



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

JADER BARCELOS DA CUNHA

A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº: 12.441/11

Juiz de Fora

2012

Jader Barcelos da Cunha

A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº: 12.441/11

Projeto de Monografia apresentado ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial à apresentação da Monografia de Conclusão de Curso.

Orientador: Prof. Fábio Monteiro de Andrade.

Juiz de Fora

2012

JADER BARCELOS DA CUNHA

A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº: 12.441/11

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, na área de Direito Empresarial, como requisito à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Aprovado em: __/__/____

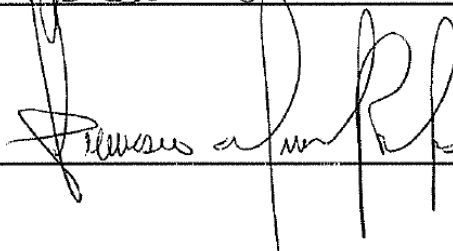
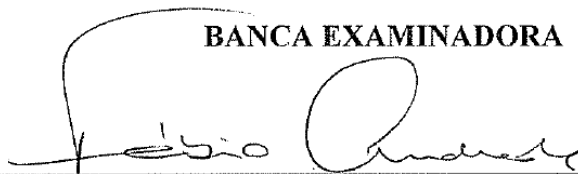
Professor: Fábio Monteiro de Andrade

Professor

Professor

FOLHA DE APROVAÇÃOJADER BARCELOS DA CUNHA**Aluno**A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.441/11**Tema**

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade
Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORAAprovada em 07 / 07 / 2012.

Dedico esta monografia aos meus pais, pela criação e apoio incondicional, à minha esposa Elisabeth e aos meus filhos Pâmella, Ricardo, Jader Júnior e Lucas, pelo incentivo e pela paciência, ao meu sogro que sempre me apoiou nesse árduo caminho e ao meu amigo e sócio Luciano Felipe da Silva que sempre esteve do meu lado confiando no meu esforço.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus de Israel, por estar sempre iluminando meu caminho e me abençoando com sabedoria, saúde e determinação.

À minha mãe Anicézia, mulher lutadora e trabalhadora, pela criação e carinho dedicado em todos os momentos da minha vida, ao qual tenho muito zelo e admiração.

Ao Meu pai Vicente, meu exemplo de força, pelo companheirismo, amor e proteção que sempre dedicou a mim.

À minha querida e amada esposa Elisabeth que sempre teve a paciência necessária almejando essa vitória, sabedora da importância desta profissão para a nossa família.

Aos meus amados filhos que Jesus me deu, celebro essa vitória a vocês Pâmella, Ricardo, Jader Júnior, Lucas e minha querida sobrinha Letícia que tanto amo.

Ao amado irmão Willian e sua esposa Regina, que sempre me apoiaram e ajudaram incondicionalmente.

Aos meus tios e tias, primos e primas, pela amizade, companheirismo e pelos momentos únicos e felizes que sempre me proporcionaram.

Ao meu orientador Fábio Monteiro, pela sua dedicação e paciência, fundamental para a conclusão deste trabalho.

Ao meu amigo e sócio Luciano Felipe da Silva, que sempre me apoiou e um companheiro inseparável na luta pela justiça e pelo direito dos nossos clientes.

Ao corpo docente do Curso de Direito pelo conhecimento, atenção, respeito e acessibilidade quando necessitei.

Aos meus colegas de curso pelo apoio de todas as horas nestes cinco anos, e em especial à Ana Monteiro, Marcelo Salomão, Éder Correa e Elisângela Silva de Oliveira.

A todos os meus amigos e amigas, que direta ou indiretamente, sempre contribuíram para meu crescimento.

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a nova Lei nº: 12.441 de 12 de julho de 2011, que institui e permite a criação da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, sob o aspecto constitucional da lei. O que se indaga neste projeto de estudo, e que em breve momento tentar-se-á responder é se tal lei é constitucional ou inconstitucional, haja vista se encontrar no STF uma ação direta de inconstitucionalidade já proposta. Não se pretende esgotar o assunto, mas trazer alguns questionamentos sobre essa nova lei que traz dúvidas e causa indagações de diversas formas.

Assim, se partirá de uma análise empírica lançando-se um olhar panorâmico acerca da questão, tirando daí algumas considerações.

No entanto, essa é somente uma hipótese de trabalho avançada aqui simplesmente para nortear a presente intenção da pesquisa; respostas diferentes do que aqui se adiantaram serão analisadas de forma tão imparcial quanto possível.

Palavras-chaves: Inconstitucionalidade, EIRELI, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONOMICA	10
2.1 PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO	10
2.2 PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA	10
2.3 PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE PRIVADA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	10
3. DAS SOCIEDADES LIMITADAS	12
3.1 NOME EMPRESARIAL DAS SOCIEDADES LIMITADAS	12
3.2 OBJETO SOCIAL: O FIM EMPRESARIAL NA SOCIEDADE LIMITADA	12
3.3 A SEDE E O PRAZO DE DURAÇÃO DAS SOCIEDADES LIMITADAS	13
3.4 CAPITAL SOCIAL E COTAS	13
3.5 LIMITAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL INICIAL DE 100 SALÁRIOS	14
3.6 OS SÓCIOS DA LIMITADA	16
3.7 PESSOA JURÍDICA PODE ABRIR EMPRESA INDIVIDUAL	19
3.8 RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS DA LIMITADA	19
3.9 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	20
4 CONSEQUÊNCIAS DA FALÊNCIA DA EIRELI DIANTE DA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS – LEI Nº: 11.101/05	23
5 POSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE EM CASO DE MORTE OU OUTRA CAUSA DE RESOLUÇÃO	25
CONCLUSÃO	26
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	27

1- INTRODUÇÃO

Esta dissertação busca analisar a nova lei nº: 12.441 de 12 de julho de 2011, que institui e permite a criação da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, sob o aspecto constitucional da lei.

A recente lei mais conhecida como “EIRELI” entrou em vigor no dia 08 de janeiro de 2012, com o objetivo principal de proporcionar estímulo à atividade empresarial, limitando a responsabilidade do empresário, fato este que não ocorria anteriormente e que acarretava significativa diferença para o desenvolvimento empresarial, e agora incentivando investimentos formais. A nova lei traz importantes mudanças, eliminando, por exemplo, os denominados “laranjas”, que são pessoas que emprestam o nome e cadastro de pessoa física – CPF e que adquirem um mínimo de quotas para a sua criação para se beneficiarem das vantagens, satisfazendo a exigência do Código.

Cabe aqui ressaltar que o tema não é inédito no mundo jurídico, pois não são poucos os países que instituíram a “Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”. Como exemplo, tem-se: França, Espanha, Portugal, Itália, Bélgica, Países Baixos, Alemanha, Reino Unido, Dinamarca e na América do Sul, o Chile.

O que se indaga neste projeto de estudo, e que em breve momento tentar-se-á responder é se a Lei nº: 12.441/11 é constitucional ou inconstitucional, haja vista tramitar no STF uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Não se pretende esgotar o assunto, mas trazer alguns questionamentos sobre essa nova lei que traz dúvidas e causa indagações de diversas formas, como, por exemplo, sobre a inconstitucionalidade ou constitucionalidade da limitação do capital social em 100 salários e sua devida integralização no momento da abertura.

O trabalho visa analisar a lei em si e os fatos ocorridos desde a sua criação, buscando imparcialidade o quanto possível.

2- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

2.1- PRINCÍPIO DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO

A valorização do trabalho humano é o reconhecimento de que ele incentiva o desenvolvimento, a transformação e a evolução da sociedade. Neste princípio se entabula como fundamento constitucional da República em seu artigo 1º, a dignidade da pessoa humana (inciso III); bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV). A Lei nº: 12.441 de 11 de julho de 2011, a lei da EIRELI, que entrou em vigor no dia 08 de janeiro de 2012, com o objetivo precípuo de proporcionar estímulo à atividade empresarial, limitando a responsabilidade do empresário, fato este que não ocorria anteriormente e que acarretava significativa diferença para o desenvolvimento empresarial, agora incentiva investimentos formais e, sobretudo a valorização do trabalho humano.

2.2- PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

A Constituição de 1988, em seu artigo 170, dispõe: “**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: ...

O artigo 170, *caput*, da Carta Política prevê o Princípio Constitucional da Livre Iniciativa, que traduz o desejo do legislador constituinte no sentido de que todo o trabalho humano lícito e legítimo deve ser permitido, tratando-se de uma força motriz da sociedade. A Ordem Econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. A expressão justiça social, ainda que obscura, pode ser conceituada, em apertada síntese, como a busca do bem comum. A Lei nº: 12.441/11 vem a demonstrar isso e está pautada dentro do princípio da livre iniciativa, pois incentiva o desenvolvimento empresarial, com reconhecimento da firma individual prevista já no artigo 966 do Código Civil.

2.3- PRINCÍPIOS DA PROPRIEDADE PRIVADA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A propriedade privada é uma das bases do modo capitalista de produção, que é inclusive o regime econômico adotado entre nós. No entanto, os poderes do proprietário sobre sua propriedade não são absolutos, vez que o Princípio da Propriedade Privada deve ser balanceado com o da Função Social. Para que seja atingida a função social da propriedade, o proprietário deve ater-se ao papel produtivo, ao respeito à ecologia e ao cumprimento da legislação social e trabalhista.

3- DAS SOCIEDADES LIMITADAS

Por uma análise das normas no contrato social é que podemos afirmar se a sociedade limitada em apreço será sociedade de pessoas ou de capital. Assim, entende-se como sociedade de pessoas aquela que tem no relacionamento entre os seus sócios a sua razão de existir. Esta vinculação entre os sócios funda-se no *intuito personae*, ou seja, na confiança que cada um dos sócios deposita nos demais, bem como na importância individual de cada sócio para a sociedade. Porém, no tocante à sociedade de capitais não se encontra tal sentimento. Os sócios são indiferentes entre si, crescendo de importância a aglutinação de capitais para um determinado empreendimento.

O § 6º, do novo artigo 980-A, estabelece que a EIRELI será regida pelas normas da sociedade limitada e não pelas do empresário individual, apesar de a EIRELI não ser espécie de sociedade. A empresa individual de responsabilidade limitada não se confunde e nem substitui o clássico empresário individual que continua vigente até hoje.

3.1 - NOME EMPRESARIAL DAS SOCIEDADES LIMITADAS

A identificação da sociedade limitada é realizada por um nome empresarial, conceito que engloba tanto a firma social ou a denominação, integrada pela palavra final denominação, que deve designar o objeto da sociedade, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais sócios.

Na EIRELI, o artigo 980-A, §1º, determina que o nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma, ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. Assim, o nome, por exemplo, de uma padaria poderia ficar estabelecido da seguinte forma: “Padaria Central EIRELI”.

3.2 - OBJETO SOCIAL: O FIM EMPRESARIAL NA SOCIEDADE LIMITADA

O objeto social da sociedade limitada é a finalidade empresarial ao qual ela se presta a realizar. Sendo este objeto lícito, possível, determinado e não contrário à moral, aos bons costumes e à ordem pública, conforme a Instrução Normativa 117/2001, do Departamento Nacional de Registro de Comércio.

O ato constitutivo deverá indicar com precisão e clareza as atividades a serem desenvolvidas pela empresa, sendo vedada a inserção de termos estrangeiros, exceto quando não houver termo correspondente em português ou já incorporado ao vernáculo nacional, sendo vedado o arquivamento na Junta Comercial de empresa cujo objeto inclua a atividade de advocacia.

3.3 - A SEDE E O PRAZO DE DURAÇÃO DAS SOCIEDADES LIMITADAS

O contrato social deverá ainda especificar obrigatoriamente o endereço completo da sede da sociedade, este local define a competência territorial quando a sociedade for ré e, se for o caso, das filiais, agências e sucursais, se existentes, em relação às obrigações por elas contraídas.

Neste contrato social deverá ser fixado o prazo de duração da sociedade, que pode ser determinado, com a fixação de um prazo preestabelecido, ou ainda indeterminado. Este prazo, como se pode depreender, tem importância mesmo para análise das hipóteses de dissolução da sociedade, conforme previsto no artigo 1.087, conjugado com os artigos 1.044 e 1.033, do Novo Código Civil.

3.4 - CAPITAL SOCIAL E COTAS

O capital social corresponde ao montante de bens e demais objetos que podem ser conferidos ao mesmo, com os quais os cotistas integralizaram suas quotas. O capital social é fixo mediante cláusula expressa no contrato social, somente podendo ser alterado mediante a alteração do documento que o quantifica. O capital social é representado por cotas iguais ou desiguais (artigo 1.055, CC), podendo ser aumentado, desde que já integralizada as quotas subscritas, estando expressamente previsto o exercício do direito de preferência no prazo de 30 (trinta) dias. Já a cota social representa uma fração do capital social e, em consequência, uma posição de direitos e deveres perante a sociedade, ou, no dizer de Lacerda Teixeira (cit., p. 97), a porção de capital que a cada sócio cabe na sociedade.

As cotas funcionam como objeto do direito de propriedade. Os cotistas detêm sua propriedade. As cotas, todavia, não se materializam como as ações, que são corpóreas e funcionam como valores mobiliários, com capacidade de circulação autônoma. O atual Código adota o sistema de pluralidade de cotas, que no dizer de Lacerda Teixeira (cit., p.

101), consiste em garantir aos cotistas a divisão da sua entrada em quotas múltiplas de valor nominal uniforme, como acontece com as ações de Sociedades Anônimas.

A integralização das cotas se fará em dinheiro ou em qualquer outra espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro. Na sociedade anônima há um procedimento especial de avaliação. Nas demais sociedades, os próprios sócios avaliarão os bens transmitidos à sociedade. Havendo superavaliação, responderão pelas irregularidades, podendo o credor exigir de qualquer dos sócios, na hipótese de insolvência, a reposição das diferenças de avaliação que vierem a ser apuradas. As cotas poderão ser integralizadas desde logo, quando da criação da sociedade, ou posteriormente, no prazo que for fixado, ou ainda de acordo com as necessidades da sociedade.

A EIRELI segue as regras e procedimentos da sociedade limitada, mas necessitando de apenas um único sujeito titular da empresa. Esta nova modalidade viabiliza a exploração da atividade econômica com limitação da responsabilidade, ou seja, o patrimônio pessoal do titular da empresa não responde pelos débitos decorrentes da atividade empresária, situação esta que não ocorre com o Empresário Individual que responde pelas dívidas com todo o seu patrimônio.

A limitação de responsabilidade é teórica, pois por meio do emprego da teoria da desconsideração da personalidade jurídica se permite “atacar” os bens ou o patrimônio do titular da empresa.

3.5 - A LIMITAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL INICIAL DE 100 SALÁRIOS

O Código Civil não faz exigência de capital social mínimo para a abertura da sociedade limitada. Tal situação é alvo de críticas da doutrina, no sentido de que esta ausência cria uma enorme margem de insegurança no comércio jurídico, sendo inclusive fator gerador de entendimentos no sentido de desconsideração desmedida da personalidade jurídica de sociedades. E agora com a criação da EIRELI coloca a discussão da inconstitucionalidade da lei no Superior Tribunal Federal, pelo fato de exigir um capital social mínimo e ainda correspondente a 100 (cem) salários mínimos vigente no país.

A lei da EIRELI em seu artigo 980-A, determina que 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, que hoje equivale a R\$62.200,00 (sessenta e dois mil e duzentos reais). Sendo esta limitação atualmente discutida, a sua inconstitucionalidade no Superior

Tribunal Federal, por uma ADIN, impetrada pelo Partido Popular Socialista-PPS. A ADIN nº: 4.637, busca discutir justamente o requisito de valor mínimo para o capital social, sob o argumento de infração à norma constitucional do artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, que veda expressamente a vinculação do salário mínimo para outros fins, sendo que o salário mínimo não pode ser utilizado como critério de indexação para a determinação do capital mínimo necessário para a abertura de empresas individuais de responsabilidade limitada.

De acordo com a direção do partido, a declaração de inconstitucionalidade, apenas da parte final do dispositivo legal, não prejudica em nada a sua subsistência do instituto da empresa individual de responsabilidade limitada no ordenamento jurídico, prevendo que o artigo 980-A, fique com a redação da seguinte forma: “*Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por única pessoa titular da totalidade do capital social.*”

A discussão no STF não abrange se é constitucional ou não a criação de uma EIRELI por pessoa jurídica, ocasião em que iremos discutir dentro deste simples estudo que também é importante para o desenvolvimento econômico do país.

Contudo, tal exigência esbarra na notória vedação de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, prevista no inciso IV, do artigo 7º, da Constituição Federal do Brasil. O correto é que o salário mínimo não pode ser utilizado como critério de indexação para a determinação do capital mínimo necessário para a abertura de empresas individuais de responsabilidade limitada.

E ainda, verifica-se outra evidente violação ao princípio da livre iniciativa, previsto no artigo 170, *caput*, cerceando assim, a possibilidade de abertura de empresas individuais de responsabilidade limitada por pequenos empreendedores. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (*in* comentários à Constituição do Brasil, Vol.7, São Paulo: Saraiva, 1990, pág. 16), lecionam que a livre iniciativa “*é uma manifestação dos direitos fundamentais e no rol daquele devia estar incluída. De fato o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal. Vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica. Equivale ao direito de todos em se lançarem ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco.*”

Devido a essa imediata integralização de um capital mínimo de 100 salários mínimos para a abertura de uma empresa individual de responsabilidade limitada inviabiliza a opção por este tipo de pessoa jurídica pelo pequeno empresário. Na legislação da sociedade

limitada não se estabelece a exigência de capital mínimo, assim, qual seria o motivo da EIRELI sujeitar a limitação de capital?

A Constituição de 1988, notadamente, em seu artigo 7º, busca a melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais. Sendo que a proteção ao salário mínimo é uma forma de atender aos anseios básicos do trabalhador e de sua família com despesas de moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e seguridade social. Assim, o texto constitucional define a amplitude do poder aquisitivo que deve ser alcançado pelo salário mínimo.

Nesse diapasão de buscar os objetivos sociais pelo constituinte, ele também vedou a utilização do salário mínimo como critério indexador, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. Pois, conforme já definido pelo então Ministro Marco Aurélio ao julgar a ADI nº: 1.425, pautado no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, diz ser vedada a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, pois o constituinte quis evitar que interesses estranhos aos versados na forma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado.

Portanto, exsurge a constatação de que a norma legal viola frontalmente o dispositivo constitucional retro mencionado, ao definir, então, como capital mínimo para a constituição de uma empresa individual de responsabilidade limitada o valor correspondente a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país.

3.6 - OS SÓCIOS DA LIMITADA

Poderão ser sócios de uma limitada as pessoas físicas e jurídicas. Algumas leis de natureza tributária acabam por trazer algumas limitações de enquadramento de limitadas das quais seja sócio, quem é sócio de outra sociedade, ou limitada que tenha como sócio outra pessoa jurídica. No entanto, tais limitações são de ordem tributária, não atingindo a legislação empresarial. A ausência dos nomes dos sócios no contrato social ensejará a sua anulação. Por outro lado, a especificação da nacionalidade dos sócios é indispensável devido às restrições existentes na legislação brasileira acerca da participação de estrangeiros em algumas sociedades.

Já a nova lei EIRELI permite ao empresário abrir seu próprio negócio sem sócio, por ser uma sociedade unipessoal e ainda resguardar os bens pessoais ao separá-los do patrimônio social do empreendimento. A Lei da EIRELI não determina claramente em seus

artigos se a pessoa jurídica pode ou não abrir este tipo de empresa, mas o Departamento Nacional de Registro no Comércio –DNRC vetou a abertura da EIRELI por empresas.

A vedação às pessoas jurídicas viola o princípio da igualdade, pois com a composição somente podendo ser unipessoal, criando assim uma diferenciação de tratamento.

Alguns juristas entendem que a medida vale para pessoas físicas e jurídicas, outros caminhos existem para se aquilatar o alcance único da EIRELI às pessoas físicas. Um deles é o direito comparado. Em Portugal, por exemplo, o Decreto-Lei nº: 248, de 1.986, traz em seu artigo 1º, a resposta, indicando que lá somente a pessoa singular (física) que exerça ou pretenda exercer uma atividade comercial pode constituir "estabelecimento individual de responsabilidade limitada".

É importante, também, se valer do estudo da finalidade da norma, posto que de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil: "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (artigo 5º). Nesse contexto, a pretensão do legislador era suprir uma lacuna que vinha causando problemas apenas para as pessoas físicas.

Ainda em socorro ao nosso entendimento, vale conferir o parágrafo segundo do artigo 980-A, do Código Civil, senão vejamos: "A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade."

Aqui, entende-se que caso valesse a EIRELI para pessoa jurídica, o legislador estaria, tratando com desigualdade as pessoas, restringindo direitos apenas das físicas.

Na redação original do Projeto de Lei nº: 4.605/2009, de autoria do Deputado Federal Marcos Montes (PSD/MG), que culminou na Lei nº: 12.441/2011, norma que alterou o Código Civil, prevendo a EIRELI como nova modalidade de pessoa jurídica, constava expressamente que a empresa individual de responsabilidade limitada, cuja sigla original era "EIRL", seria constituída "por um único sócio, pessoa natural, que é o titular da totalidade do capital social e que somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade".

Enfim, além de tratar o titular da EIRELI como um "sócio", o texto original permitia que apenas uma pessoa natural, ou seja, pessoa física instituísse essa pessoa jurídica.

O projeto sofreu algumas alterações em sua redação, valendo destacar, neste trabalho, que foi permitida a constituição de EIRELI por pessoa jurídica ou, se preferir, que esse direito não foi proibido. Como se sabe, na esfera particular, aquilo que não é proibido, é permitido. Trata-se de decorrência dos princípios da liberdade e da legalidade, artigo 5º,

inciso II da Constituição Federal: *"Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*.

No entanto, o Departamento Nacional de Registro do Comércio, extravasando sua competência regulamentar, por meio de sua Instrução Normativa nº: 117/2011 vedou a constituição de EIRELI por uma pessoa jurídica, numa flagrante ilegalidade que pode ser combatida judicialmente pelos interessados. Agora, vale ressaltar que esse impedimento ilegal somente vai ser seguido pelas Juntas Comerciais, ou seja, somente valerá para os registros empresariais.

Essa observação é importante, na medida em que os Cartórios de Registro de Títulos e Documentos de Pessoas Jurídicas civis também estão oferecendo a abertura de EIRELI, já oficialmente chamadas de “EIRELI/Simples pela Receita Federal do Brasil”. Com efeito, a própria RFB já se preparou para receber, amigavelmente, este novo tipo de pessoas jurídicas, prevendo um código próprio no CONCLA para a EIRELI desta natureza não empresarial, civil ou simples.

Como os cartórios não se submetem às normas do DNRC, nada impede, muito pelo contrário, ficará plenamente aberta essa possibilidade, a constituição amigável de uma EIRELI/Simples por titular pessoa jurídica. Aliás, nada impede ainda que uma EIRELI/Simples seja titular de uma outra EIRELI/Simples.

Portanto, as pessoas jurídicas com atividade não empresarial terão essa possibilidade de constituir EIRELI perante os cartórios. Além das atividades profissionais em geral, aquelas pessoas jurídicas que atuam na participação e administração de outras pessoas jurídicas, conhecidas como *holdings*, poderão adotar essa nova modalidade de pessoa jurídica.

Sobre esse assunto, fica a dúvida de como a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB vai proceder com relação à possível adoção de EIRELI/Simples por parte dos advogados. É que a Lei nº: 8.906/1994, Estatuto da OAB, somente fala em sociedade de advogados; mas, a princípio, também não se vê nenhum impedimento legal para que os advogados adotem tal modalidade (EIRELI/Simples) para exercerem suas atividades profissionais.

Logo, pelo menos no que diz respeito à EIRELI/Simples, registro em cartório, sem natureza empresarial, as pessoas jurídicas estão autorizadas a constituir uma EIRELI; já para a EIRELI/empresarial, registro na Junta Comercial, com natureza empresarial, a pessoa jurídica interessada deverá buscar a via judicial para fazer valer seu direito, ilegalmente castrado pela IN/DNRC nº: 117/2011.

Por fim, vale dizer que esse assunto tem impacto relevante nos campos da limitação da responsabilidade do titular, da blindagem do patrimônio da pessoa jurídica e dos seus sócios ou titulares, bem como em planejamentos societários, sucessórios e, especialmente, tributários, pois a tributação da pessoa jurídica acaba sendo inferior ao de uma pessoa física, um autônomo por exemplo. Daí a pertinência de se utilizar uma EIRELI para tais fins.

3.7 - PESSOA JURÍDICA PODE ABRIR EMPRESA INDIVIDUAL

Uma liminar da Justiça do Estado do Rio de Janeiro garantiu a uma consultoria americana, que pretende iniciar suas atividades no Brasil, dar continuidade ao processo de transformação da sua empresa limitada em Empresa Individual de Responsabilidade Individual (EIRELI). A decisão é a primeira do país nesse sentido. A Lei nº: 12.441/11, permitiu a constituição de empresas com apenas um proprietário, o que era vedado até então. O Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), porém, limitou essa possibilidade às pessoas físicas, por meio da Instrução Normativa nº: 117/11. A medida frustrou expectativas, pois a interpretação de parte dos advogados é de que a possibilidade se estenderia às pessoas jurídicas.

Para a juíza Gisele Guida de Faria, da 9ª Vara da Fazenda Pública, a instrução normativa trouxe expressa restrição não prevista na Lei nº: 12.441/11. "Decorrendo, pois, do princípio constitucional da legalidade a máxima de que *"ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*, não cabia ao DNRC normatizar a matéria inserindo proibição não prevista na lei", declarou na liminar.

O advogado Gustavo Vaz Porto Brechbuhler, do Mac Dowell Leite de Castro Advogados, que representa a empresa no processo, argumentou na ação que a norma do DNRC não tem força de lei e viola o princípio da legalidade por inovar o texto da lei. Segundo ele, a estrutura da empresa americana no Brasil ainda é muito incipiente, com apenas um gerente e um responsável pelo marketing - *"Não tinham ainda um sócio no Brasil"*, diz.

Com a sinalização do Judiciário sobre o tema, especialistas esperam que o DNRC edite uma nova instrução normativa. Algumas companhias já pensam em ajuizar ação judicial, segundo o advogado Renato Berger, do Tozzini Freire Advogados: - *"O precedente judicial incentivará as demais empresas interessadas a discutir a questão"*, afirma.

Segundo o advogado Jorge Lobo, do Lobo Advogados, a liminar fluminense será um excelente paradigma - "sobretudo para as estrangeiras que querem vir para o país". O jurista Armando Rovai espera que as juntas comerciais comecem a aceitar o registro de EIRELI por empresas, ao entoar: "Normas do DNRC devem orientar as juntas, mas seu cumprimento não é obrigatório".

3.8 - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS DA LIMITADA

O nome do tipo societário explica que os sócios respondem pelas obrigações dentro de certo limite da responsabilidade dos sócios pelas obrigações da limitada é o total do capital social subscrito e não integralizado. Entre os sócios da sociedade limitada há solidariedade na integralização do capital social. Desse modo, se no contrato houver o capital social totalmente integralizado no contrato social, não haverá nenhuma responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais de natureza negocial. Segundo o artigo 1.052 do Código Civil, a responsabilidade dos sócios é restrita ao valor de suas quotas, porém, todos respondem solidariamente pela integralização do capital.

3.9 - A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O Código Civil de 2002 prevê em seu artigo 50, a desconsideração da personalidade jurídica "em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial." Desta maneira, fica evidenciado que não há risco de o empreendedor incluir um capital pequeno na constituição da empresa, sendo que seus bens poderão ser garantidos em uma eventualidade. A Sociedade tem individualidade própria, que não se confunde com as pessoas dos sócios. Assim obrigações assumidas pela sociedade serão quitadas ou negociadas com o patrimônio pertencente a ela, e não com o do sócio, principalmente se ele já tiver integralizado todo o capital que subscreveu.

Caso os sócios utilizem a forma abusiva essa separação patrimonial para fraudar credores, poderá ocorrer o afastamento momentâneo da personalidade jurídica da sociedade para destacar ou alcançar diretamente a pessoa do sócio como se a sociedade não existisse, em relação a um ato concreto e específico.

A desconsideração atinge a eficácia de um ato, preservando-se a empresa que não será, necessariamente, atingida por ato fraudulento de um dos seus sócios, resguardando-se os demais interesses da empresa (empregados, comunidade e demais sócios).

Tal desconsideração ocorrerá nos casos em que o empresário, utilizando-se da autonomia patrimonial da sociedade, cometer fraude ou abuso (pressupostos da desconsideração), sendo possível então, responsabilizá-lo pessoal e ilimitadamente pelas obrigações que originariamente cabiam à sociedade.

No Brasil a desconsideração da personalidade jurídica é tratada pela legislação em especial no Código Civil em seu artigo 50, no Código do Consumidor em seu artigo 28, na Lei nº: 8.884/94 em seu artigo 18, e na Lei nº: 9.605/98 em seu artigo 4º.

A Desconsideração da personalidade jurídica é um meio judicial, portanto, somente o Estado, por intermédio do Judiciário, pode deferi-la, e é *inter partes*, uma vez que se refere à lide daquelas partes do processo, sendo momentânea, porque a desconsideração só ocorrerá naquele momento.

Normalmente, utiliza-se da Desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar o sócio pelas obrigações sociais. Há casos, no entanto, em que poderemos desconsiderar separação patrimonial existente entre sócio e sociedade para responsabilizar esta por obrigação assumida por aquele. Isto somente poderá ocorrer se o sócio tem sobre a sociedade poder de controle e, assim desviou para ela seu patrimônio a fim de fraudar credores, denominada de Desconsideração inversa.

A Desconsideração no direito do consumidor segue o mesmo princípio da Desconsideração prevista no Código Civil de reparar perdas pela responsabilização dos sócios por obrigação contraída pela sociedade perante consumidores, conforme previsto no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. Que poderá ocorrer quando de:

- a) Abuso de direito e excesso de poder, como por exemplo, na venda casada, em que o empresário une dois produtos em uma só oferta, sendo que um deles é totalmente inútil ao consumidor e outro essencial, sendo que só poderá adquirir um se levar o outro;
- b) Infração da lei e fato ou prática de ato ilícito;
- c) Violação dos estatutos ou contrato social, quando o empresário pratica atos além dos previstos em seu objeto que resulta dano ao consumidor;
- d) Má administração, implicada em qualquer ato praticado pelo empresário ou por seu preposto na administração da sociedade que importe em falta de perícia técnica para exercício profissional;

- e) Obstáculo ao ressarcimento, quando todos os bens patrimoniais se encontram em nome dos sócios, deixando a sociedade sem nada para responder pelos danos, a não ser as próprias cotas sociais em valor, quando o conjunto de bens não forneça um amparo mínimo necessário;
- f) Por fim, respondem as empresas que encerram suas atividades, sem, contudo, providenciar a respectiva baixa perante a Junta Comercial.

4 - CONSEQUÊNCIAS DA FALÊNCIA DA EIRELI DIANTE DA LEI DE FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS – LEI Nº: 11.101/05

A previsão de inabilitação do art. 102 é somente ao empresário, ou seja, ao empresário individual ou à própria sociedade empresária. No caso da EIRELI, a inabilitação seria a própria pessoa jurídica, e não seu titular pessoa natural. Deve-se lembrar que os sócios na sociedade empresária, se de responsabilidade limitada, não serão considerados falidos, salvo no caso de extensão da falência por meio da desconsideração da personalidade jurídica¹⁹. Desta forma, o titular da EIRELI somente seria atingido em casos excepcionais, se acaso a falência fosse estendida justificadamente sobre a pessoa natural, em razão de seus atos, como explica o professor Gladston Mamede sobre a possibilidade de o juiz estabelecer a inabilitação de forma extensiva aos sócios ou administradores na falência de sociedades.

Eis o problema, uma vez decretada a falência, sem que seja motivada a sentença extensiva dos seus efeitos, os credores assistirão à completa liberação do titular pessoa natural da EIRELI sobre as obrigações decorrentes daquela atividade empresarial. Fato que também ocorre nas falências das sociedades empresárias.

Certamente que, dentro do próprio processo falimentar caberá nos termos do art.82, da Lei Falimentar a propositura de incidente de apuração de responsabilidade do sócio-administrador da EIRELI, permitindo-se a identificação de eventuais atos ilícitos e crimes falimentares capazes de alcançar o patrimônio pessoal do empresário individual, mas, em regra, o titular da EIRELI não será atingido.

Mesmo que a inabilitação se estenda até a sentença que efetivamente declare a extinção das obrigações, essa não dirá respeito ao titular da EIRELI, que poderá ser sócio de outras sociedades empresárias ou, pasmem, registrar-se como empresário individual, em sua figura clássica.

Sabe-se que as obrigações do falido perante seus credores não se extingue pela mera arrecadação e alienação de patrimônio, perdurando pelo prazo de 5 ou até 10 anos, conforme previsto pelo art. 158 da lei falimentar, senão vejamos:

Art. 158. Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da

quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;

III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;

IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

Assim, somente após o decurso dos prazos dos incisos III ou IV, ou diante da raríssima hipótese de pagamento integral de todos os créditos ou da possível ocorrência de pagamento de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários (claro, pagos os créditos de preferência anterior a estes), poderá o falido requerer em Juízo a sentença que declare a extinção de suas obrigações (art. 159), para finalmente desabilitar o impedimento do art.102.

Ora, a continuidade das obrigações não atinge os sócios da sociedade falida, e também não atingirá o titular da EIRELI, salvo nas hipóteses de identificação superveniente de bens que foram irregular ou ilicitamente alienados, ou créditos de direito do falido em recebimento judicial ou não, podendo ser exigidos pelos credores que ainda não tenham recebido na concorrência falimentar. Mas os prazos do art. 158 em nada impedirão o titular da EIRELI de exercer outra profissão ou mesmo titularizar quotas ou ações em outras sociedades empresárias. E, como já dito, poderá sim realizar na junta comercial, sem qualquer impedimento, nova inscrição de empresário individual, só não podendo criar nova EIRELI, em face do impedimento de figurar em uma empresa individual por vez, conforme dispõe o novo art. 980-A, §2º, do CCB.

5 - POSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE EM CASO DE MORTE OU OUTRA CAUSA DE RESOLUÇÃO

No tocante à solução de continuidade da sociedade devido à morte ou outra causa de resolução, não há mais a necessidade do sócio remanescente buscar outro para assim compor o corpo social, nem a obrigatoriedade de dissolução da sociedade após o decurso do prazo de 180 dias sem a pluralidade dos sócios.

O sócio remanescente poderá então, a partir desse momento, continuar com sua atividade empresarial de forma individual, realizando essa transformação para EIRELI.

CONCLUSÃO

Apascentado está o fato de que a nova Lei nº: 12.441/11, denominada EIRELI, traz muitas vantagens que podem ser comemoradas pelos empreendedores do país, sendo uma delas pautada no princípio da livre iniciativa, que incentiva o desenvolvimento empresarial e gera justiça social, sendo um grande avanço. Mas existem pontos divergentes, como por exemplo, se a pessoa jurídica pode ou não abrir uma EIRELI, e ainda a maior discussão que inclusive levou a uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ao STF de nº: 4.637, a qual discute a vedação do salário mínimo como indexador para qualquer fim, no caso em tela, de limitador de capital mínimo estipulado em 100 (cem) salários mínimos, que tal exigência esbarra na vedação de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, prevista no inciso IV do artigo 7º, da Constituição Federal.

No entanto, o valor exorbitante arbitrado pela nova lei, exigindo a imediata integralização de um capital alto para o pequeno empresário, inviabiliza assim a opção por este tipo de empresa, sendo então uma grande barreira para estes pequenos empreendedores constituírem sua empresa individual de responsabilidade limitada.

Portanto, partindo da Súmula Vinculante nº: 4 e ainda do inciso IV, do artigo 7º, da Constituição Federal, a Lei nº: 12.441/11, conclui-se que, a lei da EIRELI deve ser retificada no tocante ao artigo 980-A, no que tange a estipulação de capital mínimo, ou seja, a expressão: *“que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no país”* - deve ser suprimida, pois tais dizeres contrariam a nossa Constituição Federal, gerando assim sua inconstitucionalidade. Tal artigo ofende o princípio da livre iniciativa, previsto no artigo 170, da Lei maior, cerceando a abertura de empresas individuais de responsabilidade limitada por pequenos empreendedores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

BOXER, Charles Ralph. **O Império Marítimo Português 1415 – 1825**. 6ª Ed. – Lisboa: Edições 70, 2001.

<http://www.fiscosoft.com.br/a/5q64/eireli-constituída-por-titular-pessoa-jurídica-omar-augusto-leite-melo#ixzz1tXUSyce4>, acessado em 30 de abril de 2012, Autor: Omar Augusto Leite Melo.

<http://www.eireli.com/index.php/noticias/14-geral/89-so-pessoa-fisica-pode-constituir-uma-eireli>, acessado em 30 de abril de 2012, Autor: Jacques Malka Y Negri.