.

Por fim, pode também ser citada a recuperação judicial que tem como objetivo a preservação de determinada atividade empresarial, mesmo restando comprovada a incapacidade do empresário em administrá-la. Ao se constatar que a manutenção da sociedade empresária contraria a ordem econômica, o caminho correto é promover o encerramento das suas atividades.

1.3.6 Princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária

O princípio da autonomia patrimonial considera que a sociedade empresária, enquanto pessoa jurídica possui os direitos, bens e obrigações que não se confundem com os dos seus sócios, de tal forma que estes não são responsáveis pelas obrigações da sociedade. Segundo Coelho (2015, p. 82):

Pelo princípio da autonomia patrimonial, considera-se a sociedade empresária, por ser pessoa jurídica, um sujeito de direito diferente dos sócios que a compõem. Entre outras conseqüências, este princípio implica que a responsabilização pelas obrigações sociais cabe à sociedade, em ao aos sócios. Apenas depois de executados os bens da sociedade, e mesmo

assim observando-se eventuais limitações impostas por lei, os credores podem pretender a responsabilização dos sócios.

É fato que esta autonomia patrimonial é mitigada pela lei e pela jurisprudência em casos específicos, como, por exemplo, nas relações de consumo e na trabalhista, fazendo com que os sócios sejam responsáveis pelo passivo da sociedade empresária.

Em determinados casos, tais como a confusão de patrimônio e a manipulação fraudulenta da técnica de segregação de riscos, o juiz pode aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para afastar os efeitos da autonomia patrimonial da sociedade empresária.

Por outro lado, quando se tratar de relação entre empresários regida pelo Direito Comercial esta autonomia deverá ser integralmente respeitada, isto porque essa segregação de risco encontra-se a disposição das duas partes.

A diminuição do risco da atividade empresarial proporciona a atração de investimentos, eis que o empresário tem a ciência que as suas perdas não serão elevadas ou totais no caso de insucesso da empresa. Se não houvesse a segregação de riscos no país, poucos empresários teriam o interesse em investir, justamente com o receio de colocarem em risco a totalidade de seus patrimônios.

Nesta hipótese, provavelmente os únicos interessados fossem os investidores denominados *risk maker*, os quais investem sabendo que quando maior o risco, maior é o lucro esperado. Conseqüentemente haveria um aumento nos preços, para poder gerar maior lucro ao investidor e, de conseqüência, alta da inflação.

Assim, o princípio da autonomia patrimonial da sociedade empresária interessa não somente ao empresário, mas toda à coletividade.

1.3.7 Princípio da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais

O princípio da subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais aplicável a todas as sociedades independentemente de limitação de responsabilidade, deriva do princípio da autonomia patrimonial e significa que os bens dos sócios somente poderão ser executados para a satisfação dos direitos do credor após a execução de todos os bens da sociedade empresária.

Não justifica a execução de bens dos sócios, enquanto a sociedade possuir bens suficientes para a satisfação do crédito executado. Por sua vez, não havendo bens da sociedade a serem executados para saldar a dívida, em alguns casos os bens dos sócios serão responsáveis pelo adimplemento das obrigações sociais.

1.3.8 Princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais

O princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais visa limitar a responsabilidade dos empresários por estas obrigações atendendo os seus interesses individuais, bem como os metaindividuais da coletividade, dentre eles dos consumidores e dos trabalhadores.

Há que se ressaltar que existem riscos em qualquer atividade empresarial que não dependem necessariamente da atuação do empresário, pois alguns fatores encontram-se fora do seu controle. Em geral, existem os empresários mais conservadores que atuam em atividades de riscos menores, como também os mais arrojados que sabem que correm mais risco, mas que proporcionalmente terão maiores lucros.

Ao explicar este princípio, Coelho (2015, p. 84) pondera:

O princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais visa justamente manter o risco empresarial em determinado nível que, de um lado, atraia o interesse dos investidores conservadores e, de outro, contribua para que os preços dos produtos e serviços sejam acessíveis a maior parcela da população.

Assim, o princípio da limitação da responsabilidade visa incentivar o empresário conservador a investir na sua empreitada econômica e contribuir para que os preços dos produtos e serviços sejam acessíveis aos consumidores nas atividades que possuem maiores riscos.

Se não houvesse a segregação dos riscos com o comprometimento da totalidade do patrimônio do investidor na hipótese de insucesso da atividade econômica, os empresários conservadores ficariam desestimulados a investirem, enquanto que os mais arrojados aumentariam os preços proporcionalmente aos riscos assumidos para obterem maiores lucros.

Nunca é demais lembrar que no sistema capitalista é imprescindível a livre iniciativa econômica para o atendimento das necessidades de todos, sendo certo que o princípio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais

estimula novos investimentos e atende os interesses metaindividuais da coletividade.

Em uma economia globalizada, caso o ordenamento jurídico brasileiro não limitasse a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, os investidores buscariam outros países para poderem investir com menor risco em suas atividades econômicas. Em última análise, é evidente que este princípio protege o próprio investimento.

1.3.9 Princípio majoritário nas deliberações sociais

Pelo princípio majoritário nas deliberações sociais temos que estas devem ser adotadas com base no entendimento ou na vontade majoritária, havendo de se ressaltar que a lei fixa *quorum* específico para as deliberações em alguns casos.

Todavia, cumpre esclarecer que este critério não é democrático, isto é, não é a quantidade de sócios que determina a maioria. Em outros termos, isto significa que cada sócio não terá necessariamente o direito a apenas um voto. O peso do voto do sócio é proporcional na quantidade quotas ou ações tituladas, eis que quanto maior o risco que o sócio assume maior peso terá o seu voto.

Neste sentido, “as deliberações sociais são adotadas, em princípio, pela vontade ou entendimento do sócio (ou sócios) que mais investiu na empresa e, conseqüentemente, assumiu maior risco” (COELHO, 2015, p. 87).

Em uma sociedade limitada o sócio que tiver a maioria das quotas representativas do capital social e na sociedade anônima o acionista que tiver mais da metade das ações votantes podem definir a vontade da sociedade empresária, mesmo que os demais não concordem.

1.3.10 Princípio da proteção do sócio minoritário

O princípio da proteção do sócio minoritário limita o princípio majoritário nas deliberações sociais, disponibilizando ao sócio minoritário instrumentos para exercer os direitos de fiscalização e de recesso, impedindo que o sócio majoritário se aproprie de todos os lucros devendo realizar a devida repartição com os demais sócios.

Analisando a situação do sócio minoritário, Coelho (2011, p. 392) pondera:

O sócio minoritário tem um único trunfo nas negociações com o majoritário: é não ser sócio. Esse trunfo ele gasta, completa e inevitavelmente, ao assinar o contrato social. Se não negociar convenientemente a inclusão de certas garantias nesse documento antes de o assinar, o sócio minoritário será lesado.

O sócio minoritário deverá negociar as cláusulas antes de assiná-lo, com o objetivo de limitar o poder do sócio majoritário. É importante condicionar o seu ingresso a existência de cláusula no contrato social que somente permita a sua alteração a vontade unânime dos sócios. Também é relevante a consignação de cláusula que estipule a distribuição anual do lucro líquido da sociedade, impedindo assim que prevaleça a vontade do sócio majoritário sobre a destinação do resultado. Por derradeiro, é imprescindível a existência de cláusula que permita ao sócio minoritário o acesso as informações gerenciais da sociedade empresária, com a finalidade de permitir a fiscalização da gestão da empresa.

A lei confere ao sócio majoritário a incumbência de ser o interprete do que seria mais proveitoso para o desenvolvimento da atividade econômica, mas também confere direitos aos sócios minoritários reconhecendo a importância da contribuição destes para a sociedade.

1.3.11 Princípio da autonomia da vontade

A autonomia da vontade significa que as pessoas têm a plena liberdade de contratar ou não, de escolher com quem contratar e de negociar as cláusulas contratuais.

A evolução do Direito proporcionou a limitação do princípio da autonomia da vontade, o que pode ser facilmente constatado nas relações de consumo e na trabalhista.

Nos contratos empresariais o princípio da autonomia da vontade é plenamente aplicável, sem qualquer restrição, de tal forma que o empresário tem a liberdade de escolher quando irá contratar e com quem celebrará o contrato, bem como a possibilidade de negociar livremente as cláusulas dos contratos.

Conforme Coelho (2015, p. 90):

No contrato entre empresários (contratos empresariais), ao contrário do que se verifica no contrato de trabalho e no de consumo, a autonomia da vontade ainda é bastante ampla, porque, em geral, as partes podem escolher entre contratar ou não, com quem contratar e negociam livremente as cláusulas do contrato.

A ausência de limitação nos contratos empresariais proporciona a competição empresarial com o fornecimento de produtos a preços reduzidos e melhora contínua na qualidade, atendendo assim não somente o interesse do empresário, como também de toda a coletividade.

1.3.12 Princípio da vinculação dos contratantes ao contrato

O princípio da vinculação dos contratantes ao contrato traduz na obrigação de cumprir o contrato, uma vez que a pessoa teve a opção de contratar ou não, de escolher com quem contratar, bem como de discutir as cláusulas do contrato. Em outros termos, este princípio pode ser explicado no brocardo “o contrato faz lei entre as partes”.

Convém consignar que a limitação do princípio da autonomia da vontade acarretou a relativização do princípio da vinculação dos contratantes ao contrato nos negócios civis ou de consumo. Neste sentido, desenvolveram-se teorias, tais como a da imprevisão, que visam discutir as cláusulas contratuais ou até mesmo dispensar o cumprimento integral do contrato a depender das circunstâncias.

Sobre a relativização do princípio da vinculação, Coelho (2015, p. 91) explica:

Quando se trata de negócios civis ou de consumo, estas relativizações no princípio da vinculação dos contratantes ao contrato justificam-se. No entanto, sendo empresarial o contrato, somente em situações realmente excepcionais – e mesmo assim, desde que respeitadas às especificidades do direito comercial – pode o juiz rever as cláusulas contratadas.

Em se tratando de contratos empresariais somente em casos excepcionais é que juiz poderá rever cláusulas contratuais. Por este princípio, os empresários encontram-se vinculados aos contratos empresariais em um grau superior aos consumidores e trabalhadores.

A onerosidade excessiva de uma parte ou a vantagem extraordinária da outra não autoriza a revisão das cláusulas contratuais dos contratos empresariais.

O princípio constitucional da livre concorrência deve ser plenamente observado, eis que não se pode neutralizar a regra básica da competição empresarial que premia os empresários que adotam as decisões acertadas e que pune os que tomam decisões equivocadas.

1.3.13 Princípio da proteção do contratante mais fraco

A celebração de um contrato poderá apresentar a simetria das partes quando estas se encontram em situação de igualdade de condições nas negociações, sendo certo que os princípios da autonomia da vontade e da vinculação dos contratantes ao contrato regem de forma adequada estas situações.

Por outro lado, existem relações contratuais assimétricas que ocorrem quando as partes não se encontram em igualdade de condições, o que acontece nas relações de trabalho e nas de consumo. Nas relações de trabalho observa-se a hipossuficiência do trabalhador em relação ao empregador, pois aquele necessita trabalhar para receber salário, enquanto que na relação de consumo constata-se a situação de vulnerabilidade do consumidor que somente possui as informações dos produtos prestados pelo fornecedor.

Os contratos empresariais podem ser simétricos e assimétricos. Serão simétricos quando houver igualdade de condições nas negociações entre os empresários e assimétricos quando existir dependência empresarial. Vale salientar que a assimetria nos contratos empresariais não decorre da hipossuficiência como na relação de trabalho e nem na vulnerabilidade como na de consumo. “O que marca a assimetria nas relações contratuais entre empresários é a *dependência empresarial*” (COELHO, 2015, p. 93).

A dependência empresarial ocorre quando uma empresa deve ser organizada conforme as instruções emanadas por outra empresa, como no caso do franqueado no contrato de franquias.

Sendo assim, este princípio visa proteger o empresário mais fraco da relação contratual, pois o empresário dependente encontra limites na organização da sua empresa, o que não ocorre com o empresário mais forte, restando evidente a assimetria da relação contratual.

Entretanto, o empresário dependente não poderá invocar a aplicação deste princípio para preservar-lhe das consequências econômicas em qualquer caso, ainda mais quando o insucesso e prejuízos ocorrerem pelas decisões equivocadas que adotou na condução da empresa.

1.3.14 Princípio da eficácia dos usos e costumes

O Direito Empresarial reconhece a validade e a eficácia das cláusulas do contrato empresarial ajustada entre as partes com base nas práticas costumeiras, no âmbito local e internacional.

A importância dos usos e costumes para o Direito Empresarial é abordada por Mamede (2015, p.54) nos seguintes termos:

Em fato, quando do surgimento do Direito do Comércio como o compreendemos hoje, ao final da Idade Média, as corporações de comerciantes passaram a valorizar as novas bases jurídicas para o regulamento da mercancia, opondo-se ao formalismo do Direito Canônico, impróprio para atender às necessidades de um comércio crescente; para tanto, foram valorizados os costumes estabelecidos nas cidades, criando um Direito mais ágil e mais próximo da realidade vivificada pelas partes envolvidas. O costume serviu aos comerciantes como um meio que permitia a satisfação das exigências particulares da mercancia, traduzindo a rapidez das operações, o tecnicismo profissional que as caracterizava, sua identidade – e, assim, distinção dos demais negócios jurídicos –, permitindo o estabelecimento de práticas uniformes que foram impostas como obrigatórias; sua valorização, viu-se anteriormente, acabou por determinar o estabelecimento de um direito consuetudinário mercantil, um *consuetudo mercatorum* ou *stylus mercatorum*.

Neste ramo do direito constata-se a importância conferida aos usos e costumes, o que não se observa em nenhum outro ramo jurídico.

Convém registrar que a crescente globalização está paulatinamente reduzindo a importância dos usos e costumes locais e prestigiando os internacionais.

1.3.15 Princípio do Direito Cambiário

O Direito Cambiário é um sub-ramo do Direito Empresarial e que possui três princípios: cartularidade, literalidade e autonomia das obrigações cambiais, que visam conferir maior celeridade e segurança à circulação do crédito.

Ao explicar estes princípios, Coelho (2015, p.95 e 96) assim leciona:

Pelo princípio da cartularidade, a posse do título de crédito é condição para o exercício do direito nele incorporado. O objetivo desta regra principiológica é impedir que alguém se apresente como credor do título, depois de ter negociado o crédito com terceiro, cedendo-o. Pelo princípio da literalidade, só produzem efeitos os atos que constam do teor do título de crédito. Com isto, facilita-se a circulação, porque potenciais adquirentes não precisam fazer investigações sobre eventuais outros negócios jurídicos que pudessem restringir ou suprimir o crédito; mesmo que existam, como não estão documentadas na própria cártula, não produzirão efeitos que

impeçam a oportuna cobrança do título. Pelo princípio da autonomia das obrigações cambiais, vícios que possam eventualmente comprometer qualquer das relações obrigacionais documentadas no título não se estendem às demais. Também facilita a circulação, porque os potenciais interessados em adquirir o crédito não precisam investigar se todas as relações obrigacionais documentadas no título são válidas e eficazes; mesmo que alguma delas não seja, isto nunca prejudicará o direito de cobrar o título.

O princípio da autonomia das obrigações cambiária desdobra-se em dois subprincípios, o da abstração e o da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé. São subprincípios porque, a rigor, nada acrescentam ao que já está definido pela autonomia das obrigações cambiárias, limitando-se a descrever a mesma disciplina jurídica por outros ângulos. O subprincípio da abstração prescreve que, após o título ser posto em circulação, ele se desliga da relação negocial ordinária e, em consequência, eventuais vícios desta relação não são óbices à cobrança do título. Já o da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé obsta, ao demandado em razão de um título, a possibilidade de se defender contra o credor, suscitando matérias que ele poderia opor a outro coobrigado pelo mesmo título, a menos que prove o conluio entre este e o demandante.

Os títulos de crédito eletrônico têm afetado os princípios do Direito Cambiário. Levando-se em consideração que o título é eletrônico, não há se falar na aplicabilidade do princípio da cartularidade. Por sua vez, o princípio da literalidade deve se adaptar a esta nova forma em ambiente eletrônico, enquanto que o princípio da autonomia vigora normalmente neste tipo de título.

1.3.16 Princípio da inerência do risco

O risco é inerente a qualquer atividade empresarial, independentemente do fato de o empresário ter adotado as decisões acertadas na condução da empresa, bem como cumprido as disposições legais e os seus deveres. A existência de risco não exime o empresário de suas responsabilidades. Nas palavras de Coelho (2015, p. 97):

Pelo princípio da inerência do risco a qualquer atividade empresarial, reconhece-se que a crise pode sobrevir à empresa mesmo nos casos em que o empresário e o administrador agiram em cumprimento à lei e aos seus deveres, e não tomaram nenhuma decisão precipitada, equivocada ou irregular.

O princípio da inerência do risco é aplicável na interpretação das normas que versam sobre a crise da empresa, inclusive para ponderar a aplicação de normas no caso de falência criminosa ou fraudulenta.

1.3.17 Princípio do impacto social da crise da empresa

O princípio do impacto social da crise da empresa justifica o desenvolvimento de mecanismos jurídicos de prevenção e solução da situação de crise econômico-financeira, atendendo não somente os interesses dos empresários, dos trabalhadores, dos consumidores, dos fornecedores, do fisco, como também de toda a coletividade.

Ao explicar este princípio, Coelho (2015, p. 98) ensina:

A língua inglesa tem uma expressão largamente utilizada, pelos profissionais jurídicos, para aglutinar as pessoas que, não sendo o empresário, têm interesses gravitando em torno do desenvolvimento da empresa: *bystanders*. Não há tradução, para o português, desta expressão com igual carga significativa. “Expectadores”, que seria a tradução literal, não diz tudo, porque sugere alguma passividade. O argumento em torno dos princípios do direito comercial será enormemente facilitado quando os comercialistas conseguirem cunhar uma expressão que reúna os trabalhadores de determinada empresa, os consumidores dos produtos e serviços por ela oferecidos, os fornecedores de insumos (empresas satélites), fisco, investidores não sofisticados do mercado de capitais etc. Além deste conjunto de pessoas, também a coletividade tem interesse metaindividual afetado, direta e indiretamente, pelos sucessos ou insucessos que marcam a trajetória de grandes empresas.

A superação da situação de crise visa preservar a empresa e a sua função social, protegendo os interesses metaindividuais ao promover a continuidade da atividade empresarial.

1.3.18 Princípio da transparência nos processos falimentares

O processo de falência e recuperação proporciona prejuízos para os credores da empresa e por isso todas as decisões dos processos falimentares devem ser transparentes, a fim de que o credor possa averiguar se o prejuízo por ele suportado encontra-se na medida do inevitável.

Esta transparência deverá possibilitar aos credores o convencimento de que os prejuízos por eles suportados não ultrapassam o necessário para a realização da finalidade do processo de falência ou de recuperação judicial da empresa em crise.

1.3.19 Princípio do tratamento paritário dos credores

Por este princípio, levando-se em consideração que o empresário falido não terá condições de arcar com todas as suas obrigações, é justo e racional que os credores mais necessitados, tais como os trabalhadores recebam primeiramente os seus direitos. Se não for possível o adimplemento integral de todas as dívidas, deverá ser procedido o rateio proporcional dos recursos disponíveis aos credores titulares de créditos da mesma natureza.

1.3.20 Princípio da legalidade e a exploração da atividade empresarial

O princípio da legalidade previsto no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal, que assim prevê: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, incide implicações na exploração da atividade econômica.

A lei estabelece parâmetros para os cálculos necessários à exploração da atividade empresarial. Ao calcular o preço de um produto, o empresário deve levar em consideração o que pode e o que não pode fazer, para não somente cobrir os custos do produto, como também auferir lucros.

É vedada por lei a venda de produtos com preço abaixo do custo com o objetivo de impedir o ingresso de novos empresários no segmento de mercado, podendo o empresário responder por infração contra a ordem econômica.

Ao organizar a empresa, o empresário somente é obrigado a fazer o que está previsto em lei. “Toda e qualquer obrigação jurídica representa, para o empresário, um custo, que ele, evidentemente, deve considerar para não ter prejuízo em sua atividade econômica” (COELHO, 2015, p. 101).

Assim, as previsões legais que incidem sobre a exploração da atividade econômica asseguram a igualdade das condições competitivas dos empresários, pois todos possuem as mesmas obrigações e os mesmos direitos. O que irá diferenciar a empresa no mercado competitivo serão as suas características administrativas, financeiras, comerciais e econômicas.

CAPÍTULO 2 - A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

O desenvolvimento da idéia de empresa passa por um processo histórico de aspecto jurídico e econômico. A empresa possui um papel de relevância no contexto social e no sistema capitalista, pois, segundo Amaral (2008, p. 1), “tudo aquilo que se produz, isto é, toda riqueza é gerada e comercializada passa por um processo produtivo de natureza empresarial”.

A atividade empresarial deve ser exercida em sintonia com os interesses individuais e coletivos, jamais podendo causar impactos negativos à coletividade, urgindo seja observada no desempenho de suas atividades critérios de natureza funcional em benefício da sociedade.

2.1 O ESTADO MODERNO

2.1.1 Idéia de Liberdade na Sociedade Moderna

A idéia de liberdade individual como atributo revela-se de extrema importância na sociedade moderna. Esta idéia, que é fonte de outras prerrogativas, surgiu com a contribuição dos iluministas e não de forma repentina.

Os filósofos contratualistas entendem que a liberdade individual somente poderia se equilibrar de forma satisfatória mediante a existência de um contrato. Todavia, os filósofos John Locke, Rousseau e Hobbes apresentam teses distintas para explicar a liberdade como um atributo do indivíduo.

Ao analisar as distintas teses contratualistas, Amaral (2008, p. 7 e 8) assim manifesta:

Na visão “lockiana”, a existência de um contrato entre os indivíduos integrantes de determinada sociedade é o único meio de se propiciar o que ele domina liberdade natural. Em razão disso, é facultado ao indivíduo, gozando de sua qualidade de membro da sociedade civil formada pelo contrato e, portanto, como integrante da sociedade, realizar movimentos de rebelião no intuito de buscar a realização de seus interesses.

...

Rousseau, por seu turno, admite a existência da liberdade individual e, como Locke, entende que esta resta ameaçada em estado de natureza. Assim, o contrato é o meio hábil para assegurar a liberdade dos indivíduos. Porém, para este importante filósofo, a liberdade garantida por meio do contrato implica a existência de uma sociedade politicamente organizada, tornando-se cidadão cada indivíduo dela integrante.

...

Thomas Hobbes, ao contrário das opiniões de Locke e Rousseau, entende que se a liberdade for compreendida como algo pleno e individual, revelando-se como não-impedimento, a sociedade continuará a existir de maneira desregrada. Assim, admitir-se a permanência da liberdade natural como atributo de todo e qualquer indivíduo integrante do tecido social é legitimar a guerra de um contra o outro, ao que se deu a máxima “o homem é o lobo do homem”.

Para John Locke (2005, p. 74), mediante o contrato os homens ingressam na sociedade e abandonam a igualdade, a liberdade e o poder que tinham no estado de natureza, sendo este o único meio de propiciar a liberdade natural.

Rousseau (1996, p. 53) diverge de Locke sobre a possibilidade de realizar rebelião, sob o argumento de que o contrato social se traduz na vontade geral, que se distinguia dos querereres individuais, sendo dever do Estado assegurar o cumprimento do referido contrato.

Thomas Hobbes (2008, p. 45) entende que deve existir um Estado forte e soberano, no qual os indivíduos se submetem e concedem parcelas de suas próprias liberdades.

Observa-se que em comum nas teorias supra mencionadas é a idéia que somente por meio do contrato entre os membros de uma sociedade é que pode ser proporcionada a liberdade como atributo do indivíduo.

No âmbito econômico, a obra “A Riqueza das Nações”, de Adam Smith, publicada em 1776, refletia o interesse dos proprietários e comerciantes, pois sustentava que “cada homem é o melhor juiz de seus interesses e deve ter a liberdade de promovê-los segundo a sua livre vontade” (DALLARI, 2013, p. 271).

Smith (1996, p. 155) condenava a intervenção do Estado, com o entendimento de que havia uma ordem natural que possibilitava a harmonização dos interesses de todos os homens.

Estas teorias refletiram-se nas Revoluções Liberais do século XVIII. Na Revolução Francesa de 1789, a burguesia almejava a positivação da liberdade individual, com a finalidade de exercitar livremente os seus direitos, inclusive de ordem econômica, em um Estado que na época era absolutista e que impossibilitava as atividades mercantis da classe burguesa.

A liberdade como atributo e prerrogativa do indivíduo possibilitou a burguesia o exercício da atividade mercantil, eis que o homem passou a ser livre para contratar, ciente de seus direitos e de suas obrigações contratuais, bem como das sanções na hipótese de descumprimento contratual.

2.1.2 Estado Liberal e Capitalismo

A importante idéia de liberdade individual e o fortalecimento da burguesia perante os organismos estatais viabilizaram o aparecimento do Estado liberal. O liberalismo visto sob o enfoque do pensamento filosófico e político, conforme Amaral (2008, p. 12), “nada mais foi do que uma teoria que teve por base e corolário a idéia de liberdade individual, já que não só dela se valeu, mas também a expandiu e consolidou”.

Sobre o advento do liberalismo, Dallari (2013, p. 271) assim ensina:

O Estado Moderno nasceu absolutista e durante alguns séculos todos os defeitos e virtudes do monarca absoluto foram confundidos com as qualidades do Estado. Isso explica porque já no século XVIII o poder público era visto como inimigo da liberdade individual e, qualquer restrição ao individual em favor do coletivo era tida como ilegítima. Essa foi a raiz individualista do Estado liberal. Ao mesmo tempo, a burguesia enriquecida, que já dispunha do poder econômico, preconizava a intervenção mínima do Estado na vida social, considerando a liberdade contratual um direito natural dos indivíduos.

A liberdade individual foi duramente defendida e elevada à condição de alicerce do Estado liberal. Entretanto, esta concepção individualista da liberdade proporcionou a crescente injustiça social, eis que era direito de todos serem livres, mas não se garantia a ninguém o poder de ser livre.

A liberdade no Estado liberal compreendida a liberdade de iniciativa, que era justamente a luta da burguesia contra os privilégios de algumas classes que impedia a entrada de novos indivíduos no mercado.

A concepção que havia era que o Estado tinha o dever de cuidar da ordem pública, da segurança, das instituições e defesa contra agressões internacionais, mas o mercado deveria se desenvolver de forma livre, sem qualquer interferência do órgão estatal.

Em verdade, não se tinha exatamente idéia das conseqüências do exercício da liberdade individual, mas o que se tinha como certo era que esta liberdade não podia ser limitada.

A liberdade foi garantida em todas as esferas, inclusive no âmbito jurídico. Após as Revoluções Liberais, iniciou-se à fase do constitucionalismo. As constituições promulgadas tinham como objetivo garantir o livre exercício dos direitos individuais e limitar as ações estatais.

Neste contexto surgiu a denominação de Estado mínimo, não no sentido de fraqueza do Estado, mas no fato de que este deveria intervir o mínimo possível no âmbito econômico, pois as suas atribuições eram integralmente política. O Estado mínimo ou o Estado de polícia possuía funções restritas a manutenção da ordem social e a proteção em face das ameaças externas.

O Estado mínimo possibilitou o implemento do constitucionalismo e da separação dos poderes, com a finalidade de preservar a liberdade comercial e a celebração contratual.

A teoria da mão invisível de Smith (1996, p. 155) foi um dos pilares da economia de mercado do Estado liberal e preconizava que o Estado não devia interferir nas relações particulares, inclusive as de natureza econômica, pois havia uma ordem natural e harmônica entre todos os seres.

Na realidade mercadológica, esta teoria sustentava a auto-suficiência do mercado e o dever de resguardar a liberdade individual com o objetivo de manter à auto-regulação do setor econômico, sem qualquer influência do Estado.

Neste período era garantida a liberdade e assegurada à livre iniciativa, mas se ignorava as conseqüências do sistema de produção adotado, bem como não havia qualquer preocupação com a atividade laboral ou com a distribuição de renda.

A liberdade era vista como um valor supremo, com a redução da interferência estatal e sem quaisquer limites no seu exercício. Isto acabou por criar uma nova camada social privilegiada, pois os recursos econômicos encontravam-se nas mãos de poucos. A manutenção do liberalismo, com o mercado sendo auto-regulamentável, acarretaria o fim do capitalismo.

O Estado e o Direito moderno foram de extrema importância para a consolidação do capitalismo. O capitalismo é um sistema que possui dois fatores determinantes, sendo o primeiro a propriedade privada, inclusive dos bens de produção e o segundo a liberdade de participação no mercado e concorrência no comércio.

O Estado moderno viabilizou o sistema capitalista ao garantir a liberdade individual, a livre iniciativa e a livre concorrência. Em primeiro momento, o Estado se afastou das relações econômicas para o estabelecimento do sistema capitalista, garantindo o seu desenvolvimento de forma livre.

Com base na teoria de Smith (1996, p. 155), o exercício da liberdade individual faria com que o indivíduo buscasse aumentar seus lucros e nesta busca

dos seus interesses pessoais, proporcionaria benefício de caráter social com o enriquecimento da sociedade, acarretando o desenvolvimento social e econômico, o que não ocorreu.

O Estado não manteve participação intervencionista em um primeiro momento das relações econômicas, mas também não foi omissivo, eis que garantiu a prestação de serviços públicos que visavam o escoamento da produção e conseqüentemente a circulação de riqueza e pessoas.

Na sociedade capitalista, o funcionamento incorreto do mercado com o conseqüente desequilíbrio entre os fatores de produção e dos agentes sociais, consubstancia na imposição dos interesses individuais sobre os da sociedade.

O Direito moderno se apresenta como um dos meios de estabilização que dispõem o Estado para minimizar o incorreto funcionamento do mercado, produzindo alterações no sistema capitalista para possibilitar a paz e o equilíbrio ao meio social.

2.1.3 O Direito Moderno e a Economia

A compreensão de poder político no Estado moderno é vista sob duas vertentes, a jurídica e a econômica. Na visão jurídica, baseado na noção de império, o objetivo do poder é busca pelo bem comum, sendo que as leis devem consolidar este objetivo. A visão econômica, baseada na idéia de gestão pública, traduz na distribuição de fatores pelo governo com base na política adotada.

A transformação da visão jurídica para a visão econômica, isto é, da idéia de soberania-império para a arte de governar, não ocorreu de forma repentina, eis que no século XVIII podia ainda ser observada a noção de governo com base na idéia de contrato.

A idéia da arte de governar ganha importância com o mercantilismo, apesar de não se consolidar, em virtude da visão jurídica do governo. Entretanto, o que antes era visto apenas sob o aspecto jurídico, passou a ganhar relevo o aspecto econômico, posto que a economia com o sistema de troca tornava-se vetor social e o poder político devia ter algum controle da economia para aperfeiçoar a vida social.

A idéia de soberania-império ainda sobreviveu por algum tempo, isto porque com o crescimento populacional a teoria contratualista não se mostrava mais apta para manter o equilíbrio de interesses dos setores sociais. A arte de governar não

mais podia se restringir ao aspecto estritamente jurídico, devendo estar em sintonia no contexto econômico.

A complexidade da sociedade tornou a arte de governar em ciência política, com base na economia, conhecida como economia política. Sobre esta transformação, Foucault *apud* Amaral (2008, p. 37) assim comenta:

Foi através do desenvolvimento da ciência do governo que a economia pôde centralizar-se em um certo nível de realidade que nós caracterizamos hoje como econômico; foi através do desenvolvimento desta ciência do governo que se pôde isolar os problemas específicos da população; mas também se pôde dizer que foi graças à percepção dos problemas específicos da população, graças ao isolamento deste nível de realidade, que chamamos a economia, que o problema do governo pôde enfim ser pensado, sistematizado e calculado fora do quadro jurídico da soberania.

A idéia de soberania não é mais vista sob o enfoque do território como o seu elemento fundamental, mas em um sentido de gestão das questões sociais, com base na realidade econômica e com a intervenção do Estado na gestão da economia do setor privado, tendo como alvo principal a população.

No âmbito jurídico, a relação entre Estado e economia é disciplinada na Constituição. A Carta Magna passa a estabelecer a forma de gestão, condicionando a atuação estatal, ao estabelecer os direitos e garantias fundamentais, a separação dos poderes, critérios de legalidade da administração, etc.

Apesar das garantias individuais terem sido objetivo de duras lutas nas revoluções burguesas, compete ao Estado restringir a garantia destes direitos em virtude das funções que desempenham na gestão econômica da sociedade.

2.1.4 Institutos no Estado Moderno

2.1.4.1 Propriedade

O Código Civil de 2002 não define propriedade, mas sim o proprietário nos termos do artigo 1228, que assim reza: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou a detenha”.

Assim sendo, podemos conceituar a propriedade como o poder jurídico atribuído a uma pessoa sobre um bem de usar, gozar e dispor, bem como reivindicar de quem quer que injustamente a possua ou a detenha.

O liberalismo teve como base principal a valorização da liberdade, eis que na época havia restrições a liberdade, inclusive sobre a classe burguesa. Nos séculos XVII e XVIII existiam restrições impostas pelo monarca que relativizava ou extinguiu a propriedade particular.

Com as revoluções liberais a burguesia almejava o poder de acumular riqueza, o que seria possível com a retirada do direito do Estado de impor restrições ao exercício da propriedade. O exercício do direito de propriedade sem as restrições impostas pelo Estado absolutista proporcionaria uma maior sustentabilidade do sistema capitalista.

O liberalismo, como base do sistema capitalista, proporcionou a propriedade traços absoluto, pois qualquer tipo de restrição a este direito significaria a restrição a liberdade individual.

É evidente a importância da propriedade para o capitalismo, pois a garantia do exercício deste direito, que se consubstancia em um poder existente entre a pessoa e a coisa, fomentou este sistema econômico.

Ao discorrer sobre o instituto da propriedade a luz do liberalismo, Amaral (2008, p. 44) assim pondera:

Logo, a partir dessa esclarecedora ponderação, há que ser notada a relevância da idéia de propriedade ao Estado liberal e, por conseguinte, ao direito moderno. O indivíduo passa a ser identificado como alguém livre quando pode exercer a propriedade sobre algo. O ser alguém se vincula a ter algo. A liberdade, como citado, passa a se aliar ao conceito de propriedade, uma vez que só é realmente livre quem também ostenta a condição de proprietário.

Neste sentido, no liberalismo a propriedade era considerada absoluta e jamais poderia ser restringida, sendo que qualquer restrição denotaria a diminuição da liberdade. Como o liberalismo significou a adoração da liberdade individual, a restrição da propriedade no Estado liberal significaria o retrocesso do processo histórico.

2.1.4.2 Contrato

Na época do liberalismo a liberdade de contratar era plena, sem qualquer restrição. Da mesma forma que a propriedade, o contrato é uma das bases do capitalismo, pois este é o instrumento para a aquisição da propriedade.

A propriedade é a finalidade do sistema capitalista, sendo assim para consolidar este sistema econômico se mostrava imprescindível garantir a autonomia da vontade de contratar sem restrições para viabilizar a aquisição da propriedade.

O mesmo pensamento de liberdade que proporcionou a idéia de propriedade como atributo do indivíduo sem qualquer restrição, permitiu a instituição do contrato como um negócio jurídico baseado na autonomia da vontade, sem intervenção do Estado, mas com regulação mínima pelo Estado para proporcionar segurança jurídica entre os contratantes. Neste período, não se vislumbrava uma função social ao contrato.

Esta regulação mínima do Estado visava resguardar a instituição do contrato, como lei entre as partes e que devia ser respeitado, assegurando que não surtiria efeitos a terceiros que não fossem partes na relação contratual.

O contrato foi extremamente importante para a consolidação do Estado liberal e do capitalismo, pois garantia a liberdade plena de contratar baseada na autonomia da vontade.

2.1.4.3 Atos de comércio

As corporações de ofício dificultavam o que atualmente chamamos de livre iniciativa e as Revoluções Liberais tinham como finalidade possibilitar que a classe burguesa continuasse a prosperar.

No período seguinte as Revoluções Liberais, foi aprovada uma lei na França que serviu de alicerce ao exercício da livre iniciativa. A maior conquista da burguesia nesta época, no âmbito comercial, ocorreu em 1791 com a aprovação da Lei Le Chapelier que “proibiu a existência de toda espécie de corporações de cidadãos que atuassem no mesmo ramo mercantil e que criassem obstáculos à entrada de outros indivíduos no mesmo setor do comércio.” (AMARAL, 2008, p. 49).

Em 1807 foi promulgado o Código Comercial francês que instituiu a teoria dos atos de comércio, criando assim o sistema objetivo. Por esta teoria, é considerado comerciante aquele que exerce uma das atividades descritas de forma taxativa pelo diploma legal.

Esta teoria era adequada para época porque as atividades mercantis eram mais simples. O Código Comercial francês serviu de base para a positivação no âmbito comercial na maioria dos Estados.

Com as transformações decorrentes da evolução do liberalismo e da Revolução Industrial foi imprescindível a adaptação do ordenamento jurídico. Após a primeira metade do século XX, a teoria dos atos de comércio já não se mostrava mais adequada à realidade da sociedade.

Em 1942, foi promulgado o Código Civil italiano que unificou em um único diploma legal o direito privado, civil e comercial, e inovou ao instituir a teoria da empresa, denominado sistema subjetivo.

2.2 O ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL E A FUNÇÃO SOCIAL

2.2.1 Do Estado liberal para o Estado do bem-estar social

Como todos os processos de transformação no curso da história, com exceção dos de caráter revolucionário, a passagem do Estado liberal para o Estado do bem-estar social ocorreu de forma gradual.

O advento do Estado liberal somente foi possível em razão da positivação dos direitos individuais como a liberdade e a propriedade e que, de consequência, possibilitou a implantação do sistema capitalista.

Um dos grandes autores do período liberal foi Adam Smith, que entendia que o Estado deveria garantir os direitos individuais e se manter afastado das relações comerciais, pois a economia tinha a capacidade de regular as forças do mercado. Sobre o mercado existia uma “mão invisível” que era responsável por ele se regenerar na medida em que ocorriam os desgastes naturais das atividades mercantis.

No âmbito jurídico, o resultado foi a promulgação das constituições-garantia, que visavam submeter o Estado a legislação, garantir os direitos individuais e mantê-lo afastado da esfera individual, principalmente na área econômica. Este perfil de Estado era denominado Estado mínimo.

Entretanto, apesar do Estado Liberal poder ser caracterizado como Estado mínimo, este jamais se afastou totalmente da esfera econômica. Durante o Estado Liberal diversas tentativas foram realizadas com objetivo de emendar as constituições visando instituir direitos sociais e intervencionista no âmbito da economia.

Por ocasião da Revolução Francesa, muitos dos revolucionários demonstraram preocupação com a absolutização do direito de propriedade por entenderem que tal poder poderia se mostrar equivocado, o que foi desconsiderado com a aprovação do texto em 1795.

Dallari apresenta uma interessante análise sobre os benefícios advindos do Estado Liberal e os motivos para a sua superação (2013, p. 273):

O Estado liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as *técnicas de poder*, surgindo e impondo-se a idéia do *poder legal* em lugar do *poder pessoal*. Mas, em sentido contrário, o Estado liberal criou as condições para sua própria superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultraindividualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegura a ninguém o *poder* de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade.

O sistema liberal puro sempre foi objeto de reflexão dos grandes pensadores, sendo que no final do século XVIII desenvolveu-se a teoria do sistema de natureza mista, também denominado sistema dual. Esta alteração decorreu da consciência de que o mercado não é um meio apto a solucionar as falhas do sistema econômico, o que permitiu uma maior aproximação do Estado no desenvolvimento de políticas econômicas.

Este retorno intervencionista na economia pelo Estado é analisado por Amaral (2008, p. 58) nos seguintes termos:

A passagem do Estado liberal ao Estado social se dá, portanto, a partir do instante em que o mercado se mostra incapaz de gerir os fatores econômicos por si só, os quais passam, ao longo da história, a caracterizar-se pela indubitável complexidade de suas relações. As mazelas verificadas na sociedade liberal, na não consecução do bem para todos, fez com que o Estado retomasse sua posição intervencionista, não para conduzir a nação tal qual um monarca, mas sim para garantir programas de desenvolvimento social que permitissem a continuidade do sistema capitalista.

A fragilidade do liberalismo frente ao aumento da complexidade social, possibilitou a implementação do Estado social, também denominado de Estado do

bem-estar social, com o objetivo de implantar o bem-estar da sociedade e garantir a manutenção do capitalismo.

Após a Primeira Guerra Mundial, o Estado passa a intervir na economia, objetivando atender as necessidades da população e diminuir as desigualdades sociais.

Com a finalidade de assegurar a reconstrução equilibrada numa sociedade abalada pela situação deixada pela guerra, foi promulgada na Alemanha a Carta Constitucional de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, que melhor tratou as questões dos direitos sociais. Na Europa, de todos os países capitalistas, a Alemanha foi o que mais ousou ao da tratar da propriedade, pois estava interessada em promover a distribuição de riqueza.

A Constituição mexicana de 1917 também foi importante, pois passou a questionar o caráter absoluto da propriedade, que era um dos pilares do liberalismo, demonstrando preocupação com a destinação que o particular dava a terra, com o escopo de evitar condutas contrárias aos interesses da sociedade.

A Constituição de Weimar iniciou a disseminação do Estado social, bem como o conceito das constituições-programa, pois estabelecia os programas, os objetivos e os instrumentos para proporcionar o equilíbrio da sociedade e a sua prosperidade. Além dos direitos individuais, deveriam ser garantidos os direitos sociais por meio de políticas sociais e econômicas a serem implementadas pelo Estado.

No Estado liberal o indivíduo ocupava o papel central na vida política, econômica e jurídica, sendo que no Estado social este papel é da sociedade. Evidencia-se a mudança do foco como motivo para nortear as ações estatais, o que possibilitou a passagem do Estado liberal para o Estado social, que preconiza que os direitos individuais devem preservar o indivíduo perante o Estado e serem exercidos em benefício da coletividade.

As Constituições alemã e mexicana não tiveram como objetivo eliminar a propriedade privada, mas sim impor o uso correto deste direito individual.

No sistema dual, característicos dos Estados sociais, o Estado intervém na economia com a finalidade de orientar os agentes econômicos para alcançar resultados que favoreçam a prosperidade da sociedade, sem que isso implique na perda dos direitos individuais.

No Estado social, todos os institutos e instituições têm uma função a ser exercida devendo ser direcionada ao bem-estar coletivo, atendendo o interesse público. As condutas que contrariam o bem-estar social, mesmo que importem em benefício ou proveito individual, são contrárias as idéias do Estado social.

2.2.2 Função social do Direito

O advento do Estado social fez com que todos os institutos jurídicos tivessem uma função com a finalidade primordial do bem-estar social. Todos os institutos jurídicos passam a ter uma função sempre em sintonia do que será melhor à sociedade.

No liberalismo, o direito visava garantir os direitos individuais, sendo que os institutos como a propriedade, o contrato e os atos de comércio, sempre buscavam favorecer o indivíduo. A idéia era que a riqueza individual propiciaria a riqueza social. Nesta época, não havia função social do direito e sim função individual do direito.

No Estado social, os institutos jurídicos são garantidos não para atender os interesses individuais, pois passam a exercer a função social. Na visão de Amaral (2008, p. 69), “a função social do direito é garantir o exercício de direitos pelos indivíduos e pela sociedade que contribuam à consecução dos objetivos sociais”.

A atribuição da função social do direito não tem o escopo de destituir garantias individuais conquistadas após intensas lutas, mas a imposição de reajustar os fatores econômicos e sociais em benefício do interesse público.

Neste sentido, quanto mais o direito se distancia da esfera individual maior é o seu grau de funcionalização. A função social tornou imprescindível ao direito no Estado do bem-estar social, devendo ser vista não como limitador dos direitos individuais, mas sim como ferramenta para efetivar os direitos individuais e coletivos.

O direito tornou-se um importante instrumento para dirimir as necessidades sociais, servindo à sociedade do qual emana. No contexto de transformações, a sociedade deve fazer alterações legais necessárias na medida em que evolui e sua realidade é alterada, pois a função social do direito deve ser ajustada às novas concepções sociais e econômicas, sempre tendo a coletividade como o foco principal de todas as preocupações.

2.2.3 A Propriedade e o Contrato no Estado Social

2.2.3.1 A função social da propriedade

Com o advento do Estado social a propriedade passa a exercer uma função social, da mesma forma que os demais institutos do direito privado, tais como o contrato e a empresa.

A propriedade pode ser analisada sob diversos perfis, sendo eles o objetivo, o subjetivo, o estático e o dinâmico.

O perfil subjetivo consubstancia em um direito garantido constitucionalmente, que refere-se aos poderes inerentes da propriedade de usar, gozar, dispor, bem como reivindicar de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Sob o aspecto objetivo a propriedade é um instituto jurídico garantido pelo ordenamento jurídico. Este perfil não se trata do exercício do direito, mas da possibilidade de ter um determinado bem.

O perfil estático considera a propriedade sob a ótica do direito subjetivo do proprietário. Observa-se neste caso a situação jurídica do proprietário, o que se assemelha com o pensamento liberal, pois somente presta a asseverar um direito do proprietário.

Para a propriedade dinâmica o que importa é a análise da utilização da propriedade, pois se avalia o exercício do direito em relação à produção almejada e atingida, estando este perfil ligado à idéia de bens de produção.

A propriedade é um poder atribuído ao proprietário sobre um bem. Ao se referir sobre os bens de produção se avalia não o seu caráter estático, mas sim o seu dinamismo. Por conseqüência, a propriedade deixa de ser um mero poder e passa a ter uma função na sociedade.

A propriedade dinâmica é vista não somente no aspecto do poder, mas como poder (direito) e dever (função). Como poder-dever, haverá imposição de limites no exercício deste direito.

Acerca do perfil da propriedade empresarial, Amaral (2008, p. 79) assim esclarece:

A situação ganha maior relevância frente ao tema do presente trabalho, pois a empresa é inegavelmente a forma mais estruturada dos bens de produção. As sociedades empresárias são uma forma de propriedade em

sua face dinâmica. Tanto a manutenção do Estado como dos indivíduos que o constituem é feita em sua grande parte pelas empresas, as quais empregam mão-de-obra e produzem bens de consumo.

Note-se que a propriedade dinâmica, enquanto bens de produção organizados tem em sua estrutura a força do trabalho humano. O homem passa a ser um dos fatores de produção dessas empresas. A dinamização da propriedade passa a atingir o seio social de maneira direta e, como tal, há de obedecer a certos limites e de cumprir determinados deveres.

Com o objetivo de fortalecer o Estado Democrático de Direito e de possibilitar uma sociedade mais justa e equilibrada, a função social da propriedade é positivada pelo sistema jurídico.

Em um Estado Democrático a positivação da função social da propriedade evidencia a vontade da sociedade em conferir uma destinação em consonância com os interesses sociais, em perfeita observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

A função social da propriedade tem a finalidade de contribuir com o desenvolvimento do Estado e a diminuição da pobreza e das desigualdades sociais, devendo assim promover a riqueza social, sendo um instrumento de promoção de objetivos de ordem coletiva.

2.2.3.2 A função social do contrato

Na égide do Estado liberal o contrato era visto como um acordo de vontades, baseado no princípio da autonomia da vontade, sem repercussão na esfera exterior da relação bilateral, sendo um importante instrumento de funcionalização do sistema capitalista.

Neste período, o contrato foi de suma importância para a classe burguesa, pois possibilitava a liberdade de contratar e a plena autonomia da vontade, garantido assim o direito à livre iniciativa.

Na passagem do Estado liberal para o Estado social, o contrato ganha nova dimensão e o princípio da autonomia passa a sofrer influências do entendimento que a celebração do contrato proporciona efeitos fora da esfera particular.

No Estado liberal não havia preocupações que envolvessem o restante das pessoas da sociedade, pois a concepção era que os contratos surtiam efeitos somente entre os contratantes. O Estado social conferiu importância às

repercussões dos contratos no âmbito social, sendo baseado na idéia de solidarismo.

Da mesma forma que ocorreu com a propriedade, os contratos tiveram que se adaptar às necessidades sociais, o que inclusive proporcionou a previsão de novos princípios no ordenamento jurídico a fim de ajustá-lo a esta feição social.

Em virtude da função social, o contrato ganha uma dimensão maior do que a de mero regulamentador da vontade das partes, buscando a igualdade real dos contratantes a fim de equilibrar a relação estabelecida.

O pós-modernismo da disciplina referente aos contratos se consubstancia na internacionalização das relações contratuais decorrentes da globalização. Entretanto, não se despreza as conquistas do Estado social, mas se ajusta a realidade internacional. Uma das formas para realizar este ajuste é mediante a aplicação do ordenamento jurídico de acordo com o contexto social verificado.

Sobre a função social dos contratos, Amaral (2008, p. 79) pondera:

A função social do contrato ingressa no ordenamento jurídico como importante instrumento de adequação das relações contratuais à realidade social, relativizando antigos princípios que, no mais das vezes, representavam prejuízo a uma das partes ou repercutiam negativamente no tecido social.

A autonomia da vontade enaltecida no Estado liberal como uma de suas grandes conquistas não pode mais se aplicada de forma ilimitada. O *“pacta sunt servanda”* sofre restrições, pois a sua interpretação decorre de um novo contexto em que os contratos produzem efeitos fora da esfera privada e este instituto deve ter uma função no meio social.

2.3 A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

2.3.1 Teoria da Empresa

Em 1942 entrou em vigor o Código Civil italiano que unificou em um único diploma legal o Direito Civil e o Direito Comercial. Segundo Bulgarelli (2001, p. 60):

Na Europa, na Itália mais precisamente, o movimento unionista iniciou-se, praticamente, com a célebre aula inaugural de Cesare Vivante, em Bolonha, cujas razões se encontram em sua célebre *Prolusione*, tendo, porém, se retratado em 1919, quando, inclusive fora indicado para presidir a comissão de reforma ao código comercial, adotando a concepção autonomista.

Entretanto, o movimento de unificação acabou tendo êxito, naquele país, em 1942, com a promulgação do Código Civil, que unificou toda a matéria comercial à civil.

Além desta unificação, o referido Código foi de suma importância, pois substituiu, no âmbito comercial, a teoria dos atos de comércio para a teoria da empresa, que tem como objetivo a empresa em si.

O Código Civil italiano inovou ao apresentar uma nova teoria, mas não conceituou a empresa. Conforme já exposto, Alberto Asquini (AMARAL, 2008, p. 93 e 94) defendeu que a empresa é um fenômeno econômico poliédrico, podendo ser vista sob quatro perfis, sendo o subjetivo, em que a empresa é vista como empresário, o funcional, para o qual a empresa é uma atividade empresarial, o objetivo, em que a empresa corresponde a um estabelecimento e o corporativo, em que a empresa possui caráter de instituição.

A teoria de Asquini foi importante para se tentar compreender juridicamente a empresa. Nos ordenamentos jurídicos atuais, o perfil funcional da empresa é o mais relevante em face dos demais perfis da teoria poliédrica.

No ordenamento jurídico brasileiro, a adoção formal e material da teoria da empresa ocorreu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, substituindo a teoria dos atos de comércio. O referido código conceituou o empresário em seu artigo 966, como sendo aquele que exerce atividade profissional econômica, objetivando a produção e circulação de bens ou de serviços, mas não apresentou um conceito jurídico do termo empresa.

Apesar de não ter conceituado a empresa, mas em análise ao artigo 966 do Código Civil, é evidente que o ordenamento jurídico brasileiro optou por adotar o perfil funcional da empresa.

Em análise da empresa sob o perfil funcional, Amaral (2008, p. 97) ensina:

A idéia de empresa engloba, pois, três outros aspectos, quais sejam: organicidade; profissionalidade; e, economicidade. O primeiro se refere à organização dos fatores de produção pelo empresário; o segundo reflete a sistematicidade com a qual o empresário exerce a atividade, isto é, de maneira habitual e contínua; o terceiro, por fim, importa a efetiva produção de riquezas a serem postas no mercado sob a forma de produto ou de serviço. Presentes todos esses elementos, a atividade empresarial restará demonstrada.

O perfil funcional da empresa traduz a idéia de que a atividade econômica deve atender a uma série de atos coordenados, visando um objetivo econômico de produção ou circulação de bens ou serviços no mercado.

2.3.2 Criação do Direito Econômico

O Direito Econômico surgiu de uma nova realidade jurídica, do ponto de vista do direito público e do privado, inclusive de inovações no âmbito jurídico-econômico. As constituições-garantia, ou também denominadas estatutárias, que eram próprias do Estado liberal, se restringiam a concessão de garantias e liberdade, enquanto que as constituições programáticas ou dirigentes, provenientes do Estado social, visavam a concessão destes direitos, como também delinearão programas que deveriam ser observados para a realização do desenvolvimento social.

Sobre as diferenças destes modelos de Constituição, Mendes e Branco (2014, p. 73) assim explicam:

As primeiras, as constituições-garantia, tendem a concentrar a sua atenção normativa nos aspectos de estrutura do poder, cercando as atividades políticas das condições necessárias para o seu correto desempenho. Aparentemente, não fazem opções de política social ou econômica. As segundas, as constituições dirigentes, não se bastam com dispor sobre o estatuto do poder. Elas também traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico.

Após a Primeira Guerra Mundial e em virtude da situação calamitosa dos Estados onde havia se dado a guerra, ficou evidente as diferenças entre o Direito e a realidade social, isto porque as distorções de ordem econômica e social do período liberal não eram detectadas pelo ordenamento jurídico, cuja ideologia era o pensamento da classe burguesa.

O Estado percebeu que o afastamento das questões econômicas poderia acarretar a perda do poderio estratégico, tendo assim constatado a importância de regulamentar os setores econômicos.

Desse contexto de distorções surgiu a necessidade de adaptar as constituições-garantia para as constituições programáticas, como também a criação de um novo ramo do Direito que tivesse como finalidade estabilizar a evolução do mercado com as necessidades sociais, regulamentando os aspectos jurídicos e econômicos.

Na época, enquanto alguns alegavam que o Estado estivesse com a intenção de criar um direito da guerra, outros entenderam que o objetivo era a

criação de um direito que tivesse como objetivo regulamentar a economia, não se restringindo às questões de conflitos com outros Estados.

A teoria da mão invisível de Adam Smith demonstrou ineficiente para a solução dos problemas sociais e econômicos. Sem a intervenção do Estado, a economia não conseguiria atender as necessidades sociais e econômicas.

A partir desta conjuntura, se constatou alterações nos ordenamentos jurídicos, oportunidade em que o Direito passou a penetrar no conteúdo econômico. Um exemplo de tal constatação é a constituição programática da Alemanha, a Constituição de Weimar.

A criação do Direito Econômico foi na visão dos tradicionalistas um mero artifício para reorganizar os institutos de direito público e privado. Entretanto, o direito econômico é uma espécie de ordenamento constitucional da economia, que se trata de um meio termo entre estas duas áreas, impondo limites ao livre exercício dos institutos de direito público e privado.

O Direito Econômico põe fim ao afastamento do Estado nas relações econômicas, de tal forma que não obriga a intervenção e nem fulmina esta possibilidade. A intervenção ou não na economia são opções de política econômica estatal.

Este novo ramo do Direito nasceu junto com a idéia de Estado de bem-estar social, mas não foi um instrumento para viabilizá-lo. Pelo contrário, foi justamente a existência do Estado social que viabilizou a criação do Direito Econômico para possibilitar a consolidação de políticas públicas de natureza econômica.

O Direito Econômico jamais seria construído no Estado liberal, pois neste Estado seria impensável a criação de políticas públicas que tivessem o objetivo de intervir no âmbito econômico. No Estado liberal, a atividade estatal tinha finalidade específica de garantir as liberdades individuais, sendo que cabia ao mercado trilhar o seu caminho, tendo por base a teoria da mão invisível.

A base da criação do Estado social foi a reestruturação dos fatores econômicos, com a relativização de alguns institutos como, por exemplo, a propriedade, de forma a possibilitar o implemento de políticas econômicas estatais.

As crises econômicas e a necessidade de manter o sistema capitalista de produção possibilitaram o surgimento do Direito Econômico, tendo este se tornado um importante instrumento na manutenção deste sistema.

Este referido Direito serve para demonstrar que o direito público e o direito privado nunca estiveram separados, pois ao traçar as políticas públicas o Estado deve ser movido pelos interesses da coletividade e dos setores privados.

Ao discorrer sobre o Direito Econômico, Amaral (2008, p. 110) sustenta:

Neste sentido, o direito econômico é um instrumento à manutenção do capitalismo, devendo se determinar políticas econômicas que tenham sempre em mente a continuidade de um sistema econômico do capital sem que se esgotem os recursos para sua continuidade e sem que seus principais artífices, os consumidores sejam reduzidos à miséria, consoante se verificou ao longo dos séculos XVIII e XIX.

O Direito Econômico é de suma importância para superar as crises do sistema capitalista, bem como para viabilizar o desenvolvimento das sociedades industrializadas.

2.3.3 A função social da empresa no ordenamento jurídico brasileiro

2.3.3.1 Classificação da empresa

Para classificar a empresa, deve-se levar em consideração as duas espécies de propriedade: a estática e a dinâmica. A estática não considera a finalidade da utilização de bem, mas somente o poder emanado pelo direito de propriedade, enquanto que a propriedade dinâmica analisa o exercício deste direito no que se refere a produção, estando ligada a concepção de bens de produção.

Segundo Lemos Junior (2009, p. 156):

... o direito de propriedade individualmente considerado é aquele previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e no inc. XXII do mesmo. Trata-se da propriedade em seu aspecto estático, vale dizer, não destinada à reprodução de outros bens. Aqui não se cuida de propriedade sobre bens de produção, como no inc. II do art. 170 da referida Constituição.

A empresa jamais poderia ser estática, razão pela qual esta se trata de uma propriedade dinâmica, sendo considerada uma das expressões mais relevantes deste tipo de propriedade. É inegável o seu dinamismo, pois se trata de uma atividade econômica, organizada para produção e circulação de bens e serviços, com a finalidade de produzir riqueza para a sociedade.

Sendo a empresa uma propriedade dinâmica e o principal fundamento das sociedades capitalistas, é imprescindível e inevitável que esta tenha uma função social.

A Constituição Federal garante que a propriedade deve atender a função social e sendo a empresa uma espécie de propriedade, sujeita ao ordenamento jurídico brasileiro, é importante a imposição de uma função ao seu exercício. Os traços neoliberais asseguram a livre iniciativa, mas também outros valores igualmente importantes.

2.3.3.2 Princípio constitucional da função social da empresa

Os empresários ao exercerem as suas atividades não são movidos pelo interesse de promoverem o bem estar da sociedade. Conforme Smith (1996, p. 70): “não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse”. Entretanto, motivados por seus interesses, os empresários são levados a promoverem o bem estar da sociedade. Nas palavras de Smith (1996, p. 430):

Ao preferir fomentar a atividade do país e não de outros países ele tem em vista apenas a sua própria segurança; e orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções.

O nascimento da função social da empresa ocorreu com o aumento da importância da atividade empresarial. A empresa tornou-se importante instrumento para a consecução dos objetivos fundamentais dos Estados, principalmente para os que adotam o sistema capitalista, sendo que estes objetivos devem ser conciliados com os objetivos individuais do empresário.

As diferenças entre o direito privado e público devem ser desconsideradas, sob pena de não alcançarem os objetivos de interesses sociais e tão somente os privados.

A Constituição Federal estabelece a função social da propriedade e, de conseqüência, da empresa, sendo que atividade empresarial deve ser exercida em sintonia com o ordenamento jurídico, sob pena de haver abuso de direito e condutas contrárias a sociedade capitalista, como também aos consumidores, a livre iniciativa e ao meio ambiente.

Comparato *apud* Lemos Junior (2009, p. 153) explica a função social nos seguintes termos:

... um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. A função social da propriedade não se confunde com as restrições legais ao uso e gozo dos bens próprios; em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.

A Carta Magna de 1988 não prevê de forma expressa o princípio da função social da empresa, mas de forma implícita nos artigos 5º, inciso XXII e no artigo 170, que assim dispõe:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A atividade empresarial deve ser exercida para atender não somente os interesses dos sócios, mas também de toda a coletividade e em consonância com o princípio da livre iniciativa e com os demais que regem a atividade econômica previstos na Constituição Federal como norteadores da ordem econômica.

A existência do princípio da função social confere a liberdade de iniciativa que não pode ser desprovida de limites, os quais encontram-se previstos nos princípios constitucionais.

É importante diferenciar a função social da empresa da sua responsabilidade social. Enquanto que a primeira possui previsão legal, havendo coercitividade emanada pela norma, a segunda decorre da liberalidade do empresário e se consubstancia no auxílio a terceiros não envolvidos diretamente na atividade empresarial.

Na maioria das vezes, essa responsabilidade social é usada como um meio de auferir maiores lucros, sem necessariamente implicar em melhora no contexto social. Geralmente, as empresas buscam passar uma boa imagem aos seus consumidores, visando exclusivamente aumentar a rentabilidade, sem exercer essa responsabilidade de forma proporcional aos lucros auferidos no exercício da atividade empresarial.

A função social da empresa se refere à atividade empresarial desenvolvida e pode ser classificada como: endógena e exógena, cujas espécies são explicadas por Amaral (2008, p. 119) nos seguintes termos:

A função social de caráter endógeno diz respeito aos fatores empregados na atividade empresarial no interior da produção. Assim, fazem parte dessa espécie as relações trabalhistas desenvolvidas no âmbito empresarial; o ambiente no qual o trabalho é exercido; os interesses dos sócios da empresa não implícitos na relação administrador-sócios etc.

Já a função social da empresa em seu perfil exógeno leva em conta os fatores externos à atividade desenvolvida pela empresa. Nesse sentido, são compreendidos nessa espécie de incidência da função social da empresa: concorrentes; consumidores e, o meio ambiente.

Os fatores endógenos e exógenos da atividade empresarial estão presentes no artigo 170 da Constituição Federal, que se refere à ordem econômica. O *caput* do referido artigo, prevê a construção de uma sociedade justa e igualitária que deve ser fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos os brasileiros a existência digna, atendendo os princípios constantes em seus incisos.

A valorização do trabalho humano é considerada um fator endógeno, enquanto que o meio ambiente e os consumidores são fatores exógenos. No sistema capitalista, somente será atingido a justiça social, quando o trabalho humano for valorizado, a livre iniciativa e os demais princípios efetivados.

Além destas vertentes da função social, é imprescindível tecer comentários acerca da sustentabilidade. Segundo Boff (2012, p. 107):

Sustentabilidade é toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando sua continuidade e ainda atender as necessidades da geração presente e das futuras, de tal forma que o capital natural seja mantido e enriquecido em sua capacidade de regeneração, reprodução e coevolução.

No âmbito empresarial, a sustentabilidade consiste na possibilidade de gerar riqueza e bem-estar sem prejudicar ou destruir o meio ambiente. Este modelo

econômico de atividade empresarial, em consonância com a função social, deve buscar satisfazer as necessidades atuais sem comprometer as das gerações futuras, sempre com o objetivo de melhorar a qualidade de vida da sociedade.

No mercado globalizado, a preocupação com a sustentabilidade e, de conseqüência, a implementação de princípios e práticas de boa gestão compatíveis com esta premissa, consubstancia em um diferencial competitivo e demonstra que a empresa exerce as suas atividades prezando pelo cumprimento de sua função social.

Outro aspecto interessante a ser analisado sob o enfoque da função da social da empresa trata-se da governança corporativa, que tem como objetivo melhorar o desempenho da empresa, facilitar o acesso de capital, atender os interesses dos acionistas e, de conseqüência, promover mudanças na sociedade, tornando a empresa mais atraente para os investidores.

A governança corporativa nasceu nos Estados Unidos e no Reino Unido, na década de 1990, tendo como finalidade a identificação e adoção de práticas mais adequadas para a gestão da empresa e de relacionamento com os acionistas.

Comparato *apud* Lemos Junior (2009, p. 176) afirma que “O poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade”.

Em análise a governança corporativa, Tomazette (2014, p. 426 e 427) aduz:

Para atingir sua finalidade, a governança corporativa é pautada por quatro linhas mestras, a saber, a transparência, a integridade, a prestação de contas e a responsabilidade corporativa. Pela transparência, devem ser prestadas todas as informações necessárias a manter os acionistas e os investidores potenciais completamente informados acerca da efetiva situação da companhia. Pela integridade, equidade ou lealdade, deve haver um respeito aos interesses dos minoritários e um efetivo cumprimento da lei, tornando a sociedade mais confiável. Pela prestação de contas, é possível um melhor controle dos administradores, evitando abusos e assegurando um melhor desempenho. Pela responsabilidade corporativa, devem ser adotadas práticas que permitam a perenização da sociedade, com respeito a preocupações ambientais e sociais.

Estas práticas estão relacionadas com o tratamento do acionista minoritário, aos meios de fiscalização da sociedade, bem como a atuação do Conselho de Administração.

A Companhia Vale do Rio Doce, estabelecida nos 5 (cinco) continentes e em 14 (quatorze) estados brasileiros, com atuação nas áreas da mineração e logística, é um exemplo de boa governança corporativa, sendo que as suas ações provocam estimáveis efeitos econômicos, sociais e ambientais.

No desempenho de sua atividade empresarial a referida Companhia “Promove o crescimento profissional de seus empregados, realiza projetos de preservação e de melhoria de condições ambientais nas diversas regiões onde atua e gera valor para os seus acionistas” (LEMOS JUNIOR, 2009, p. 179).

O aumento da competitividade global decorre do corte de custos pelas empresas, mas o investimento em práticas de governança corporativa é imprescindível para o aumento da confiança dos investidores, diretores e funcionários, pois se trata de um diferencial da empresa perante outras companhias, proporcionando a valorização dos seus ativos e o crescimento econômico sustentável.

No exercício da atividade empresarial, o empresário tem o dever e a função de atender todos os princípios constantes no artigo 170 da Constituição Federal. Ao Estado não basta somente garantir a atividade empresarial, sendo imprescindível assegurar uma sociedade equilibrada, com o objetivo de proporcionar uma vida digna aos brasileiros.

2.3.4 Normas infraconstitucionais e a função social da empresa

O princípio da função social da propriedade é previsto em normas infraconstitucionais, com o objetivo de fazer cumprir a determinação constitucional decorrente da estipulação deste princípio.

O Código Civil de 2002 foi elaborado com base no alicerce de três valores fundamentais: a eticidade, a socialidade e a operabilidade. A finalidade destes três valores fundamentais consubstancia na possibilidade de aplicação do referido Código sem destoar da realidade social.

A eticidade refere-se ao dever de natureza ética que deve nortear as relações regulamentadas pelo Código Civil. Este valor proporcionou ferramentas para se viabilizar nos casos concretos, o que se pode notar com a existência de cláusulas gerais que confere maior dinamismo à legislação e ampla possibilidade aplicabilidade pelos magistrados.

A socialidade traduz na preocupação não somente com os indivíduos isolados nas relações privadas, mas também com as repercussões sociais decorrentes destas relações. A socialidade colabora para que o Código Civil esteja

em consonância com a Constituição Federal, pois, por exemplo, prevê a função social da propriedade, bem como admite e ampara a justiça social.

A operabilidade significa o dever de possibilitar a fácil compreensão da norma pelos seus intérpretes. A efetivação da eticidade e da socialidade ocorre mediante a operabilidade.

Com base nos valores retro mencionados, convém analisar o disposto no § 1º, do artigo 1228, do Código Civil, que assim estipula:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Convém registrar que este dispositivo não encontra correspondência com nenhum previsto no Código Civil de 1916, isto porque este Código foi promulgado com base no pensamento liberal. O Código Civil de 2002 foi adaptado aos preceitos contidos na Constituição Federal de 1988 e, por tal motivo, atualmente se fala na constitucionalização do direito civil.

O § 1º, do artigo 1228, do Código Civil, tem como finalidade conferir aplicabilidade ao artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, que assim prevê: “a propriedade atenderá a sua função social”.

A função social da propriedade prevista no Código Civil implica a atribuição de uma finalidade para o instituto. Esta atribuição de finalidade decorre dos três valores fundamentos que nortearam a elaboração do referido Código, em especial a socialidade, eis que a finalidade deste princípio é direcionada para a coletividade.

O artigo 50 do Código Civil, também transmite a idéia de função social da empresa ao prever:

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

Este artigo também não corresponde a nenhum outro do Código Civil de 1916, elaborado sob o pensamento liberal.

A desconsideração da personalidade jurídica ocorrerá quando restar demonstrado o desvio de finalidade, que é uma violação ao princípio da função

social da empresa. Ocorrendo a desconsideração, os bens particulares dos sócios poderão ser atingidos para a satisfação dos direitos dos credores.

Além das previsões contidas no Código Civil de 2002, pode-se observar que a função social da empresa também encontra previsão na Lei 6.404/1976, que regulamenta as Sociedades por Ações. O artigo 154 da referida lei assim estabelece: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”.

O dispositivo retro transcrito dispõe que no exercício de suas atribuições o administrador deve vincular os fins econômicos ao atendimento da função social da empresa. A intenção do legislador não foi modificar a finalidade da atividade empresarial, mas ajustá-la ao interesse da coletividade.

O parágrafo único, do artigo 116, do mesmo diploma legal, versa sobre a função social nos seguintes termos:

O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir sua função social e, tem deveres responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Neste dispositivo resta evidente que no exercício da atividade empresarial devem ser respeitados não somente os interesses individuais, como também os da comunidade. A empresa é vista como um importante agente social no contexto da sociedade capitalista.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/90, também se baseia na função social da empresa ao estabelecer normas de proteção aos consumidores, o que corroborou para que os produtos e serviços destinados ao consumo ganhassem segurança e qualidade beneficiando toda a sociedade. Ademais, o artigo 170 da Constituição Federal dispõe que a ordem econômica segue, dentre outros princípios, a defesa consumidor.

A Lei nº. 8.884/94, que tratava das questões acerca da concorrência empresarial, colaborou com a consolidação da função social da empresa. Esta lei foi revogada pela Lei 12.529/2011, que assim estabelece em seu artigo 1º:

Esta lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico.

O legislador ao elaborar a Lei 12.259/2011 teve como objetivo reprimir o abuso econômico, viabilizando o exercício da atividade empresarial em consonância com os princípios da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e defesa dos consumidores, atribuindo no parágrafo único, do seu artigo 1º, a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos pela lei.

Apesar da constatação de que o princípio da função social da empresa encontra-se implícito na Constituição Federal, mais especificamente no artigo 5º, inciso XXIII e no artigo 170, III, bem como expresso em algumas normas infraconstitucionais, há que se ressaltar a inexistência de norma infraconstitucional que concretize este princípio, isto é que o define e delimite os seus efeitos.

Em virtude da inexistência da norma com a finalidade de concretizar este princípio, resta ao Poder Judiciário dar concretude ao princípio da função social da empresa enquanto o Poder Legislativo não exerce a sua competência. A inexistência desta norma acaba por proporcionar insegurança jurídica, eis que caberá ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, analisar a sua aplicabilidade.

Encontra-se em tramitação 02 (dois) projetos de lei sobre o novo Código Comercial, sendo um em trâmite na Câmara dos Deputados e outro no Senado, os quais enunciam e delimitam o princípio da função social da empresa.

Sobre a função social da empresa, o Projeto de Lei nº. 1572/2011, em análise pela Câmara dos Deputados assim prevê:

Art. 4º. São princípios gerais informadores das disposições deste Código:

...

III – Função social da empresa.

...

Art. 7º. A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita.

Por sua vez, o Projeto de Lei nº. 487/2013, que encontra-se no Senado, assim dispõe:

Art. 5º. São princípios do direito comercial comuns a todas as suas divisões:

...

III – Função econômica e social da empresa.

...

Art. 7º. A empresa cumpre sua função econômica e social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico da comunidade em que atua, ao adotar práticas empresariais com observância de toda legislação aplicável à sua atividade, em especial

aquela voltada à proteção do meio ambiente, dos direitos dos consumidores e da livre competição.

Para alguns doutrinadores, independentemente do Projeto de Lei, a aprovação do novo Código Comercial, nos termos propostos, proporcionará maior segurança jurídica, eis que haverá a delimitação do princípio da função social da empresa, que deverá ser cumprido concomitantemente com a função econômica.

Dos artigos retro transcritos de ambos os Projetos de Lei, constata-se que a função social da empresa terá como alicerce de forma expressa três elementos, sendo o primeiro a geração de empregos, tributos e riqueza; o segundo, o cumprimento da responsabilidade social; e o terceiro, o cumprimento rigoroso da legislação, em especial, da legislação consumerista, proteção ao meio ambiente e a liberdade de competição.

Em que pese não haver sanção expressa para o descumprimento do princípio da função social, a definição e delimitação deste em norma infraconstitucional proporcionará concretude ao princípio e gerará maior segurança jurídica.

Alguns opositores entendem que haverá maior insegurança, pois deixará de ser uma cláusula aberta e com isto restringirá a mobilidade do sistema normativo, bem como deixará de evitar prejuízos decorrentes da rigidez da norma.

Todavia, tais críticas não prosperam, eis que com a aprovação do novo Código Comercial, nos termos propostos, haverá um avanço na segurança jurídica sobre o tema na medida em que se definirá exatamente o que se pode entender e o que não se pode entender como função social da empresa.

2.3.5 A função social da empresa e o direito-custo

Algumas normas jurídicas geram efeitos no custo da atividade econômica, o que para Coelho é o denominado direito-custo. Assim, para estabelecer os preços dos produtos e serviços se faz necessário levar em consideração os insumos, a mão-de-obra, o lucro esperado, como também os custos provenientes das normas.

Sobre as normas que repercutem diretamente no custo da atividade, Coelho (2015, p. 53) assevera que:

São desta natureza, por exemplo, grande parte das normas de direito do trabalho (excetuam-se as disciplinadoras de regimes especiais, como a do empregado doméstico), de direito tributário (quando relacionadas a tributos

do interesse da empresa), de direito previdenciário (as referentes às contribuições do empregador e, também, às do empregado), ambiental urbanístico e outros. Por evidente, também o direito comercial integra esse grupo de ramos jurídicos, cujas normas podem influir nos custos da empresa. Para facilitar o desenvolvimento da matéria, vou me referir a tais normas pela expressão “direito-custo”.

O surgimento de nova obrigação no âmbito do consumidor, trabalhista, ambiental, fiscal, urbanístico, previdenciário, etcetera, acarreta o aumento do custo para o exercício da atividade empresarial e, de conseqüência, o aumento dos preços dos produtos e serviços ao consumidor.

As normas do Direito Empresarial são de natureza de direito-custo, com exceções que impedem que algumas normas deste ramo jurídico sejam assim enquadradas, como, por exemplo, as normas que regem a constituição e o funcionamento da sociedade anônima.

No âmbito empresarial, as normas referentes à responsabilização, independentemente da sua natureza subjetiva ou objetiva, a responsabilidade contratual, a propriedade industrial, a concorrência desleal, o abuso do poder econômico, os direitos dos consumidores e a recuperação de crédito são de natureza de direito-custo.

A empresa atende à função social quando o exercício de suas atividades encontra-se em consonância com os princípios constantes no artigo 170 da Constituição Federal. Destes princípios, observa-se que a empresa deve atender os princípios da livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, busca do pleno emprego, dentre outros.

Estes princípios são regulamentados por normas que geram custos para o exercício da atividade empresarial, como, por exemplo, se pode notar no princípio da livre concorrência, que segundo Coelho (2015, p. 60):

Se o direito assegura – de modo efetivo e não apenas formal – aos empresários plenas condições para a livre concorrência, coibindo as práticas desleais e as abusivas, o custo para a implantação da atividades econômicas e o prazo para o retorno de investimentos são mais atraentes do que seriam se tais condições não existissem. Por outro lado, assim que amortizado o investimento, o empresário procurará constituir reserva, para absorção de eventual sanção por prática anticoncorrencial.

O direito dos consumidores são também normas de direito-custo, pois ao assegurar a proteção aos consumidores, os empresários necessitam investir no aperfeiçoamento de suas atividades para atender as obrigações legais, significando

maiores custos para a atividade econômica e também majoração dos preços dos produtos e serviços.

Nestes termos, é evidente que para a empresa cumprir a sua função social é imprescindível o atendimento de normas com a natureza de direito-custo, que atendem os interesses da sociedade, mas que geram efeitos consideráveis no custo da atividade econômica

CAPÍTULO 3 - EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - EIRELI

Ao apresentar o projeto de Lei nº. 4605/2009, que transformou na Lei nº. 12.441/2011, o Deputado Marcos Montes justificou a importância da constituição da “Sociedade Unipessoal” ou também conhecida como “Empresa Individual de Responsabilidade Limitada” reproduzindo artigo de autoria de Guilherme Duque Estrada de Moraes, publicado em 30 de junho de 2003, na Gazeta Mercantil.

Basicamente, a idéia era possibilitar a exploração de atividade econômica pelo empresário individual, sem colocar em risco o seu patrimônio pessoal, o que já era possível em alguns países da Europa, como, por exemplo, na França e em Portugal.

Em virtude da impossibilidade de constituição de sociedade limitada por uma única pessoa, deparava-se com constituição de sociedades de fachadas, isto é, a constituição de sociedades de direito que não se tratavam de sociedades de fato, cuja situação é bem analisada por Mamede (2015, p. 97):

São incontáveis as sociedades, simples ou empresárias, do tipo limitada, nas quais um sócio detém a quase totalidade do capital social, convivendo com um minoritário que titulariza poucas quotas, não tendo aportado, de fato, qualquer valor no negócio (o responsável pelo negócio se encarrega também da integralização). É um sócio de direito, não um sócio de fato: existe apenas para atender à necessidade de pluralidade social; não dá notícia dos negócios societários, nem se interessa por eles, não participa das deliberações, não recebe lucros. Dessa maneira, criou-se uma cultura empresarial fundada sobre o desvirtuamento da figura da sociedade.

Além dessa questão, justificou-se o projeto de lei na possibilidade de formalização de milhares de empreendedores que atuam na informalidade, sem proceder com a devida arrecadação dos impostos.

Com o objetivo de resolver o problema da existência das sociedades de fachadas, bem como possibilitar a formalização de empreendedores que trabalham na informalidade e, de conseqüência, aumentar a geração de empregos e a arrecadação de impostos e desenvolver a economia, editou-se a Lei 12.441/2011, que alterou o Código Civil e criou a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI.

Consoante a disposição contida no inciso VI, do artigo 44, do Código Civil, a empresa individual de responsabilidade limitada é uma pessoa jurídica de direito

privado, que não se confunde com as sociedades que estão previstas no inciso III, deste artigo.

O Departamento de Registro Empresarial e Integração com a finalidade de regulamentar de forma mais detalhada editou o Instrumento Normativo nº. 10/2013, que aprovou o Manual de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI, que foi alterado pela Instrução Normativa DREI nº. 26/2014.

3.1 ASPECTOS GERAIS DA EIRELI

3.1.1 Questões relevantes

A Lei nº. 12.441/2011 regulamentou a constituição de atividade empresarial por uma única pessoa com a responsabilidade limitada. Trata-se de inegável avanço em uma economia em crise em que se busca incentivar o empreendedorismo, proporcionando segurança ao empreendedor individual e confiança aos clientes e fornecedores.

O legislador constatou, o que já era há muito tempo apontado pelos doutrinadores, a necessidade de se criar um novo modelo, que não se confunde com o modelo societário. A tipologia societária individual é regulamentada em diversos países, como, por exemplo, na Suíça, na Argentina, na França e em Portugal, mas o legislador brasileiro optou por criar a figura da empresa individual.

Na opinião de Abrão (2015, p. 12):

Explica-se: a empresa individual de responsabilidade limitada não tem forma nem figura societária, mas sim mera pessoa jurídica de direito privado adstrita a único titular, cujo patrimônio está exclusivamente vinculado ao negócio empresarial.

Acrescenta Coelho (2015, p. 161): “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) não é um empresário individual, porque foi definida na lei como uma pessoa jurídica (CC, art. 44, VI)”.

A empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI não admite sócio, mas permite número ilimitado de funcionários, quadro próprio de empregados, com a responsabilidade limitada aos bens da atividade.

A Lei nº. 12.441/2011 se incorporou ao Código Civil de 2002 e estabeleceu alguns requisitos para a constituição e registro da empresa individual, sendo o mais relevante a necessidade de capital mínimo.

O diploma legal exigiu a projeção de capital social de no mínimo 100 salários-mínimos, havendo a imprescindibilidade de integralização no ato de constituição, não podendo ser realizado ao longo do tempo.

Independentemente de se tratar de firma ou denominação social, a empresa constituída pelo empreendedor individual deverá utilizar a expressão EIRELI, cujo objetivo é distingui-la dos demais modelos societários.

A empresa individual de responsabilidade limitada poderá ser constituída para a prestação de serviços para a exploração de atividades que envolvam os direitos autorais, conforme previsão do § 5º, do artigo 980-A, do Código Civil, que assim prevê:

§ 5º. Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada 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, vinculado à atividade profissional.

Importante observar que aplicam-se de forma subsidiária nas empresas individuais as regras que disciplinam as sociedades limitadas, previstas no Código Civil.

A regulamentação da empresa individual apresenta alguns aspectos relevantes, que se referem a questão do capital mínimo, a limitação da responsabilidade, o tipo de atividade, a concentração das quotas em uma única pessoa e a aplicação subsidiária das normas que regulamentam as sociedades limitadas.

3.1.2 Responsabilidade limitada

Na EIRELI, a responsabilidade do empreendedor individual é restrita ao capital social integralizado, sendo que uma vez pago o valor deste capital, nada mais poderá ser exigido em questões patrimoniais, salvo as exceções previstas que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica.

Inicialmente a exigência do capital social de 100 salários mínimos se mostra um elemento impeditivo, mas em análise mais acurada observa-se que as

vantagens superam os inconvenientes quando se constata a limitação da responsabilidade sem alcançar os bens particulares do proprietário desta modalidade de empresa.

Analisando com exemplo prático a desconsideração da personalidade jurídica em sociedade limitada, Abrão (2015, p. 5) assim ensina:

Em termos concretos, numa sociedade limitada, cujo capital social fosse de R\$ 90 mil, de participação igual para os três sócios, cada um com R\$ 30 mil, e se configurasse o abuso de gestão ou eventual fraude, passível da incidência da teoria da desconsideração.

Nessa hipótese, desconsiderada a personalidade jurídica, sendo os três sócios administradores, e o débito contraído no valor de R\$ 100 mil evidente que cada um deles, de maneira solidária e com o patrimônio individual, responderá até o alcance da obrigação, facultado o regresso.

Na empresa individual de responsabilidade limitada, regularmente constituída e registrada, por teoria, a responsabilidade é limitada no importe correspondente a 100 salários mínimos, não podendo se cogitar a extrapolação deste valor.

Não há obstáculo para a constituição da empresa com o capital superior aos 100 salários mínimos previstos em lei. Todavia, poderá se revelar desinteressante e até prejudicial a empresa constituída com o capital superior ao condicionado na legislação.

Isso não impede que se possa conferir um capital superior ao previsto em lei, mesmo porque nem sempre o capital é integralizado em pecúnia, podendo ser mediante um ou vários bens correspondentes ao valor mínimo exigido.

Em que pese a previsão legal da responsabilidade limitada, não se pode deixar de mencionar sobre a aplicabilidade de normas, em especial as dos âmbitos trabalhistas, tributárias, previdenciárias e do consumidor que podem questionar a normalidade e a regularidade dos atos de gestão. Segundo Abrão (2015, p. 6):

Estamos diante de um biombo, a constituição mínimo do capital e a duvidosa limitação da responsabilidade, a qual poderá ser desconsiderada e relegada, se comprovado ficar a irregularidade da gestão, abuso da personalidade, ou fraude perpetrada.

A limitação da responsabilidade não pode ser absoluta e impedir a aplicação de normas que criem obstáculos à satisfação do crédito ou os efeitos decorrentes do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

A aplicação destas normas que impedem a limitação da responsabilidade não decorre de questões lógicas, mas de condutas do empreendedor que violam a

regularidade da gestão e que se consubstanciam em abuso da personalidade ou fraude.

Tendo como base a inexistência de órgão para controlar e fiscalizar a constituição da EIRELI, bem ainda a confiança conferida ao empreendedor, em muitos casos será constatado que o capital de mínimo de 100 salários mínimos não foi devidamente integralizado, sendo que este fato por si só caracterizará fraude, passível de desconsideração da personalidade jurídica.

Havendo ações que questionam a limitação da responsabilidade, caberá ao empreendedor individual o ônus de provar que integralizou o capital social mínimo exigido em lei, para evitar os efeitos decorrentes da responsabilização pessoal. Na hipótese de não restar provada a integralização por ocasião da constituição da empresa, incogitável será a limitação da responsabilidade.

No caso da constituição da empresa individual em perfeita obediência aos requisitos previstos legalmente, haverá uma presunção de legalidade dos atos praticados, o que não impedirá o questionamento da limitação da responsabilidade quando o crédito for exigido e não houver o adimplemento da obrigação.

3.1.3 Aspectos contábeis e fiscais

As questões contábeis e fiscais pertinentes a empresa individual da responsabilidade limitada repercutem na escritura eletrônica contábil e na adequação ao sistema tributário único.

A empresa individual poderá apresentar contabilidade simplificada de forma eletrônica, independentemente de livros ou quaisquer outras anotações, devendo conservar em meio magnético os seus registros, podendo adotar o enquadramento previsto na Lei Complementar nº. 123/2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Com base no artigo 3º, da referida Lei Complementar, considera-se microempresa ou empresa de pequeno porte, dentre outras, a empresa individual de responsabilidade limitada, sendo que o seu enquadramento dependerá da receita bruta auferida anualmente.

Nas palavras de Abrão (2015, p. 8):

Sob o prisma de visão contábil, o custo-benefício será adequado, isso porque manterá, em meio eletrônico, armazenadas, todas as operações realizadas, permeando o registro do negócio empresarial, podendo optar

pelo recolhimento de imposto e da contribuição, alcançados pelo Simples Nacional, em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta auferida no mês.

...

Reveste-se de estímulo incomum a possibilidade simplificação da escritura contábil, pelo caminho eletrônico, associando-se ao perfil da incidência tributária, do Simples Nacional, gerando, assim, controle maior pelo empreendedor individual e a quantificação de valores a serem recolhidos, independentemente do próprio faturamento.

O enquadramento tributário da empresa individual de responsabilidade limitada dependerá de faturamento específico. A EIRELI poderá se enquadrar no Simples Nacional se a sua receita bruta não ultrapassar os limites previstos no artigo 3º, da Lei Complementar nº. 123/2006, sendo considerada microempresa se a receita bruta for igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e empresa de pequeno porte se a receita bruta for superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

A opção das pessoas jurídicas enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte, conforme a disposição contida no artigo 3º, da referida Lei Complementar, pelo Simples Nacional é irrevogável para todo o ano-calendário.

3.1.4 Natureza Jurídica

A empresa individual de responsabilidade limitada se trata de uma nova categoria de pessoa jurídica de direito privado reconhecida pela legislação brasileira, conforme se observa no artigo 44, inciso VI do Código Civil. A EIRELI não tem natureza jurídica de sociedade empresária e nem de sociedade unipessoal, pois só podemos falar de sociedade se houver mais de um sócio.

O entendimento de que a EIRELI se trata de uma nova pessoa jurídica é defendido por vários autores e juristas, como se pode observar no Enunciado 469 da V Jornada de Direito Civil: “A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado”. No mesmo sentido, o Enunciado 3 da I Jornada de Direito Comercial prevê: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária”.

Topograficamente, a Lei 12.441/2011 inseriu a empresa individual de responsabilidade limitada no Código Civil entre o Título I, que se trata do empresário individual e o Título II que regulamenta as sociedades empresárias.

A EIRELI é uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado que deverá registrar os seus constitutivos no órgão competente, nos termos do artigo 45, do Código Civil, para ter personalidade jurídica, sendo esta a aptidão genérica para ser sujeito de direitos e deveres.

3.2 CONSTITUIÇÃO DA EIRELI

3.2.1 Requisitos da forma

A empresa individual de responsabilidade limitada é pessoa jurídica de direito privado e a sua constituição depende do registro perante a Junta Comercial do Estado, sendo imprescindível o atendimento dos requisitos de forma e de fundo previstos na Lei 12.441/2011.

A EIRELI poderá ser constituída a partir da concentração de todas as quotas por um único sócio, ocasião que se poderá converter uma sociedade limitada em empresa individual. Nas sociedades empresárias, em que um sócio majoritário possui 99% das quotas e o minoritário apenas 1%, nada mais lógico do que a conversão desta sociedade na empresa individual.

Independentemente da constituição da EIRELI ser de forma originária ou derivada é imprescindível a integralização do capital social no montante correspondente a 100 salários mínimos em pecúnia, ou mediante a incorporação bens imóveis ou móveis.

Em relação à constituição da empresa individual da responsabilidade limitada, Abrão (2015, p. 16 e 17) assevera:

Essencialmente, como afirmamos, a constituição de empresa individual depende, por todos esses aspectos da comprovação do capital mínimo, de sua exclusividade, a cargo do empresário individual, e dos demais requisitos próprios do ato jurídico, quais seja licitude, forma capaz ou não vedada, e a consecução do seu objetivo, permeando a legalidade.

A constituição da EIRELI poderá ser formalizada por instrumento público ou particular, que terá a finalidade de disciplinar o funcionamento empresarial. Trata-se

de um contrato peculiar, pois existirá a figura de um único empreendedor, podendo ser por prazo determinado ou indeterminado.

Este documento deverá conter os dados do empresário individual, tais como o nome, nacionalidade, estado civil, profissão e residência, bem como a especificação da denominação, do objetivo, da sede e do prazo da sociedade.

Os requisitos exigidos para a elaboração do contrato social previstos no artigo 997 do Código Civil não necessitam ser integralmente observados na confecção do instrumento de constituição da EIRELI, em especial as regras referentes aos sócios, as quais não surtirão efeito.

Existe a possibilidade de este contrato ser realizado de forma eletrônica com segurança, pois seus dados são criptografados e ainda é utilizada assinatura digital, identificando-se as alterações e os seus acréscimos.

Após a elaboração do documento, este deverá ser registrado na Junta Comercial e partir daí o empreendedor individual assume a administração do negócio e os riscos provenientes do exercício da atividade empresarial.

3.2.2 Exigência de capital mínimo

Conforme já amplamente exposto, um dos requisitos essenciais para a constituição da empresa individual de responsabilidade limitada é a integralização de 100 (cem) salários mínimos, segundo a disposição do artigo 980-A, do Código Civil: “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 salário mínimo vigente no País”.

A interpretação do texto normativo evidencia que a exigência da integralização do capital mínimo ocorre no momento da sua constituição, sendo impossível a integralização ao longo do tempo após a abertura do negócio empresarial.

Alguns doutrinadores discutem sobre a necessidade de adequação do valor em virtude da defasagem da quantia integralizada por ocasião da constituição da empresa individual. Para esclarecer este raciocínio, Abrão (2015, p. 19) assim exemplifica:

Explica-se o raciocínio mediante o argumento no sentido da abertura do negócio, no ano de 2012, sedimentado pela soma de 100 salários-mínimos, correspondendo ao valor da época, porém, em 2015, com a desvalorização

da moeda e a inflação havida, a grosso modo, deparamo-nos com a importância radiografada de 70 salários-mínimos.

Inexiste previsão legal que obrigue o empreendedor a integralizar qualquer quantia que seja após o pleno funcionamento da EIRELI se com o passar dos anos e após a sua constituição regular ocorreu à defasagem do valor integralizado.

A simples alegação de que o aumento do capital em virtude da perda decorrente da defasagem da moeda e da inflação proporcionaria maior confiança do negócio, não encontra substância plausível para sua implantação.

A constituição da empresa individual de responsabilidade limitada sem a devida integralização da quantia exigida em lei, mas utilizando mero artifício de dados contábeis e fiscais, em prejuízo a segurança do negócio e de terceiros, poderá acarretar o enquadramento da empresa em outro tipo de modelo previsto em lei, bem como o fim da responsabilidade limitada.

Ademais, o capital social não se confunde com o patrimônio, tendo o objetivo de blindar a atividade empresarial, não podendo ser utilizado para honrar com as obrigações sociais.

3.2.3 Ilegalidade e inconstitucionalidade da disciplina

Ao analisar as normas que regem a empresa individual de responsabilidade limitada evidencia-se que o legislador optou por correr o risco de ver declarada a sua inconstitucionalidade ou a ilegalidade.

O Projeto de Lei que deu origem a empresa individual de responsabilidade limitada ao ser apresentado restringia a possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa natural, requisito este que foi suprimido por ocasião da tramitação do projeto. Em virtude do parecer do Deputado Marcelo Itagiba na Comissão de Constituição e de Justiça e Cidadania foi excluída do texto original a palavra “natural”, ampliando a possibilidade de constituição da EIRELI por pessoa jurídica.

Em decorrência dessa supressão, o entendimento que, de início, prevaleceu foi que o artigo 980-A, do Código Civil permitia a constituição de EIRELI por pessoa jurídica.

Todavia, a Instrução Normativa nº. 26/2014, do Departamento de Registro Empresarial e Integração - DREI vedou a constituição de EIRELI por pessoa jurídica,

no item 1.2.11: “Não pode ser titular de EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial”.

Esta vedação é de caráter questionável por possível afronta ao princípio constitucional da legalidade, previsto no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal, uma vez que inexistente dispositivo semelhante na lei, em especial no Código Civil, bem como pelo fato de ter ocorrido a supressão deste requisito na redação originária do projeto de lei, o que pareceu que a intenção do legislador com esta supressão era justamente possibilitar a constituição de EIRELI por pessoa jurídica.

Registra-se, por oportuno, que o Deputado Marcos Montes que apresentou o projeto de lei que originou a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, também apresentou o Projeto de Lei nº. 3.298/12, que visa alterar o artigo 980-A, do Código Civil, com a finalidade de possibilitar a constituição de EIRELI por pessoa jurídica, o qual se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados.

A exigência de capital mínimo para a sua constituição é matéria que desafia a declaração de inconstitucionalidade, eis que além de inviabilizar o ingresso no mercado por pessoas desprovidas da quantia exigida em lei, também afronta o disposto no inciso IV, artigo 7º, da Constituição Federal, que impede a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

O Partido Popular Socialista ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4637/2011 no Supremo Tribunal Federal, que atualmente encontra-se aguardando julgamento, por entender que a exigência de 100 salários mínimos para a constituição da empresa é inconstitucional, pois embaraça o livre exercício da atividade econômica do Brasil e afronta o disposto no inciso IV, do artigo 7º, da Constituição Federal.

O Deputado Carlos Bezerra apresentou o Projeto de Lei nº. 2.468/2011, com o objetivo de alterar o artigo 980-A, do Código Civil e, de consequência, modificar a exigência da integralização do capital mínimo para 50 (cinquenta) vezes do maior salário mínimo vigente no país.

Até mesmo a expressão EIRELI é objeto de questionamento por alguns doutrinadores. Na opinião de Abrão (2015, p. 21):

Discute-se, também, a respeito da legalidade, e qual a razão prática da expressão EIRELI, a qual se subsume a empresa individual de responsabilidade limitada.

O nome não é sugestivo e muito menos se coaduna com a natureza do negócio, isso porque a empresa individual, ao buscar a limitação da responsabilidade, muitas vezes permitirá a constatação de irregularidade ou

fraude, no conjunto da desconsideração da personalidade e a ilimitação aplicada em relação aos bens do empreendedor individual.

Questiona-se a legalidade do parágrafo 2º, do artigo 980-A, do Código de Processo Civil que limitou a possibilidade de a pessoa natural constituir uma única empresa individual de responsabilidade limitada.

Esta restrição poderá proporcionar prejuízos não somente ao empreendedor individual que tivesse o interesse em empreender em novos negócios, como também ao próprio desenvolvimento econômico e social do país, pois, se não houvesse esta limitação, a constituição de novas empresas possibilitaria aumento de empregos diretos e indiretos, a arrecadação de tributos, dentre outros.

A legalidade do parágrafo 5º, do artigo 980-A, do Código de Processo Civil é questionável, pois possibilitou a constituição da EIRELI para a prestação de serviços de qualquer natureza, ingressando na esfera dos direitos autorais, sendo que tais direitos já eram regulamentados em campo próprio, não característico do âmbito empresarial.

Em tese, as normas que alteraram o Código Civil e incluíram as disposições referentes à EIRELI se revestem de estrita legalidade, que poderão ser submetidas à análise do Poder Judiciário com a finalidade de averiguar a ilegalidade ou a inconstitucionalidade.

3.2.4 Registro da EIRELI

A constituição válida e regular da empresa individual de responsabilidade limitada somente ocorrerá após o devido registro perante a Junta Comercial do Estado, atendidos os parâmetros estabelecidos na norma que rege a matéria.

Para a realização do devido registro, a Junta Comercial do Estado deverá avaliar e analisar o contrato, verificar se atende à finalidade legal e se preenche as exigências previstas na lei.

O contrato a ser registrado na Junta Comercial deverá atender as exigências contidas no artigo 997 do Código de Processo Civil, com exceção de alguns elementos que são dispensáveis por não se trata de sociedade.

Por não prescindir de estabelecimento fixo, as empresas de comércio eletrônico que não possuem domicílio estabelecido deverão informar os endereços

para fins contábeis e tributários, com o objetivo de dissipar qualquer dúvida sobre a incidência tributária.

Após a devida constituição com o registro perante o órgão competente, a empresa poderá exercer os direitos e contrair obrigações, dentro da legalidade, com a sua responsabilidade limitada.

A personalidade jurídica da EIRELI inicia com o registro dos seus atos constitutivos perante a Junta Comercial. Os efeitos da personalização são explicados por Coelho (2011, p. 32) nos seguintes termos:

Da definição da sociedade empresária como pessoa jurídica deriva conseqüências precisas, relacionadas com a atribuição de direitos e obrigações ao sujeito de direito nela encerrado. Em outros termos, na medida em que a lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, consagrando o princípio da autonomia patrimonial, os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionados ao exercício da atividade econômica, explorada em conjunto. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora dessas obrigações.

Por ocasião do registro, o órgão competente deverá avaliar se o empreendedor atende as exigências legais, inclusive as mesmas limitações conferidas ao comerciante, a fim de possibilitar a constituição regular da empresa individual de responsabilidade limitada.

3.2.5 Norma subsidiária

O legislador optou por aplicar de forma subsidiária na empresa individual de responsabilidade limitada as regras que regem as sociedades limitadas, sendo que uma das grandes vantagens desta aplicação é a possibilidade de aplicação da Lei nº. 11.101/2005, com a finalidade de recuperação por meio de plano judicial ou extrajudicial. Não se reorganizado, a EIRELI ficará sujeita à falência.

No contrato de constituição da EIRELI não necessitará de previsão da aplicação das normas das sociedades limitadas de forma subsidiária, eis que existe a previsão legal neste sentido.

O parágrafo 6º, do artigo 980-A, do Código de Processo Civil, prevê que “Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”.

A aplicação destas normas não poderá ocorrer de forma ampla e genérica, fazendo-se necessário a aplicabilidade de forma subsidiária em perfeita harmonia com as peculiaridades da EIRELI.

A incidência subsidiária somente poderá ocorrer por analogia, buscando evitar qualquer conflito com a natureza da empresa individual, pois se trata de um modelo empresarial exclusivo em que o legislador permitiu a incidência de sistema societário.

As diferenças da EIRELI para a sociedade limitada é apresentada por Abrão (2015, p. 25) nos seguintes termos:

Em outras palavras, a empresa individual não é sociedade. Constitui-se apenas mediante único empreendedor, não se cogita da dissolução parcial, inexistem conflitos entre os sócios, via de regra, a redução de capital colocaria desenquadrada do perfil da Lei nº. 12.441/2011.

Na hipótese de aplicação das normas que regem a sociedade limitada de forma subsidiária na empresa individual de responsabilidade limitada, deverão ser levadas em consideração as especificidades da EIRELI para preservar este modelo empresarial evitando conflitos e interesses antagônicos.

3.3 FIGURA JURÍDICA DA EIRELI

3.3.1 Limitações da empresa individual

A EIRELI representa uma nova figura jurídica, que passa a ter validade e eficácia após o devido registro perante a Junta Comercial, composta de patrimônio mínimo exigido e a presença do empreendedor individual.

Segundo as disposições da Lei nº. 12.441/2011, a EIRELI poderá se estabelecer mediante a sua constituição ou a sua adequação de proveniente de outra modalidade societária, com base na consolidação de quotas ou na existência de sócio remanescente.

A criação desta nova figura jurídica pelo legislador foi estabelecida com base em “um formato próprio para que a empresa individual se adequasse à prestação de serviços de qualquer natureza, englobando cessão de direitos patrimoniais, espécie de direito autoral, decorrente de atividade profissional” (ABRÃO, 2015, p. 30 e 31).

O modelo previsto na lei para a empresa individual de responsabilidade limitada impossibilitou que uma mesma pessoa pudesse figurar em duas ou mais empresas desta modalidade.

Esta limitação encontra-se amparo no parágrafo 2º, do artigo 980-A, do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade”. Entretanto, não existe de forma expressa qualquer sanção na hipótese de violação desta regra.

Entende-se que no caso de a pessoa natural figurar em mais de uma EIRELI, uma das empresas será desenquadrada desta modalidade e, de conseqüência, ocorrerá à vedação da continuidade da atividade empresarial.

Não se justifica a limitação da constituição de mais de uma EIRELI por uma única pessoa, eis que tal restrição contradiz inclusive o pensamento atual sobre empreendedorismo e impossibilita que o negócio se desenvolva em outras regiões ou que aumente sua capacidade produtiva.

Se por um lado foi de extrema importância a estipulação da limitação da responsabilidade, por outro, a limitação da constituição de mais de uma empresa individual de responsabilidade limitada por pessoa natural consubstancia em falha legislativa que impede o posicionamento mais eficaz da EIRELI, impossibilitando a criação de empregos, a geração de riqueza e o desenvolvimento social.

3.3.2 Expressão EIRELI

Com o objetivo de identificar esta nova figura jurídica, o legislador tornou obrigatória a utilização da expressão “EIRELI”, que deverá constar após a firma ou a denominação social.

Esta determinação encontra-se previsão no § 1º, do artigo 980-A, do Código Civil, que assim prevê: “O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI”, após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada”.

A firma, que pode ser adotada por uma EIRELI, conforme Mamede (2015, p. 122), “funda-se no nome civil do ser humano ou seres humanos responsáveis pela atividade comercial. É o que se passa com o empresário (firma natural) e com algumas sociedades (firma social ou razão social)”.

Por sua vez, Mamede (2015, p. 124) explica a denominação nos seguintes termos:

A denominação é um tipo de nome que se forma segundo a conveniência dos sócios, podendo utilizar-se de qualquer palavra ou expressão, desde que atenda ao princípio da novidade, ou seja, desde que seja nova, distinguindo-se de nome já registrado, afastada mesmo a confusão por excessiva similaridade.

A expressão que identifica este modelo peculiar de negócio jurídico deverá acompanhá-la desde o seu nascimento até a sua extinção. Esta exigência decorre da própria tipicidade da empresa individual de responsabilidade limitada e viabiliza o conhecimento de terceiros sobre o regime jurídico da empresa.

O descumprimento desta norma poderá sustentar a responsabilidade solidária e ilimitada do empreendedor. Sendo assim, a não utilização da referida expressão poderá acarretar a aplicação subsidiária da norma prevista no § 3º, do artigo 1158, do Código Civil, que assim reza: “A omissão da palavra “limitada” determina a responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores que assim empregarem a firma ou a denominação da sociedade”.

Em interpretação contrária a esta norma, conclui-se que a utilização da expressão obrigatória “EIRELI” produz ao negócio o efeito da limitação da responsabilidade, salvo as exceções previstas em lei.

3.3.3 Transformação em EIRELI

A dissolução total ou parcial poderá ocorrer em qualquer modelo societário regularmente constituído, cujas regras não se aplicam a empresa individual de responsabilidade limitada, pois esta é constituída com um único empreendedor e é submetida a regime próprio.

Com o objetivo de regularizar casos específicos e pontuais, o legislador implementou a possibilidade da transformação de outra modalidade societária em empresa individual de responsabilidade limitada.

A possibilidade de transformação de sociedade empresária em empresa individual em virtude da concentração das quotas, independentemente do motivo, encontra-se arrimo no § 3º, do artigo 980-A, do Código Civil, que assim estabelece: “A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da

concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração”.

Na hipótese de ocorrer a concentração das quotas em um único sócio, seja em virtude de compra, cessão, óbito, independentemente do motivo, a sociedade empresária de qualquer modalidade, não somente as sociedades limitadas, poderá convalidar em empresa individual.

A concentração das quotas em único sócio não transforma automaticamente a sociedade empresária em empresa individual de responsabilidade limitada, mesmo porque trata-se de uma faculdade do sócio detentor de todas as quotas a transformação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

Na falta da pluralidade de sócios, se não houver a transformação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a sociedade empresária será dissolvida, nos termos do inciso IV, do artigo 1033, do Código Civil.

O Parágrafo Único do referido artigo estabelece que a sociedade empresária não será dissolvida na hipótese de concentração de todas as quotas em único sócio, desde que este remanescente requeira a transformação do registro para empresário individual ou empresa individual de responsabilidade limitada.

O ordenamento jurídico brasileiro não admite a figura do sócio único, apesar da unipessoalidade societária ser tema consolidado no direito comparado. O empreendedor individual não é considerado sócio único da empresa individual de responsabilidade limitada.

Assim, a concentração das quotas em único sócio, independentemente do motivo, acarretará a dissolução da sociedade empresária se não houver a sua transformação em 180 (cento e oitenta) dias para empresário individual ou EIRELI.

No intervalo de tempo entre a concentração de todas as quotas com a transformação em EIRELI mediante o devido registro perante o órgão competente, a empresa poderá responder de forma solidária e ilimitada a depender das circunstâncias no caso concreto, o que poderá ocorrer até o prazo de 2 (dois) anos da sua transmutação.

Sobre esta questão, Abrão (2015, p. 36) pondera:

Não conseguiu o legislador distinguir esse âmbito específico, porquanto a sociedade limitada pode apresentar a responsabilidade solidária, além da quota integralizada, assim o simples fato de convolar em empresa individual, por si só, não gera automaticamente a blindagem patrimonial. Estipula-se, assim, uma regra de passagem, uma cláusula de transição, por intermédio da qual a convocação em empresa individual, de sociedade

empresária, ainda subordina a responsabilidade ampla, pelo biênio legal que antecede a sua transformação, no modelo da Lei nº. 12.441/2011.

Importante observar que a transformação não poderá prejudicar e nem modificar os direitos dos credores.

A aquisição de todas as quotas da sociedade empresária não possibilita de forma automática a blindagem empresarial. Entretanto, a transformação, dentro da legalidade, para empresa individual de responsabilidade limitada permitirá a continuidade do negócio.

3.3.4 A descontinuidade regular da EIRELI

Independentemente do motivo, o empreendedor individual poderá optar pela descontinuidade do negócio e, de conseqüência, o encerramento do exercício da atividade empresarial, o que se dará mediante o arquivamento de uma espécie de distrato perante a Junta Comercial.

Estando com dificuldade na manutenção do negócio e não vislumbrando perspectiva de recuperação em virtude do custo benefício, a melhor opção será justamente a descontinuidade da atividade empresarial. O desfazimento regular somente surtirá efeitos de forma regular se não houver qualquer passivo.

O empreendedor individual somente poderá adotar a descontinuidade do negócio após honrar com todas as obrigações da EIRELI, não podendo deixar passivo de qualquer espécie, sendo que se a dívida for de natureza tributária submetida ao refinanciamento deverá primeiramente adimplir integralmente o passivo tributário.

Sobre a possibilidade da utilização do capital social para adimplir as obrigações da EIRELI, Abrão (2015, p. 40) explica:

Estrategicamente, em razão do encerramento do negócio, comporta interpretar a razão de ser do capital de 100 salários-mínimos e sua utilização para, a um só tempo, realizar o passivo existente.

Nessa linha diagnosticada, e intencionando o encerramento do negócio empresarial, havendo um passivo que representa, exemplificativamente, a soma de 45 salários-mínimos, tudo aconselha e permite, no caso concreto, que o valor do capital constituído possa ser utilizado e destinado à realização da obrigação presente.

Assim sendo, o empreendedor individual não poderá modificar ou reduzir o capital social de 100 salários mínimos, nem mesmo utilizá-lo para pagamento das

obrigações enquanto perdurar a EIRELI. Entretanto, ao optar pela descontinuidade do negócio, o empreendedor poderá utilizar o valor do capital para a quitação das obrigações, com a finalidade de promover o encerramento regular da atividade.

A descontinuidade da EIRELI em não havendo o adimplemento das obrigações tributárias ou de qualquer outra natureza caracterizará encerramento irregular.

Se o encerramento da EIRELI ocorrer de forma regular com o devido registro perante a Junta Comercial, o empreendedor individual poderá constituir nova EIRELI sem a necessidade de aguardar qualquer prazo, eis que inexistente obstáculo ou exigência legal neste sentido. Por outro lado, o encerramento irregular impede a abertura de nova empresa individual.

A abertura de novo negócio empresarial dependerá da apresentação da documentação necessária para efetivar o registro perante a Junta Comercial, com a comprovação do encerramento regular da atividade anterior.

3.4 A RESPONSABILIDADE DA EIRELI

3.4.1 Patrimônio de Afetação

Na empresa individual de responsabilidade limitada o patrimônio afetado está subordinado ao capital social de 100 salários mínimos integralizados por ocasião da sua constituição, sendo dotada de personalidade jurídica, não atingindo assim a pessoa do empreendedor individual.

A limitação da responsabilidade da EIRELI depende da sua regular constituição, atendendo assim as exigências contidas no artigo 980-A, do Código Civil, inclusive no que tange a integralização do capital social, bem como na lisura dos atos de gestão praticados.

Por outro lado, na hipótese de desvio de finalidade, abuso de poder ou cometimento de ato ilegal poderá ocorrer à desconsideração da personalidade jurídica com amparo no artigo 28 do Código do Consumidor combinado com o artigo 50 do Código Civil, com a finalidade de evitar prejuízos aos credores, consumidores e terceiros.

A Lei nº. 12.441/2011 teve um dispositivo vetado pela Presidência da República, que com a aprovação seria o § 4º, do artigo 980-A, do Código Civil, cuja redação era a seguinte:

§ 4. 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.

O motivo do veto presidencial decorreu da possibilidade da confusão interpretativa e da aplicação de forma equivocada da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Justificou-se também pela possibilidade de aplicação subsidiária das normas que regulamentam as sociedades limitadas, sendo assim verificados os pressupostos constantes no artigo 50, do Código Civil, ou de outro dispositivo legal, poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica da EIRELI para afetar o patrimônio pessoal do empreendedor individual.

Convém registrar que a responsabilidade na EIRELI encontra-se limitada ao capital integralizado, sendo que tal fato consubstancia em uma peculiaridade deste modelo empresarial. Na hipótese de ser integralizado capital social em valor acima do exigido em lei, o empreendedor assume o risco de recair a afetação sobre o valor total do capital social integralizado.

A limitação da responsabilidade com base no capital social integralizado representa vantagem na visão do empreendedor individual e desvantagem, ou pelo menos desconforto, ao mercado e aos terceiros que negociarem com a EIRELI, pois haverá incertezas e um maior risco na hipótese dos contratos celebrados ultrapassarem o valor do capital integralizado. Analisando esta situação, Abrão (2015, p. 46 e 47) exemplifica:

Clareando o raciocínio e deixando transparente o pensamento, exemplificativamente, uma empresa individual pretende contratar a compra de veículos para disponibilizar a sua logística e assegurar meios, os quais lhe facilitem o barateamento de seus produtos.

No entanto, ao se socorrer de um financiamento, nota que o valor dos automóveis adquiridos ultrapassa com folga aquele do capital social constituído, única alternativa será de gravar o próprio semovente para, na hipótese de inadimplemento, conferir ao credor a oportunidade de eventual busca e apreensão.

A empresa individual foi criada com o objetivo de fomentar o empreendedorismo e proporcionar maior segurança ao empreendedor individual, mediante a limitação da responsabilidade ao capital social integralizado, desde que

preenchidos os requisitos legais para a sua constituição, salvo as situações previstas em lei, que decorrem de desvio de finalidade, abuso de poder ou cometimento de atos ilícitos.

3.4.2 Passivos trabalhistas e tributários

O empreendedor individual que constituir regularmente uma empresa individual de responsabilidade limitada poderá contratar qualquer número de empregados ou prestadores de serviços com a finalidade de alcançar os seus objetivos, eis que inexistente limitação legal neste sentido.

Apesar de a responsabilidade na EIRELI restar limitada com base no capital social integralizado, dificilmente em uma demanda trabalhista que extrapole este valor haverá a blindagem do patrimônio pessoal do empreendedor individual, isto porque em virtude da natureza do crédito, o seu inadimplemento por si só já caracteriza infração legal, proporcionando assim a possibilidade de atingir o patrimônio do empreendedor para a satisfação do crédito.

Em outros termos, a observância da limitação da responsabilidade não abrange os créditos trabalhistas não liquidados pelo empreendedor individual, tornando-se necessária a desconsideração da personalidade jurídica para o efetivo adimplemento da obrigação. A responsabilidade decorrente da relação trabalhista “se adstringirá àquilo sedimentado no crédito e, quando houver defasagem entre o valor e aquele do capital social, ao abrigo da legislação trabalhista, proceder-se-á a sujeição do patrimônio individual do empreendedor” (ABRÃO, 2015, p. 50).

No âmbito tributário, a empresa individual de responsabilidade limitada adota o regime tributário simplificado, com escopo de proporcionar um custo compatível com o porte da sua atividade empresarial.

Desde que se atendam todos os requisitos previstos em lei para a constituição da EIRELI, inclusive a integralização do capital social mínimo de 100 salários mínimos, o fisco somente poderá exigir o adimplemento das obrigações tributárias que não ultrapassem o valor do capital social integralizado. Se não houver desvio de finalidade, abuso ou indevida utilização da pessoa jurídica, o fisco não poderá pleitear a afetação do patrimônio individual do empreendedor.

O patrimônio pessoal do empreendedor poderá responder pelas obrigações tributárias da empresa individual de responsabilidade limitada se restar demonstrado infração, violação do contrato ou delito tributário.

Com a finalidade de evitar a violação dos princípios do devido processo legal e do contraditório, ao analisar a responsabilidade tributária do sócio, o Supremo Tribunal Federal “enveredou pelo caminho de proibir qualquer constrição, ou bloqueio Bacen *online*, se antes não lhe fosse conferido ou aberto o prazo destinado à apresentação de sua defesa” (ABRÃO, 2015, p. 50).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal sob esta questão induz a conclusão de que o fisco não poderá proceder com a constrição dos bens pessoais do sócio ou do empreendedor individual antes de citá-lo para incluí-lo no pólo passivo da execução fiscal e oportunizar a apresentação de defesa.

Sobre a limitação da responsabilidade, Abrão (2015, p. 90) analisa:

A consagração do princípio da limitação da responsabilidade, diga-se de passagem, é única e absolutamente revolucionária no direito empresarial, isso porque, sem a menor dúvida, a Justiça Trabalhista, e também o fisco, invariavelmente, não se sentirão confortáveis para aplicação do seu balizamento, quando o endividamento superar a importância correspondente à constituição da empresa individual.

De qualquer modo, não havendo qualquer contrariedade a legislação tributária, infração de lei, contrato social ou estatutos o empreendedor poderá pleitear a limitação da sua responsabilidade nos limites estabelecidos para a integralização do capital social mínimo para a constituição da EIRELI.

3.4.3 A desconsideração da personalidade jurídica

Em decorrência da personalidade jurídica que começa com o registro dos atos constitutivos das sociedades empresárias na Junta Comercial, os sócios não respondem pelas obrigações das sociedades, com a exceção das previsões legais que permitem a desconsideração da personalidade jurídica. Conforme Coelho (2011, p. 57):

Na doutrina brasileira, ingressa a teoria final dos anos 1960, numa conferência de Rubens Requião (1977:67/86). Nela, a teoria é apresentada como a superação do conflito entre as soluções éticas, que questionam a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar sempre os sócios, e as técnicas que se apegam inflexivelmente ao primado da superação subjetiva das sociedades. Requião sustenta, também, a plena adequação ao direito brasileiro a teoria da desconsideração, defendendo a sua utilização pelos juízes, independentemente, de específica previsão

legal. Seu argumento básico é o de que as fraudes e os abusos perpetrados através da pessoa jurídica não poderiam ser corrigidos caso não adotada a *disregard doctrine* pelo direito brasileiro. De qualquer forma, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que se trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos. Quer dizer, deixar de aplicá-la, a pretexto de inexistência de dispositivo legal expresso, significaria o mesmo que amparar a fraude.

A desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da empresa individual da responsabilidade limitada exige a prova de fraude ou abuso no exercício da atividade profissional, isto porque o simples inadimplemento da obrigação não possibilita a incidência da desconsideração.

Uma das hipóteses que poderia ensejar a desconsideração da personalidade jurídica na EIRELI seria a sua constituição com o devido registro perante a Junta Comercial sem a integralização do capital social de 100 salários mínimos.

Neste caso, o empreendedor individual assumiu o risco ao descumprir os requisitos legais previstos no artigo 980-A, do Código Civil e ao violar o princípio da boa fé objetiva, podendo assim responder com o seu patrimônio pessoal, no limite da obrigação exigida.

Conforme já exposto, a limitação da responsabilidade na EIRELI é restrita ao capital social, salvo as exceções de fraude, abuso, desvio de finalidade, violação da lei, de contrato e de estatuto. Se a constituição da EIRELI ocorrer de forma derivada decorrente da concentração das quotas em único sócio e o valor do capital social ultrapassar o mínimo exigido em lei, a responsabilidade do empreendedor individual restará limitada ao valor total do capital social para responder perante terceiros, com a finalidade de cumprir as obrigações assumidas.

As limitações e restrições de responsabilidade nas empresas individuais de responsabilidade limitada são baseadas no princípio da boa-fé objetiva e visam evitar a aplicabilidade sem critérios do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 50 do Código Civil.

A desconsideração da personalidade se mostra adequada no caso de dissolução irregular, com dívidas não adimplidas, eis que ao proceder desta forma, o empreendedor assumiu o risco de ocorrer à afetação do seu patrimônio pessoal. Nos termos da Súmula 435, do Superior Tribunal de Justiça: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixa de funcionar no seu domicílio fiscal, sem

comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

Tendo como base o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ocorrendo a desconsideração da personalidade jurídica, o empreendedor individual será citado para apresentar defesa e as provas a fim de demonstrar que não houve fraude, desvio de finalidade, abuso, violação de lei, contrato e estatuto, ou ato ilícito, e, de conseqüência, evitar a constrição do seu patrimônio pessoal.

Também poder ser aplicada a desconsideração da personalidade jurídica na hipótese de falência, no âmbito do processo falimentar ou de execução, não havendo a necessidade de propositura de ação própria.

Quando a simples desconsideração da personalidade jurídica é insuficiente para adimplir com as obrigações, tem se admitido a desconsideração inversa, que segundo Coelho (2011, p. 65) “é o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio”, podendo assim atingir o patrimônio de outra sociedade empresária em que o empreendedor é sócio.

3.4.4 Patrimônio individual

O legislador desenhou contornos específicos ao definir o modelo da empresa individual de responsabilidade limitada. A constituição válida e regular do negócio, atendidos todos os requisitos legais, confere à empresa a limitação da responsabilidade com base no seu capital social.

O simples inadimplemento da obrigação, por si só, sem o preenchimento de outros requisitos legais, em especial o disposto no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 50 do Código Civil, não é suficiente para a desconsideração da personalidade.

Se a desconsideração da personalidade fosse aplica como regra, sem a necessidade de outros requisitos legais, sendo suficiente o inadimplemento da obrigação, desvirtuaria o modelo criado pelo legislador e desestimularia os empreendedores a constituir este tipo de negócio empresarial.

Não poderá ser aplicada a desconsideração da personalidade por inadimplemento da obrigação se não houve qualquer ato contrário a lei ou que

caracterizasse desvio ou fraude, mas por problemas alheios que o provocaram, podendo inclusive ser por motivo de caso fortuito ou de força maior.

Por óbvio, independentemente da natureza da obrigação, se restar comprovado que o empreendedor violou o cumprimento da lei, do contrato e de estatuto, desviou da finalidade em seu proveito, cometeu abuso ou fraude, deverá haver a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica atingindo o patrimônio individual.

Nesta esteira, convém registrar que o patrimônio individual do empreendedor atingido não ficará delimitado na quantia de 100 salários mínimos, devendo recair o abalo no valor total pretendido para o adimplemento da obrigação.

A responsabilidade do empreendedor na EIRELI não foi regulamentada de forma específica pelo legislador, se fazendo assim necessária a incidência subsidiária da norma que versa sobre a sociedade limitada, com amparo na regra prevista no § 6º, do artigo 980-A, do Código Civil: “Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”.

Neste diapasão, aplica-se de forma subsidiária as regras previstas sobre as sociedades limitadas quando restar comprovado que o patrimônio da empresa é insuficiente para adimplir a obrigação, ensejando, a depender do contexto, a desconsideração da personalidade.

3.5 REGIME TRIBUTÁRIO DA EIRELI

Com o objetivo de fomentar o empreendedorismo, a empresa individual de responsabilidade limitada poderá sujeitar-se ao Simples Nacional, se atender os requisitos previstos na Lei Complementar nº. 123/2006, isto é, se enquadrar como microempresa ou empresa de pequeno porte.

A Constituição Federal em seus artigos 170, inciso IX e 179 prevêem que deverá ser concedido tratamento diferenciado para as microempresas e para as empresas de pequeno porte. Neste contexto surgiu o SIMPLES – Sistema Integrado de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

O Manual de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, aprovado pela Instrução Normativa nº. 026/2014 – DREI, prevê no seu item 1.2.15.1 a possibilidade da EIRELI ser considerada microempresa ou empresa de pequeno

porte se não estiver presentes a situações impeditivas previstas no § 4º, do artigo 3º, da Lei Complementar nº. 123/2006.

Com base no artigo 3º, da Lei Complementar nº. 123/2006, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário, que se refere o artigo 966 do Código Civil, devidamente registrados perante os órgãos competentes, são considerados microempresa se a receita bruta, em cada ano-calendário, for igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e empresa de pequeno porte se a receita bruta, em cada ano-calendário, for superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Além da possibilidade de se enquadrar no Simples Nacional, a EIRELI poderá adotar o regime de lucro presumido, que é vantajoso para as empresas que recebem lucros superiores a 32% (trinta e dois por cento) do seu faturamento bruto, ou adotar o regime de lucro real, o que é mais comum em empresas de maior porte, em virtude das grandes despesas ou por obrigação de adotar este regime por força de lei. As empresas que adotam o regime de lucro real devem ter uma escrituração mais rigorosa, pois somente as despesas devidamente comprovadas poderão ser consideradas para dedução ou compensação.

O Simples Nacional ou Super Simples na opinião de Sabbag (2013, p. 477) “não é um tipo de “imposto”, nem um tipo de “tributo”, também não é “isenção” ou “conjunto de benefícios”. Trata-se de um pagamento unificado de vários tributos, em regra, mais benéfico do que a tributação convencional...”. O percentual da alíquota dependerá da receita bruta auferida e o recolhimento é mensal, mediante a utilização de documento único de arrecadação (DARF).

Sobre o enquadramento tributário da empresa individual de responsabilidade limitada Abrão (2015, p. 94), explica:

Efetivamente, constituída a EIRELI e procedido seu registro, além do normal enquadramento no Supersimples, dois outros regimes tributários poderão ser adotados, do lucro real ou do lucro presumido, diante do estabelecido no próprio regulamento do imposto de renda.

Feitas essas observações, passa a EIRELI a assumir o importante papel no empreendimento adotado de limitação de responsabilidade, com a vantagem típica de sujeição ao regime tributário simplificado, de livros e escriturações, com dispensa de alguns documentos, subordinando-se ao lucro real, aquele efetivamente apurado durante o exercício anual ou simplesmente presumido, em sintonia com o regulamento interno do imposto de renda.

A possibilidade de se enquadrar no Simples Nacional proporciona a redução do custo e a possibilidade de ampliação da atividade empresarial, sendo que, ao mesmo tempo, em decorrência da diminuição da carga tributária também acarreta o aumento do número de contribuintes apesar dos valores dos tributos serem mais reduzidos.

A depender do lucro auferido anualmente pela EIRELI fica mais evidente a vantagem proporcionada ao empreendedor com a diminuição da carga tributária pela possibilidade de se enquadrar no Simples Nacional.

A EIRELI adota o regime tributário simplificado, com a sua responsabilidade limitada ao capital social integralizado no ato da sua constituição, salvo se restar comprovada fraude, abuso, desvio de finalidade ou violação a lei, ao contrato ou ao estatuto, o que ensejaria a aplicação do artigo 50 do Código Civil.

Esta responsabilidade fica limitada ao empreendedor individual e, a depender da circunstância, ao gestor, cabendo ao fisco o ônus de provar o abuso ou a violação da lei, com base no artigo 207, do Código Tributário Nacional.

A Lei Complementar nº. 147/2014 modificou parcialmente a Lei Complementar 123/2006 e ampliou o *rol* das atividades empresarias que podem se enquadrar no Simples Nacional, inclusive o exercício da advocacia.

3.6 A DISSOLUÇÃO DA EIRELI

3.6.1 Dissolução regular e irregular da empresa individual

O artigo 1033 do Código Civil estabelece os motivos de dissolução da sociedade empresária, de forma concisa. Em relação à empresa individual, a dissolução encontra-se regulamentada de forma pormenorizada pela Instrução Normativa nº. 026/2014, do Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI, que aprovou o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI.

A referida instrução normativa disciplinou as questões referentes a desconstituição, liquidação e extinção da EIRELI, com o objetivo de atender as exigências dos órgãos públicos no que tange a formalização do procedimento.

A extinção poderá ocorrer por vontade do empreendedor individual, mediante escritura pública ou particular, ou no caso do seu falecimento, não se fazendo necessária a assinatura do advogado no documento.

Neste sentido, a dissolução da empresa individual de responsabilidade limitada compreende, “algumas etapas, as quais se filiam à liquidação, partilha de bens e a completa regularização perante o registro público, no sentido de não haver débito algum em aberto, mormente de ordem tributária” (ABRÃO, 2015, p. 63).

A mortalidade da empresa individual decorre de diversos fatores, sendo que a dissolução pode significar a melhor opção para evitar maiores prejuízos ou até mesmo decorrer de situação imprevista, como o falecimento do empreendedor individual.

Ao decidir pela extinção da empresa, o empreendedor deverá inventariar os bens e providenciar os pagamentos dos tributos, dos credores, fornecedores e as demais despesas provenientes do exercício da atividade empresarial.

Com base na Instrução Normativa nº. 26/2014 - DREI, o empreendedor deverá apresentar documentos específicos, dentre eles, as certidões negativas de débitos tributários e de regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS. Na hipótese da empresa individual ser enquadrada na Lei Complementar nº. 123/2006, por se tratar de microempresa ou empresa de pequeno porte ficará dispensada de apresentar estes documentos, com arrimo no artigo 9º, deste diploma legal.

A conferência dos dados contábeis é facilitada em decorrência da possibilidade de ser elaborada a escrituração contábil por meio eletrônico.

É de suma importância o registro da extinção da EIRELI perante o órgão competente para comprovar a cessação da atividade empresarial de forma regular, demonstrar que as providências pertinentes e imprescindíveis foram adotadas para que fosse possível extinção da empresa, bem como surtir efeitos e conferir validade perante terceiros.

Quando não se formaliza o procedimento regular perante os órgãos competentes por não ter sido liquidadas as obrigações decorrentes do exercício da atividade da empresa individual a dissolução é considerada irregular.

No caso de não ser realizada a dissolução de forma regular, com a devida averbação e registro, conforme previsão legal, além de remanescer todos os efeitos e as obrigações decorrentes do exercício da atividade empresarial, a dissolução

irregular acarreta a possibilidade de afetação do patrimônio pessoal do empreendedor individual para responder pelas dívidas existentes.

3.6.2 Dissolução judicial da empresa individual

A dissolução judicial da empresa ocorre geralmente quando existem conflitos internos entre os sócios, notadamente entre a maioria e a minoria, mas poderão ocorrer outros fatores que conduza a empresa a adotar este caminho para a sua dissolução.

A dissolução da empresa individual de responsabilidade limitada de forma judicial é uma exceção à regra, que decorre de circunstâncias excepcionais, quando, por exemplo, o empreendedor individual não consegue providenciar todos os documentos necessários para providenciar o registro da extinção perante o órgão competente.

Sobre a possibilidade de dissolução judicial, Abrão (2015, p. 67) exemplifica:

Destacado esse aspecto, invariavelmente, o empresário individual pode se valer de medida judicial para a dissolução da empresa individual quando se deparar com dificuldades, não alcançar o objeto social de sua constituição, ou alguma entidade não lhe conferir documentação necessária e suficiente para voluntário encerramento do negócio.

...

Flui do espírito legal da empresa individual de responsabilidade limitada a possibilidade firme encerrada na perspectiva de prestação de serviços de qualquer natureza, envolvendo cessão de direitos patrimoniais, de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica.

O delineamento desse dispositivo, em sede de dissolução judicial, permite que exista uma proteção, modificação, ou mesmo cancelamento do nome empresarial.

Em sede de dissolução judicial, o juiz ainda poderá ter que analisar conflitos de interesses com terceiros sobre contratos de alienação, usufruto, arrendamento, dentre outros, antes de declarar sua extinção.

Após os devidos trâmites legais, bem como a solução dos conflitos de interesses entre o empreendedor e os credores, fornecedores, terceiros interessados, entre outros, o juiz determinará a expedição de mandado competente, determinando a Junta Comercial que averbe a dissolução da empresa individual de responsabilidade limitada.

Neste sentido, independentemente do motivo, ao decidir pela extinção da EIRELI, o empreendedor individual deverá adotar o caminho mais célere que se

dará mediante o requerimento acompanhado dos documentos necessários e imprescindíveis a serem entregues na Junta Comercial, que após analisá-los, estando preenchidos os requisitos legais para o ato, será promovida a averbação da dissolução da EIRELI. Por outro lado, havendo qualquer embaraço para providenciar a regular dissolução, o empreendedor individual deverá promovê-la de forma judicial.

Apesar de a dissolução judicial demandar tempo considerável, o que prorrogaria a existência da empresa e geraria custos para o empreendedor individual, convém ressaltar a importância de promovê-la para evitar o seu encerramento de forma irregular com a conseqüente responsabilidade ilimitada do empreendedor.

3.6.3 Paralisação da empresa individual

Conforme a disposição contida no artigo 60, da Lei nº. 8.934/94, que dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, a firma individual ou a sociedade empresária será considerada inativa se não proceder com qualquer registro ou arquivamento dos seus atos no prazo de 10 (dez) anos.

Coelho (2015, p. 140) afirmar desconhecer este instituto no direito comparado e o explica nos seguintes termos:

A sistemática é a seguinte: se a sociedade empresária não praticou, em dez anos, nenhum ato sujeito a registro, ela deve tomar a iniciativa de comunicar à Junta a sua intenção de manter-se em funcionamento. ... Pois bem, se a sociedade não providenciar a comunicação de intenção de funcionamento, a Junta instaura um procedimento para o cancelamento do registro, passando a considerar a empresa inativa.

Assim, a Junta Comercial, após notificar a sociedade empresária ou a firma individual, ou, na sua impossibilidade, expedir edital, promoverá o cancelamento do registro, com a perda automática da proteção do nome empresarial. A reativação da empresa dependerá dos procedimentos exigidos em lei para a sua constituição.

A sociedade empresária ou a firma individual poderá evitar o cancelamento do registro, se durante este prazo informar à Junta Comercial o interesse de manter-se em funcionamento.

Em relação a empresa individual de responsabilidade limitada, o prazo de 10 (dez) é muito longo para caracterizar a inatividade, que depende de manifestação ou de comprovação pela Junta Comercial.

O empreendedor individual poderá paralisar as suas atividades temporariamente e de forma provisória, surtindo assim efeitos em áreas diversas. Analisando os efeitos da paralisação da EIRELI, Abrão (2015, p. 70) assevera:

O primeiro dele e mais importante é o sentido de haver responsabilidade tributária, societária e trabalhista, ao tempo da paralisação ou ao tempo da suspensão dos negócios, influenciando, direta e decisivamente, para o aspecto da limitação das quotas integralizadas.

Significa dizer, em suma, que, na empresa individual, estando o negócio integralizado desde a constituição, a paralisação existente não impede seja retomado, mediante comunicado, o negócio empresarial.

Ao lado disso, quando a empresa está inativa, apresenta assim o reflexo de sua paralisação, o empreendedor individual não pode ter blindado ou segregado mediante a teoria da personificação, diante da irregularidade e ilegalidade da solução de continuidade provocada.

No caso da filial da empresa individual de responsabilidade limitada paralisar as suas atividades, sem promover a escrituração regular, haverá eventual responsabilidade da controladora pelas dívidas da filial e o empreendedor individual poderá ser responsabilizado de forma ilimitada.

A paralisação sem a manifestação ou interesse na continuidade da atividade da empresa que tenha se constituído de forma regular, atendendo os requisitos exigidos em lei, pode configurar dissolução irregular, o que gera reflexo na responsabilidade do empreendedor individual, pois assumiu o risco de manter o negócio sem promover a sua regular dissolução.

3.6.4 Liquidação e extinção

As diretrizes previstas na Instrução Normativa nº. 26/2014 regulamenta o ato de desconstituição da empresa individual de responsabilidade limitada, mediante a liquidação e sua a conseqüente extinção, que culmina com a averbação perante o órgão competente. Para poder iniciar o processo de dissolução, a referida instrução exige uma série de requisitos.

A extinção poderá ocorrer por ato de vontade do empreendedor individual, mediante instrumento particular ou escritura pública, ou em virtude do seu falecimento, não tendo os herdeiros interesse no prosseguimento da atividade empresarial da EIRELI.

Por dicção legal, a pessoa natural somente poderá constituir uma única empresa da modalidade EIRELI, nos termos do § 2º, do artigo 980-A, do Código

Civil. A pessoa jurídica não poderá constituir EIRELI, mas o empreendedor individual poderá abrir filiais, conforme a Instrução Normativa retro mencionada.

Nesta linha de raciocínio, a liquidação da matriz também envolve as filiais, constituídas pelo empreendedor individual, pois consubstancia no definitivo encerramento de todas as atividades.

Segundo Abrão (2015, p. 78), a constituição da empresa individual de responsabilidade limitada sem a devida integralização do capital social de 100 salários mínimos pode ser causa do procedimento de extinção, em virtude do descumprimento de requisito essencial para a sua regular constituição.

Analisando a liquidação e extinção da empresa individual, Abrão (2015, p. 79) pondera:

Revestido o procedimento de dissolução de atos complexos, os quais se destinam à apuração dos bens e à verificação de eventuais débitos existentes, estará se delimitando o marco para que responda o empresário individual, agora como pessoa física, pelas dívidas contraídas em relação ao exercício do negócio e pelo respectivo biênio legal.

Com efeito, extinta regularmente a empresa individual, tal não significa, de forma alguma, que eventual obrigação não honrada pelo empresário individual pudesse ser desconhecida. Além daquela responsabilidade empresarial, também vamos encontrar obrigações tributárias e trabalhistas. Fato é, no encadeamento lógico do procedimento de dissolução, que o credor poderá se voltar contra o patrimônio individual do empresário, encerrando suas atividades com dívidas impagas.

A existência de débitos da empresa individual de responsabilidade limitada sem a devida liquidação das obrigações poderá impedir o seu fechamento de forma regular, bem como a constituição de nova empresa individual pelo empreendedor até que fossem satisfeitas as obrigações que dele podem ser exigidas.

É importante a realização de um balanço, podendo ser simplificado, para atestar a real situação da empresa individual no momento da regular dissolução, devendo este acompanhar o arquivamento e registro da extinção da empresa.

3.7 RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DA EIRELI

3.7.1 Recuperação Judicial

Com a finalidade de preservar a empresa e atender a sua função social, a Lei nº. 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e falência do

empresário e da sociedade empresária, estabeleceu o caminho para a sua reorganização.

Ao elaborar a lei retro mencionada, o legislador optou por diferenciar os procedimentos referentes às empresas maiores das menores. O plano de recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte encontra-se regulamentada nas previsões contidas nos artigos 70 e seguintes da referida lei.

A empresa individual de responsabilidade limitada devidamente constituída poderá valer-se da recuperação judicial ou extrajudicial, com algumas limitações decorrentes das suas peculiaridades.

A recuperação judicial pode se mostrar inadequada ao empreendedor individual em virtude dos custos do processo e a lenta tramitação da ação, com a possibilidade de interposição de recursos e também da própria falência da EIRELI. Provavelmente, o caminho mais comum a ser adotado pelo empreendedor individual será o da recuperação extrajudicial ou das negociações com cada credor.

Como exceção a regra, a recuperação judicial poderá ser adotada quando, por exemplo, existirem filiais e se pretende preservar toda a atividade empresarial. O artigo 47, da Lei nº. 11.101/2015, assim reza:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O empresário individual deverá preencher os requisitos previstos no artigo 48 da referida lei para poder requerer a recuperação judicial, devendo assim comprovar o exercício regular das atividades da EIRELI há mais de 2 (dois) anos, não ser falido, não ter obtido a concessão da recuperação judicial há menos de 5 (cinco) anos, não ter há menos de 8 (oito) anos obtido concessão de recuperação judicial e não ter sido condenado por crime previstos na Lei de Falência.

No caso de óbito do empreendedor individual, nada impede que o pedido de recuperação judicial seja promovido pelo cônjuge sobrevivente, herdeiros ou inventariante.

Na hipótese da empresa individual de responsabilidade limitada se tratar de microempresa ou empresa de pequeno porte, o empreendedor individual, com arrimo nos artigos 70 e seguintes da Lei de Falência, apresentará a relação dos credores quirografários e poderá parcelar as suas dívidas em 36 (trinta e seis)

parcelas, com juros de 12% a.a. (doze por cento ao ano), sendo que a primeira parcela deverá ser paga no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da distribuição do pedido de recuperação judicial.

O pedido de recuperação judicial deverá atender os requisitos previstos no artigo 51 da Lei de Falência, devendo o empreendedor individual relatar as causas concretas da situação patrimonial e as razões da crise econômico-financeira, apresentando as demonstrações dos últimos 3 (três) exercícios sociais, bem como a relação dos credores quirografários.

O requerimento da recuperação judicial pelo empreendedor individual será anotado perante a Junta Comercial para proporcionar publicidade da real situação financeira da EIRELI para os seus fornecedores, credores e interessados em geral.

3.7.2 Recuperação extrajudicial

Preenchidos os requisitos legais previstos no artigo 48, da Lei nº. 11.101/05, o empreendedor individual poderá negociar com os credores e apresentar o plano de recuperação extrajudicial em Juízo para que seja procedida a devida homologação mediante sentença, típica de título executivo judicial para todos os efeitos legais.

A maior vantagem da recuperação extrajudicial reside justamente no fato de possibilitar a livre negociação entre o empreendedor e os credores sobre a forma de pagamento e o prazo para o adimplemento das obrigações. Diferentemente da recuperação judicial, nada impede que seja realizado o pedido de desistência após a apresentação do plano de recuperação extrajudicial.

A desvantagem é que a apresentação do plano de recuperação extrajudicial em Juízo não impossibilita a propositura de ações e execuções em face da empresa individual de responsabilidade limitada.

A utilização do procedimento de recuperação extrajudicial se mostrará adequada quando puder se quantificar os credores e a qualidade do crédito, com o objetivo de reduzir o custo da recuperação judicial, preservar a empresa e atender a sua função social.

3.7.3 Falência

A empresa individual de responsabilidade limitada poderá ter decretada a sua falência se não forem adotadas oportunamente as condutas necessárias para sanar a crise econômico-financeira.

O pedido de falência exige a habilitação de uma pluralidade de credores, tendo a EIRELI o valor mínimo de 40 salários mínimos para adimplir com as suas obrigações. Em caso de existirem filiais, o pedido de falência proposto em face da matriz engloba todas as filiais.

Raramente os empresários buscam o instituto da autofalência, mesmo quando se deparam com situações de crise econômico-financeiro em que não foram adotados tempestivamente planos de recuperação.

Não conseguindo dissolver a EIRELI pelas vias normais, o empreendedor individual poderá requerer a autofalência. Conforme Abrão (2015, p. 88):

As vantagens se referem à legalização do processo judicial de extinção, mediante convocação de credores e a realização do ativo e do passivo, de tal sorte a se evitar, ao menos em tese, o alcance do patrimônio individual do devedor-empresário.

A desvantagem maior que repousa na autofalência, ou decretação da quebra a pedido do credor, sinaliza a reabilitação, extinção das obrigações e a impossibilidade de comerciar, fato que inibe o empresário individual de se atrever à abertura de nova empresa sujeita ao regramento da Lei 12.441/2011.

De qualquer forma, o objetivo principal da falência é o encerramento de uma atividade de forma menos traumática possível, com a liquidação, se possível, de todos os créditos dos credores, podendo não haver ativos suficientes para atender todas as obrigações assumidas.

3.8 A IMPORTÂNCIA DA EIRELI

Ao escrever o livro *Introdução à Teoria do Crescimento Econômico*, Jones buscou entender o motivo pelo qual alguns países são tão ricos e outros tão pobres. Segundo Jones (2000, p. 145), o que diferencia os países ricos dos pobres são os investimentos em acumulação de capital e em qualificações, bem como a forma mais produtiva de utilizar esses insumos.

É certo que alguns países investem muito mais do que outros e isto ocorre em virtude da infra-estrutura formada pelas instituições, pelas leis e pelas políticas do governo. Neste sentido, Jones (2000, p. 145) assim explica:

Essa infra-estrutura forma um ambiente econômico em que as pessoas produzem e transacionam. Se a infra-estrutura de uma economia favorece a produção e o investimento, a economia prospera. Mas, se a infra-estrutura favorece o desvio em vez da produção, as conseqüências podem ser prejudiciais. Quando não têm certeza de auferir um retorno sobre seus investimentos, os empresários não investem. Isto é verdade para investimentos em capital, em qualificações ou em tecnologia. A corrupção, o suborno, o roubo e a expropriação podem reduzir drasticamente os incentivos ao investimento na economia, com efeitos devastadores sobre a renda. A tributação, a regulamentação, os litígios e *lobbies* são exemplos menos drásticos de desvios que afetam os investimentos de todos os tipos, até nas economias avançadas. Obviamente, os países avançados são avançados justamente porque encontraram meios de limitar a extensão do desvio em suas economias.

A infra-estrutura que favorece a produção “incentiva as pessoas a se engajarem na geração e na transação de bens e serviços” (JONES, 2000, p. 120).

Sobre a infra-estrutura da economia Jones (2000, p. 120) adverte:

À medida que a infra-estrutura da economia favorece a produção ou o desvio é determinada, em primeiro lugar, pelo governo. É este que faz e implementa as leis que criam o quadro em que se realizam as transações econômicas. Além disso, em economias cuja infra-estrutura favorece o desvio, o próprio governo é muitas vezes um agente de desvio. A tributação é uma forma de desvio e, embora alguns impostos sejam necessários para que o governo possa oferecer as regaras e instituições associadas a uma infra-estrutura favorável à produção, os abusos da tributação são possíveis.

Não há dúvidas que “a infra-estrutura de uma economia tem forte influência sobre o investimento” (JONES, 2000, p. 121). Nas economias em que a infra-estrutura favorece a produção, haverá maior investimento em capital, maior investimento externo que podem transferir tecnologia, maior investimento nas qualificações das pessoas e maior investimento dos empreendedores que podem desenvolver novas idéias com o objetivo de melhorar a própria economia.

A relevância do investimento também é enfatizada por GREMAUD; VASCONCELLOS, TONETO JÚNIOR (2014, p. 59), nos seguintes termos:

Em termos de desenvolvimento econômico e estabilidade, a manutenção de altas taxas de investimento sem muitas oscilações deveria ser um objetivo. Para tal, dever-se-ia promover um quadro propício ao investimento, com medidas que pudessem evitar ou contrabalançar sua instabilidade.

O legislador brasileiro ao criar uma nova figura jurídica, que limita a responsabilidade, ficando os bens particulares resguardados, tinha como objetivo

estimular o empreendedorismo e por fim a uma prática comum no Brasil de constituição de sociedades limitadas, tendo um dos sócios o capital social de 1% (um por cento) e nenhuma participação na gestão da empresa. Na opinião de Tomazette (2014, p. 54):

Inicialmente deve-se ressaltar a importância dessa medida que segue uma tendência mundial e pode servir de grande incentivo para a economia do país, além de eliminar ou ao menos diminuir a existência de expedientes fictícios que vinham sendo usados para os mesmos objetivos. É digna de aplauso a iniciativa do legislador.

No que tange a questão do empreendedorismo, Abrão (2015, p. 3) assim manifesta:

Constantemente o governo tem buscado ferramentas e instrumentos capazes de reduzir a desaceleração do crescimento e os negativos efeitos da crise internacional, radiografando, nas pequenas e microempresas, componentes vitais para que o impacto social seja minimizado.

A última década experimenta forte crescimento, não apenas pela globalização na economia, mas consoante regras que facilitaram a abertura do negócio e o modelo de tributação, pela via do Simples Nacional.

A criação da empresa individual de responsabilidade limitada possibilita a formalização de empreendedores que exercem as suas atividades na informalidade, bem como resolve o problema crônico no país de constituição das sociedades limitadas de “fachada”, em que um dos sócios, o minoritário, somente emprestava o nome para possibilitar a limitação da responsabilidade.

A formalização da empresa é de suma relevância para o desenvolvimento econômico e social do país, pois não somente haverá o aumento da arrecadação tributária, como também a geração de empregos, fomentando assim a economia. Nas palavras de Smith (1996, p. 429):

Se assim posso dizer, o mercado interno é, pois, o centro em torno do qual circulam continuamente os capitais dos habitantes de cada país, e para o qual tendem constantemente todos, ainda que, em virtude de determinadas circunstâncias, esses capitais possam às vezes ser desviados desse centro e encontrar emprego em lugares ou países mais distantes.

Ora, como já demonstrado, um capital aplicado no mercado interno necessariamente movimenta um contingente maior de atividade interna e assegura renda e emprego a um contingente maior de habitante do país, do que um capital igual aplicado no comércio externo de bens de consumo.

A limitação da responsabilidade conferida a empresa individual de responsabilidade limitada é de extrema importância para fomentar o investimento pelo empreendedor, pois se não houvesse esta limitação “o empresário continuaria

em condições de obter o mesmo lucro, redirecionando seu investimento a outro país” (COELHO, 2015, p. 85).

Ao incentivar o empreendedorismo mediante a promoção de medidas que facilitam o exercício da atividade empresarial, o empreendedor individual é motivado a investir e “todo indivíduo que emprega seu capital no fomento da atividade interna necessariamente procura com isso dirigir essa atividade de tal forma que sua produção tenha o máximo valor possível” (SMITH, 1996, p. 429).

Ao empregar o seu capital o empreendedor está visando exclusivamente o seu lucro, com a finalidade de alcançar o maior valor possível. Conforme Smith (1996, p. 430), o empreendedor geralmente não busca a promoção do interesse público, mas tão somente o seu interesse exclusivo. Nesta sua busca, o empreendedor promove os interesses da sociedade, mesmo que não seja esta a sua intenção primordial.

O empreendedor atende os interesses da sociedade não somente quando coloca no mercado um produto ou um serviço de que necessita ou deseja os consumidores, mas também quando gera empregos e renda de forma direta ou indireta.

Ao analisar o desenvolvimento econômico com enfoque nos economistas clássicos, Souza (2005, p. 58) afirma:

Ao contrário dos mercantilistas e fisiocratas, que consideravam os metais preciosos e a terra como os principais fatores da riqueza nacional, para Adam Smith (1723-1790) o elemento essencial do aumento dessa riqueza é o trabalho produtivo. O volume de produto obtido por trabalhador, em um dado período de tempo, depende da intensidade do capital, da tecnologia e da divisão do trabalho, possibilitada pelo aumento da dimensão dos mercados.

Ao explicar a teoria de Adam Smith sobre o desenvolvimento econômico, Souza (2005, p. 59) assevera:

Sendo assim, para maximizar a riqueza das nações, não se pode, sob hipótese alguma, tolher a liberdade individual para empreender e empregar trabalho produtivo; no mesmo sentido, não se deve bloquear o desenvolvimento dos demais elementos fundamentais, que permitem a e expansão do emprego, como a abertura de novos mercados, a divisão do trabalho e a acumulação de capital.

A crise econômica hodierna surte efeitos consideráveis no aumento do número de desempregados, acarretando assim graves problemas sociais e econômicos. Dentre os problemas gerados, Smith (1996, p. 129) comenta:

O número de candidatos a emprego é maior do que as vagas disponíveis no mercado de mão-de-obra; muitos se dispõem a trabalhar por salários mais baixos do que os normais, sendo que tanto os salários dos empregados como o dos diaristas muitas vezes baixam em anos de preços altos.

A renda é influenciada, dentre outros fatores, pelo desenvolvimento econômico do país. Na opinião de Smith (1996, p. 105):

Em cada sociedade ou nas suas proximidades, existe uma taxa comum ou média para salários e para o lucro, em cada emprego diferente de trabalho ou capital. Essa taxa é regulada naturalmente – conforme exporei adiante – em parte pelas circunstâncias gerais da sociedade – sua riqueza ou pobreza, sua condição de progresso, estagnação ou declínio – e em parte pela natureza específica de cada emprego ou setor de ocupação.

A geração de empregos é de suma importância para o desenvolvimento econômico e social do país, sendo que o empreendedorismo assume um importante papel, principalmente observado quando se refere às microempresas e as empresas de pequeno porte.

Em análise da obra *A Riqueza das Nações* de Adam Smith, Souza (2005, p. 61) enfatiza que o “investimento aumenta o nível de emprego no curto prazo e estimula o crescimento da oferta de trabalho no longo prazo, via aumento do diferencial entre os salários de mercado e o salário de subsistência”.

Por sua vez, o aumento na arrecadação tributária proporciona efeitos para toda a sociedade. Conforme Sabbag (2013, p. 33):

O Estado necessita, em sua *atividade financeira*, captar recursos materiais para manter sua estrutura, disponibilizando ao cidadão-contribuinte os serviços que lhe compete, como autêntico provedor das necessidades coletivas.

A cobrança de *tributos* se mostra como a principal fonte das *receitas públicas*, voltadas ao atingimento dos objetivos fundamentais, inserto no art. 3º, da Constituição Federal, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, tendente à redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem-estar da coletividade.

O fato de a empresa individual de responsabilidade limitada poder se enquadrar no Simples Nacional não gera efeitos maléficos para o Estado, pois a possibilidade de diminuição da carga tributária proporciona o aumento do número de contribuintes, fomentando o empreendedorismo e, de conseqüência, a arrecadação do Estado.

A política fiscal, que pode ser compreendida como a atuação do governo sobre a arrecadação de impostos e aos gastos, afeta o nível de demanda da economia. Está política poderá impactar a eliminação do desemprego e estimular o

crescimento da renda através do aumento dos gastos públicos, que se assemelham ao aumento do investimento ou mediante a redução dos impostos. Sobre a diminuição dos impostos, GREMAUD; VASCONCELLOS, TONETO JÚNIOR (2014, p. 198), pondera:

Caso a política assumira a forma de redução de impostos, seu impacto sobre a demanda se dará pelo aumento da renda disponível dos agentes e, conseqüentemente, pela ampliação do consumo. Note-se que, se não houvesse nenhuma restrição, o governo, por meio da política fiscal, poderia fazer com que a economia estivesse sempre próxima ao pleno emprego, isto é, sem desemprego.

Em um cenário atual de crise econômica em que se observa a crescente mortalidade das pequenas e microempresas, a existência de fato de um capital mínimo poderá surtir consideráveis efeitos para a permanência da empresa no mercado por longos anos.

O cumprimento das normas que regulamentam a empresa individual proporciona a sobrevivência do negócio, bem como a segurança do empreendedor e o sentimento de confiança por parte de fornecedores, clientes e até mesmo de terceiros que direta ou indiretamente se relacionam com a empresa.

A regulamentação da empresa individual proporcionou a possibilidade de trazer para a legalidade as empresas tipificadas como informais, em que o empreendedor não tinha condições de recolher os tributos e demais impostos.

Em termos de empreendedorismo, a disciplina de constituição e funcionamento são fatores relevantes, mas não suficientes para constatar a vitalidade do empreendimento, que dependerá da capacidade técnica do empreendedor em conduzir o seu negócio.

A regulamentação da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, bem como a simplificação tributária são medidas de política de governo que incentiva o investimento de capital e que contribui com o desenvolvimento econômico e social do país. Neste diapasão, Jones (2000, p. 131) comenta:

A infra-estrutura de uma economia – normas e regulamentações e as instituições que as implementam – é o determinante básico da medida em que as pessoas se dispõem a realizar investimentos de longo prazo em capital, qualificações e tecnologia que estão associados ao sucesso econômico de longo prazo. As economias cujos governos oferecem um ambiente propício à produção são extremamente dinâmicas e bem-sucedidas. Aquelas em que o governo abusa de sua autoridade para se envolver em permitir desvios são menos bem-sucedidas.

Registra-se que a “idéia de desenvolvimento econômico está associada às condições de vida da população ou à qualidade de vida dos residentes no país” (GREMAUD; VASCONCELLOS, TONETO JÚNIOR, 2014, p. 59).

A empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI contribuirá com o desenvolvimento econômico e social do país, se subordinar ao princípio da função social da empresa, exercendo suas atividades em sintonia com o artigo 170, da Constituição Federal. Neste sentido, Silva *apud* Amaral (2008, p. 117) comenta:

A iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e se essa se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica. Essas considerações são ainda importantes para a compreensão do princípio da necessidade que informa a participação do Estado brasileiro na economia (art. 173), pois a preferência da empresa privada cede sempre à atuação do poder público, quando não cumpre a função social que a Constituição lhe impõe.

Na opinião de Frazão (2011, p. 102) a empresa deve ser compreendida:

... como instituição cuja importância transcende à esfera econômica, na medida em que abarca interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o bem-estar dos seus empregados e dos demais cidadãos que dela dependem ou com ela dividem o mesmo espaço social.

Cabe ao Estado não somente tutelar o exercício da atividade empresarial, como também garantir, por meio da Carta Magna, “a continuidade de uma sociedade equilibrada, a fim de que se atinja, por intermédio da ordem econômica, o objetivo de se dar vida digna a todos os cidadãos brasileiros” (AMARAL, 2008, p. 123).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aprovação da Lei nº. 12.441/2011 que modificou o Código Civil e criou empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI fundamentou-se na antiga reivindicação empresarial da possibilidade de constituição de empresa por uma única pessoa, com a sua responsabilidade limitada ao seu capital social.

Este diploma legal representou um grande avanço no incentivo ao empreendedorismo, em uma economia globalizada em época de grande crise econômica com impactos de recessão não somente no país como no mundo.

Apesar das críticas do modelo desenhado pelo legislador por aqueles que entendiam que as opções seriam a criação da figura do “empresário individual de responsabilidade limitada” ou da “sociedade limitada unipessoal”, não há dúvidas que a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI cumpre com os objetivos que levaram a sua criação.

É certo que empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI incentivou o empreendedorismo pela possibilidade da constituição de empresa por um único empreendedor, com a responsabilidade limitada ao capital social subscrito, sem a necessidade de procurar sócio “laranja” para a constituição de sociedade limitada “faz-de-conta”.

A simplificação do registro e a redução dos custos da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI também incentivaram os empreendedores informais a regularizarem a sua situação, possibilitando assim a constituição regular e o devido recolhimento dos tributos.

A criação da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI também resolveu o problema da concentração das quotas de outra modalidade societária em único sócio, independentemente do motivo, proporcionando a possibilidade da preservação da empresa que se encontra nesta situação com a sua transformação para EIRELI.

Em todas estas situações, o legislador possibilitou a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI a opção de sujeição ao Simples Nacional, se atendido os requisitos estabelecidos na Lei Complementar nº. 123/2006. Neste caso, a EIRELI deve se enquadrar como microempresa ou empresa de pequeno porte e exercer atividade compatível com este regime tributário simplificado, cujo *rol* de atividades foi ampliado pela Lei Complementar nº. 147/2014.

Em qualquer desses casos, independentemente do motivo, seja pela constituição da empresa individual de responsabilidade limitada ou pela regularização da situação de informalidade do empreendedor ou, ainda, pela transformação de outra modalidade societária em EIRELI, a existência regular da empresa gera efeitos benéficos para a sociedade e para o país, pois além do efetivo recolhimento dos tributos, tem-se também a geração de empregos e rendas de forma direta ou indireta.

A transformação de qualquer modalidade societária em empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, em virtude da concentração das quotas em único sócio, independentemente do motivo, surte consideráveis efeitos para a coletividade, atende ao princípio da preservação da empresa, o interesse público na continuidade da atividade empresária e, de conseqüência, o princípio da função social da empresa.

Conforme exposto, o empreendedor é motivado pelo seu interesse de obtenção de lucro no exercício da atividade empresarial. Entretanto, na busca do seu interesse, o referido promove, mesmo sem querer, o bem estar da coletividade.

As técnicas de limitação de responsabilidade incentiva o empreendedorismo, pois nem todos investiriam em uma atividade empresarial se houvesse um considerável risco ao seu patrimônio particular.

A possibilidade de constituição de empresa individual de responsabilidade limitada - EIRELI é um mecanismo de fomento ao exercício da atividade empresarial em virtude, dentre outros fatores, da limitação da responsabilidade ao capital subscrito.

Assim, o empreendedor ao constituir uma empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI visando exclusivamente o lucro que irá auferir com o exercício de sua atividade, estará também arrecadando tributos e gerando empregos, proporcionando benefícios para toda a coletividade.

Em tempos atuais de crise econômica em que se noticiam rotineiramente grandes demissões em empresas, a geração de empregos e renda, seja de forma direta ou indireta, pela empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI contribui consideravelmente com o desenvolvimento econômico e social do país, o que se constata principalmente quando se trata de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Por outro lado, a arrecadação de tributos é uma necessidade do Estado para manter a sua estrutura e poder proporcionar aos cidadãos os serviços de sua competência.

Em que pese à possibilidade do enquadramento da empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI no regime simplificado tributário do Simples Nacional proporcionar a diminuição da carga tributária para a empresa, o Estado é beneficiado com o aumento do número dos contribuintes, pois esta diminuição da carga tributária fomenta o empreendedorismo, como também a formalização dos empreendedores que exercem suas atividades na irregularidade, bem ainda a diminuição da sonegação tributária.

Para que verdadeiramente contribua com o desenvolvimento econômico e social do país, a empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI deverá cumprir a sua função social, sendo que o exercício de suas atividades deve ser realizado em estrita observância do disposto no artigo 170, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Carlos Henrique. *Empresa Individual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- AMARAL, Luiz Fernando de Camargo Prudente do. *A função Social da Empresa no Direito Constitucional Econômico Brasileiro*. São Paulo: Editora SRS, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: O que é: o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012.
- BULGARELLI, Waldirio. *Direito Comercial*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes (coordenadores). *Novas Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. v. 1. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. v. 2. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- FINKELSTEIN, Maria Eugenia. *Direito Empresarial*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FRAZÃO, Ana. *Função Social da Empresa: Repercussões sobre a Responsabilidade Civil de Controladores e Administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JÚNIOR, Rudinei. *Economia Brasileira Contemporânea*. 7. ed. – 11. reimpr. São Paulo: Atlas, 2014.

HOBBS, Thomas. *Leivată*. São Paulo: Martins Editora, 2008.

JONES, Charles I. *Introdução à teoria do crescimento econômico*. Traduzido por Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

LEMO JUNIOR, Eloy Pereira. *Empresa & Função Social*. Curitiba: Juruá, 2009.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Traduzido por Júlio Fisher. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial*. v. 1. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito Empresarial Esquematizado*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 1º volume. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSSEAU, Jean-Jaques. *O Contrato Social*. Traduzido por Antônio de Pádua Danesi. 3º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direito Tributário*. 12º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento Econômico*. 5 ed. rev. São Paulo: Atlas, 2005.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Traduzido por Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1996.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário*. v. 1. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2014.