

BREVÍSSIMAS REFLEXÕES E PERPLEXIDADES SOBRE A NOVEL LEI Nº 12.441/2011 E AS ALTERAÇÕES RECENTES DO CC - ASPECTOS PARADOXAIS

CLÁUDIO CALO SOUSA *

No dia 11 de julho de 2011 foi sancionada a Lei nº 12.441/2011, ainda em período de “*vacatio legis*”, que *finalmente* traz para o sistema jurídico brasileiro a “*empresa*” individual de responsabilidade limitada-EIRL, já tendo tal instituto sido acolhido por vários sistemas jurídicos europeus.

Não há dúvidas de que a “*novidade*” é muito bem vinda, apesar do retardo, pois se procura evitar a situação hipócrita em que duas pessoas têm que constituir uma sociedade limitada (arts. 1.052 ao 1.087 do CC), sendo que uma detém 99% do capital social e a outra apenas 1% (chamada de sociedade fictícia ou de favor) apenas para propiciar que se atinja o número mínimo de dois sócios exigido pela legislação, passando estes sócios a terem responsabilidade subsidiária, solidária limitada por dívidas sociais (art. 1.052 do CC/2002), resguardando-se, assim, o ativo patrimonial *pessoal* e fugindo da figura do empresário individual (pessoa natural) com responsabilidade ilimitada (pessoa natural - artigo 966 do CC/02).

No entanto, apesar de tanto tempo, infelizmente o novel texto legislativo possui *várias imperfeições terminológicas, assim como topográficas*, que irão causar divergências no cenário jurídico, não se sabendo ao certo o que o legislador efetivamente pretendeu, ou seja:

1) Criar a possibilidade de uma só pessoa constituir uma **sociedade unipessoal permanente** (com um único sócio e com responsabilidade limitada), neste caso seria uma **sociedade**, com personalidade jurídica e,

* Promotor de Justiça-RJ. Titular da 4ª Promotoria de Justiça de Investigação Penal da 2ª Central de Inquéritos. Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra-Portugal. Professor de Direito Empresarial da PUC-RJ- Pós-Graduação. Professor convidado de Direito Empresarial da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro-EMERJ. Professor de Direito Empresarial da Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro-AMPERJ. Professor de Direito Empresarial da Fundação Escola da Defensoria Pública do Rio de Janeiro-FESUDEPERJ. Professor de Direito Empresarial do Curso Master Juris Professores Associados-RJ. Professor de Direito Empresarial do Centro de Estudos Jurídicos de Salvador-CEJUS-Bahia-BA. Professor de Direito Empresarial do Curso Supremo-BH-Minas Gerais-MG.

consequentemente, diante da teoria da personificação, com patrimônios distintos (o da pessoa jurídica não se confundindo com o da pessoa natural), podendo, em caso de necessidade e demais pressupostos, aplicar-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no artigo 50 do CC/2002.

ou

2) Criar a figura do **empresário** (que não se confunde com empresa) **individual com responsabilidade limitada-EIRL**, em que se trata de uma **pessoa natural ou física**, que **exerce, explora** individualmente a atividade empresarial (empresa sob sentido técnico-funcional de ALBERTO ASQUINI), possuindo CNPJ para fins tributários, *mas não perdendo a condição de pessoa natural*. Neste caso, acabaria a responsabilidade *ilimitada* deste empresário (que é prevista hoje), regulado no artigo 966, “caput”, do CC/02, o que é salutar, pois acabaria possuindo dois ativos patrimoniais, um de caráter *pessoal* e outro de caráter *empresarial* afetado à atividade empresarial (empresa sob sentido técnico-funcional), sendo certo que, em algumas situações, nada impede que o Juízo determine a extensão dos efeitos de eventual processo de excussão para atingir o ativo de caráter pessoal e que, “a priori”, está protegido com a limitação da responsabilidade, até porque, de acordo com o princípio geral do Direito, “a ninguém é lícito beneficiar-se da própria torpeza”, sendo certo também que se deve obedecer ao princípio da boa-fé, previsto, inclusive no próprio Código Civil.

É certo que, antes de se debruçar na análise da Lei nº 12.441/2011, deve-se também proceder à leitura dos pareceres das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) das Casas Legislativas (Câmara dos Deputados e Senado Federal), chegando-se à conclusão de que o legislador pretendeu efetivamente trazer para o Direito brasileiro a figura do empresário individual, pessoa natural, com responsabilidade limitada, sem necessidade de constituir uma sociedade, tanto que no parecer da CCJ do Senado, o ilustre parlamentar Relator chega a inserir expressamente entre parênteses a expressão “**pessoa natural**” ao se referir ao EIRL.

No entanto, infelizmente, no corpo da lei, acaba fazendo crer que criou uma sociedade unipessoal permanente, pois faz várias referências à expressão “social”, chegando inclusive a inserir no rol de pessoas jurídicas o “EIRL” quando acrescentou o inciso VI ao artigo 44 do CC/02.

Também não poderia ter passado despercebido pelo legislador que a expressão “empresa” tem vários significados, sendo certo que, no *sentido técnico-funcional* de ALBERTO ASQUINI, não é empregada no sentido de pessoa ou sociedade, mas no sentido de *atividade* empresarial. Esta noção técnica, infelizmente, não é do conhecimento dos parlamentares que confundem o termo empresa com a figura do empresário (pessoa natural) e com sociedade empresária (pessoa jurídica). Ora, empresário e sociedade empresária são

sujeitos de direito, aquele uma pessoa natural; esta, uma pessoa jurídica. Empresa é um fato jurídico e Estabelecimento, objeto de Direito.

Portanto, o empresário individual (pessoa natural) ou sociedade empresária (pessoa jurídica), através do estabelecimento, exerce a empresa.

Ultrapassadas estas *básicas, porém necessárias*, noções, analisando-se a novel lei, que ainda está em “*vacatio legis*” justamente para fins de debate, verificam-se algumas questões inclusive paradoxais, ensejando perplexidade ao intérprete, a saber :

A **uma**, porque acrescentou ao artigo 44 do CC/02 o inciso VI, que trata da “**empresa individual**”, considerando pessoa jurídica de Direito Privado, mas, *ao mesmo tempo*, o artigo 980-A do CC/2002, está topograficamente no Título “Do Empresário” (artigos 966 ao 980-A do CC) que a doutrina denomina de empresário individual, sendo considerado *pessoa natural* que exerce individualmente a atividade empresária, ou seja, empresa sob sentido técnico-funcional.

Portanto, é de se perguntar :

O “EIRL” é pessoa natural ou jurídica? “Empresa” e sociedade são expressões tecnicamente sinônimas????

Se natural, qual a razão do inciso VI? Se pessoa jurídica, por que regular no artigo 980-A do CC que está no capítulo do empresário individual – pessoa natural?

Em caso de falência, como se enquadra o “EIRL” no artigo 1º da Lei nº 11.101/2005, como empresário (individual-pessoa natural) ou sociedade empresária (pessoa jurídica)?

A **duas**, porque não se sabe ao certo qual o sentido que o legislador está conferindo à expressão “**empresa**”, sendo certo que, repise-se, segundo o italiano ALBERTO ASQUINI, há quatro sentidos ou perfis : subjetivo, objetivo, técnico-funcional e corporativo. Se for empregada no sentido subjetivo, será sociedade, conseqüentemente, pessoa jurídica; Se for técnico-funcional, será atividade empresarial, aí pode ser empresário individual que exerce empresa individual. Portanto, qual o sentido da palavra empresa conferido pela Lei nº 12.441/2011?

A **três**, porque o legislador trata da “**empresa individual**” no artigo 980-A do CC, que, repise-se, diz respeito às pessoas naturais, mas, ao mesmo tempo, no “caput” do artigo 980-A do CC/02 usa a expressão capital “*social*”. Neste caso ter-se-á uma sociedade? O mesmo ocorre no § 1º do artigo 980-A do CC/02 em que legislador usa a expressão denominação “*social*”.

Ora denominação social é espécie de nome empresarial utilizado por determinados tipos societários e não por empresário individual, tendo este

que se utilizar de firma individual, a luz do artigo 1.156 do CC e das Instruções Normativas do Departamento Nacional de Registro de Comércio-DNRC.

A **quatro**, porque a presidente da República, Sua Excelência Dilma Rouseff, ao usar o poder de veto, acabou vetando o § 4º do artigo 980-A do CC/02, procurando justificar no fato de que poderia haver divergência quanto à aplicação da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, prevista no artigo 50 do CC. Ora, se a novel lei trata de empresário individual de responsabilidade limitada, **pessoa natural** que exerce atividade empresarial individualmente, mas com responsabilidade limitada, passando a ter um ativo patrimonial afetado à atividade empresarial (empresa tecnicamente), com destinação própria, neste caso, não tem que incidir tal teoria da penetração ou do levantamento do véu corporativo, haja vista que não tem personalidade jurídica, não tem véu corporativo, o que não significa que este empresário individual de responsabilidade limitada (pessoa natural) não possa ter seu ativo patrimonial pessoal (que não esteja afetado à atividade empresarial) atingido por suas dívidas, bastando que o Juízo determine a extensão de efeitos aos bens pessoais, em caso de fraude tributária, fraude previdenciária, lesão ambiental, inadimplência trabalhista (neste último caso, inclusive, face ao princípio da alteridade) e inadimplência consumerista.

O que não é possível é desconsiderar a personalidade jurídica de quem não tem personalidade jurídica no sentido estrito, a menos que a Lei nº 12.441/2001 esteja tratando de sociedade unipessoal permanente com responsabilidade limitada, ou seja, uma pessoa jurídica, neste caso contrariando, inclusive, os pareceres das CCJ's das Casas Legislativas.

Creio, humildemente, que o melhor é o legislador brasileiro criar a figura do **empresário** individual com responsabilidade limitada (**pessoa natural**), que exerce individualmente a empresa (atividade empresarial), tomando-se como paradigma o direito português (Decreto-lei nº 248/1986) e aperfeiçoando-o ao direito brasileiro, com um título próprio e disciplinado em diversos dispositivos legais, ao invés de fazer uma reforma pontual, um retalho, inserindo as alterações em qualquer parte do Código Civil, sem responsabilidade topográfica e sistemática, até porque deveria o legislador aproveitar também para disciplinar com mais técnica a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, pois o artigo 50 do CC também possui enorme imprecisão, causando mal entendidos.

Na realidade, deveríamos efetivamente possuir um Código Empresarial próprio, procurando deixar de regular matérias afetas ao Direito Empresarial no Código Civil, inclusive termos um capítulo próprio para o "EIRL", procedendo alterações no CPC, especificamente na parte relativa ao processo de execução, com disciplina própria e não fazermos uma inserção da "novidade" em qualquer parte do Código Civil, sem fazer uma abordagem prévia sistemática, até porque haverá reflexos no direito de família, no processo

de execução singular, no processo de execução fiscal, no processo de execução trabalhista, no processo de execução concursal (falência), no direito sucessório, dentre outros ramos do Direito.

Portanto, pergunta-se, em suma:

O legislador criou a figura da *sociedade unipessoal permanente*, pessoa jurídica, com responsabilidade limitada ou a figura do *empresário individual*, pessoa natural, *de responsabilidade limitada-EIRL*? Se foi a primeira, tem-se que alterar o artigo 980-A do CC e inseri-lo topograficamente em outro campo do CC, sendo certo também que o veto presidencial foi totalmente inútil neste caso, pois não se tem pessoa jurídica. Se foi a segunda, não pode inserir a figura no artigo 44, inciso VI, do CC, devendo alterar também várias expressões do artigo 980-A do CC.

Com a palavra o legislador...

É a pequena contribuição para fins de reflexão neste período de “vacatio legis”.

Rio, 12 de julho de 2011.