

IMPACTOS DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA NO DIREITO SOCIETÁRIO

IMPACTS OF THE ECONOMIC FREEDOM ACT ON CORPORATE LAW

Carlos Bender Konrad¹

Resumo: A legislação societária brasileira consta principalmente no Código Civil e na Lei 6.404/1976, ambos impactados pela Lei 13.874/2019. Visando a propiciar um melhor ambiente de negócios no Brasil, a lei ampliou a segurança jurídica para o empresário e para a sociedade empresária, apesar de críticas doutrinárias em sentido contrário. O presente artigo tem como objetivo inicial apresentar o contexto da criação e os objetivos da Medida Provisória 881, posteriormente convertida na Lei 13.784/19. Em seguida, abordar-se-á a importância da limitação da responsabilidade como elemento fundamental para a atividade empresária e, conseqüentemente, para o desenvolvimento econômico e social do país. Posteriormente, pretende-se analisar os impactos da Lei de Liberdade Econômica na atividade do sujeito empresário e como esta lei influenciou e influenciará positivamente o ambiente de negócios brasileiro, por meio da análise dos tipos societários mais comumente utilizados pelo agente empresarial individual. Ao final do trabalho, pretende-se responder ao questionamento se a nova modalidade de sociedade disponibilizada ao sujeito empresário tem aptidão para resolver problemas práticos que antes não eram resolvidos pela legislação societária na prática empresarial. O método empregado diz respeito ao analítico crítico abordando a legislação e a literatura jurídica do tema.

Palavras-chave: Direito societário; limitação de responsabilidade; desenvolvimento econômico.

Abstract: The Brazilian corporate legislation is mainly in the Civil Code and in 6.404/1976 Act and was deeply impacted by the edition of the 13.874/2019 Act. Aiming to provide a better business environment in Brazil, the Act increased the rule of law for the individual businessman, despite the criticism of part of the literature regarding the better theoretical framework of the limited liability company. The initial purpose of this article is to present the context and the purposes of the 13.874/19 Act. The importance of the limitation of liability as a fundamental element for business and for economic and social development. Subsequently, we intend to analyze the impacts of the Economic Freedom Act on the entrepreneur's activity and how this Act influenced and will positively influence the Brazilian business environment, through the analysis of the corporate types most commonly used by the individual business agents. The purpose of this paper is to answer whether the Economic Freedom Act has the aptitude to solve practical problems that were not previously solved by the corporate legislation. The critical analytics is the method used to answer the question above.

Key-words: Corporate law; limited-liability; economic development.

¹ Mestrando em Direito e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4247945930947483>. E-mail: carlosbkonrad@hotmail.com. Advogado. OAB/RS 88.862.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal determina no artigo 3º, inciso II, que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional.

A atividade empresária, preponderantemente privada, é o motor fundamental do desenvolvimento econômico e social, nos termos do referido mandamento constitucional. Desenvolvimento nacional engloba desenvolvimento econômico e desenvolvimento social. Apesar de ser verdade que desenvolvimento econômico não gera, necessariamente, desenvolvimento social, pode-se asseverar que a ausência de desenvolvimento econômico gerará, necessariamente, subdesenvolvimento social² (BORBA, 2018, p. 45).

Nesse contexto, o Direito Empresarial destacou-se pela adoção de procedimentos mais ágeis e sem o detalhamento e complexidade das relações preponderantes no Direito Civil, com o objetivo de facilitar e fomentar a atividade dos agentes econômicos.

Visando a simplificar ainda mais a legislação empresarial, unificada por ocasião da adoção da Teoria da Empresa no Código Civil de 2002, e considerada a insuficiência da legislação de 2002, instaurou-se uma comissão legislativa com influência da Comissão de Direito Societário da Ordem dos Advogados do Brasil, objetivando aperfeiçoar a normatização societária do Brasil.

A Comissão da Ordem dos Advogados auxiliou o Congresso Nacional a elaborar e aperfeiçoar a redação da Medida Provisória 881/2019, chamada de “MP da Liberdade Econômica”, posteriormente convertida na Lei 13.874/2019, “Lei da Liberdade Econômica” (LLE).

A Lei 13.874 alterou aspectos relevantes do Direito Empresarial brasileiro, como reafirmar a autonomia patrimonial das sociedades, esclarecer aspectos da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e promover alterações significativas relativas a sociedade limitada.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

1. A LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA

No plano das ideias, os anos 1990 assistiram verdadeiras revoluções no modo como se apreciava o papel das instituições para o desenvolvimento econômico, e produziram duas premiações pela Academia Sueca e pela Fundação Nobel – Ronald Coase e Douglas North – as quais deram grande impulso a muitas pesquisas envolvendo o Direito e a Economia, alguns, inclusive, no Brasil e cujos efeitos podem ser detectados no próprio texto da Lei de Liberdade Econômica, conforme destaca Gustavo Franco (2020).

A Medida Provisória 881, de 2019, foi o embrião da Lei 13.874/2019, e pode ser extraído da exposição de motivos para encaminhamento da MP que a sua edição visa ampliar e facilitar o ambiente de negócios no Brasil, reduzir a atuação do Estado em aspectos privados que prescindem de regulação (atividades de baixo risco), estimular o empreendedorismo e gerar mais segurança jurídica para os particulares.

Nota-se, da nova lei, o inegável empenho em alavancar os pequenos e médios negócios, cuja capacidade de mobilizar recursos para vencer a burocracia é muito menor (MAIA, 2020).

Atenta a esses objetivos, a Lei 13.874/2019, amparada no artigo 170 da Constituição Federal, positiva a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica como valores a serem prestigiados e protegidos nas relações privadas. Assim, reafirma a importância da iniciativa privada, a proteção da propriedade, a liberdade contratual entre agentes econômicos com a mínima interferência estatal, além de esmiuçar o alcance e o significado de preceitos já previstos na Constituição (GICO JÚNIOR, 2020).

Mais adiante, a lei promoveu alterações pontuais em relevantes aspectos legislativos e, para fins do presente trabalho vale destacar o reforço à autonomia da personalidade da pessoa jurídica, pois a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos (Código Civil, artigo 49-A).

Em outro momento, a lei reafirma a importância da limitação da responsabilidade da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), fazendo constar expressamente no artigo 980-A do Código Civil que somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá,

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constituiu, ressalvados os casos de fraude (§ 7º).

O último item que deve ser destacado pela pertinência temática com o presente trabalho é o que trata de uma nova forma de constituição societária: a sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas. Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social (Código Civil, artigo 1.052).

As alterações foram pontuais, mas com um grande potencial inovador para o Brasil e, ao que tudo indica, está na direção certa para melhorar o ambiente de negócios do país.

2. A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O desenvolvimento econômico exige proteção da propriedade privada, cumprimento de contratos privados, segurança jurídica e incentivo ao empreendedorismo, o que foi afirmado e reforçado ao longo das discussões e tramitações da Lei de Liberdade Econômica.

A limitação da responsabilidade do empreendedor é um imperativo da segurança jurídica e foi um dos aspectos enfatizados pela comissão de juristas que assessorou o Poder Legislativo na votação e aprovação da MP 881, convertida na Lei de Liberdade Econômica.

Apesar das críticas relativas a distinção entre autonomia patrimonial e segregação de riscos, a redação utilizada pela LLE no artigo 49-A parece deixar claro que o dispositivo abrange os dois elementos, o que é reforçado pela intenção da lei de fomentar o empreendedorismo no Brasil.

A limitação da responsabilização do empresário consiste na última fase da evolução da noção jurídica de responsabilidade. Inicialmente o devedor respondia com a própria vida (responsabilidade pessoal). Posteriormente, o Direito evoluiu e passou a limitar a liberdade do devedor e, em um último momento, passou-se a admitir apenas a atribuição de responsabilidade ao patrimônio do devedor.

A evolução do sistema de responsabilidade foi fundamental para que determinado agente se interessasse pelo exercício de atividade comercial, na medida em que conseguia dimensionar o risco da atividade como atribuível apenas a um (percentual de) patrimônio.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Em desenvolvimento legislativo, a discussão passou a ser à qual patrimônio deveria ser atribuída a responsabilidade por eventual inadimplemento de obrigações, se deveria alcançar apenas um patrimônio destacado para a atividade empresária (fomentando a atividade comercial) ou se deveria ser atribuído a todo o patrimônio pessoal e empresarial (fortalecendo o papel dos credores).

Os elementos da atividade empresarial constam no artigo 966 do Código Civil e, entre as características do empreendedor, extrai-se a noção do risco. Com efeito, o elemento preponderante da condição de empresário é a assunção do risco: um risco peculiar (FRANSCESCHELLI, 2000, p. 17).

O empreendedor retira capital de seu patrimônio e o liga a determinadas atividades, com essa conduta ele assume o risco de perder o valor investido. Esse risco é previamente definido e pode ser extremamente reduzido de acordo com a estrutura societária adotada.

Niall Ferguson destaca que a limitação de responsabilidade é se não o maior, um dos fatores de maior importância para o desenvolvimento econômico, pois, se em determinado momento o patrimônio da atividade empresária era somada ao patrimônio pessoal do empreendedor para garantia dos seus credores, com a sofisticação do comércio e evolução econômica passou-se a criar figuras que limitassem a responsabilidade do agente econômico, que poderia melhor equacionar seu risco. Mais, este tipo de limitação do risco sobre o capital investido permitiu que o empreendedor atuasse em diversos empreendimentos (2008, p. 111). Se os investidores só pudessem possuir uma ação (como ocorria nos primórdios do capitalismo), não existiriam as grandes empresas inovadoras que definem nossa época (BERNSTEIN, 1997, p. 3).

A constituição regular da pessoa jurídica (personificação) permite o correto dimensionamento do risco pelo empreendedor, conseguindo segregar seu patrimônio, por outro lado, a irregularidade da constituição de tipos societários leva, quase sempre, a responsabilização ilimitada da pessoa jurídica, fazendo com que credores da sociedade consigam atingir também o patrimônio pessoal dos sócios, como nos casos da sociedade em comum.

A realização da atividade por pessoa jurídica constituída por dois ou mais sócios nunca foi questionada juridicamente. As sociedades formadas por uma pluralidade de pessoas, com limitação da responsabilidade destas, é figura conhecida e aceita no mundo todo. O problema

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

maior começa quando se analisa a possibilidade de uma pessoa, de maneira individual, limitar sua responsabilidade. A questão sempre foi polêmica, embora a tendência que se nota seja da permissão, por meio da sociedade unipessoal ou da afetação do patrimônio (ABREU, 2013).

A Lei de Liberdade Econômica reforçou o entendimento de que a constituição regular das sociedades permite a correta limitação de responsabilidade e dimensionamento do risco, o que tem condições de gerar externalidades positivas, superiores às negativas (investimentos ineficientes, risco moral e uso ilícito da personalidade jurídica).

3. EMPRESÁRIO E SOCIEDADE EMPRESÁRIA

O Código Civil, ao adotar a Teoria da Empresa e caracterizar empresa como atividade (artigo 966), previu que o sujeito de direito da atividade é o empresário (lato sensu). Em definição mais precisa (stricto sensu), há as figuras do empresário e da sociedade empresária (artigo 982).

Nesse contexto, diz-se que o direito societário apresenta um amplo espectro de opções para o empresário constituir seu veículo de investimento, partindo de estruturas com grande limitação de risco, como fundos de investimento e sociedades anônimas até estruturas mais simples e com pequena sofisticação, como a figura do empresário individual devidamente registrado no Registro Público de Empresas Mercantis (artigo 967).

Eventualmente o empreendedor poderá optar por não organizar sua atividade e assumir os grandes riscos decorrentes dessa conduta, como a sociedade de fato ou irregular (artigos 986 e seguintes do Código Civil).

3.1. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL

O empresário individual é a pessoa física que exerce a empresa em seu nome próprio, assumindo o risco da atividade - é a própria pessoa física que será o titular da atividade. A atribuição de Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), distinto do Cadastro de Pessoa

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Física (CPF), não afasta a característica empresarial à pessoa natural, servindo mais como elemento de controle fiscal.

A figura do empresário individual está tipificada no artigo 968, I, do Código Civil, que prevê como requisitos para o seu requerimento para inscrição: nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens. Além disso, deve constar a firma, o capital, o objeto e a sede da empresa.

A empresa individual, mesmo corretamente matriculada no Registro Público de Empresas Mercantis, não possui personalidade jurídica distinta da pessoa física que a criou. Assim, não há diferenciação patrimonial entre os bens pessoais do sócio e os bens destinados ao exercício da atividade empresarial. Como consequência, todos os bens do sócio respondem por dívidas contraídas pela empresa, da mesma forma que todos os bens afetados ao exercício da empresa respondem por débitos eventualmente contraídos em caráter particular pelo sócio.

A ausência de limitação dos riscos da atividade exercida pelo empresário individual faz com que todo o seu patrimônio (afetado à atividade empresária ou não) sirva de garantia aos credores³. Essa situação de patrimônio pessoal somado ao empresarial é um reforço ao direito dos credores, mas impede que o empresário delimite claramente o risco que está assumindo para o exercício de determinada atividade empresária, além de impedi-lo de participar de outras atividades empresárias com risco calculado. O Código Civil admite excepcionalmente a mitigação do risco do empresário individual, como no caso do artigo 978, que permite que imóveis ligados ao exercício empresarial sejam alienados sem outorga conjugal, e da continuação da atividade pelo empresário incapaz (art. 974, § 2º). As duas exceções confirmam a regra do grande risco assumido pelo empresário individual ao não ter o seu patrimônio separado.

A ideia por trás da responsabilidade ilimitada corresponde a um imperativo de prudência e probidade do empresário. O princípio da responsabilidade ilimitada consagrado nas legislações e segundo o qual a pessoa responde por suas dívidas com todos os bens, constitui o eixo de um inteiro sistema organizado no plano jurídico para prover à segurança das relações

³ Ainda que o Enunciado 5 da I Jornada de Direito Comercial estabeleça que “quanto às obrigações decorrentes de sua atividade, o empresário individual tipificado no artigo 966 do Código Civil responderá primeiramente com os seus bens vinculados à exploração de sua atividade econômica, nos termos do artigo 1.024 do Código Civil”, tal enunciado consubstancia opinião doutrinária e sofre críticas quanto à sua aplicação diante dos artigos 1.024 e 974 do Código Civil, que estabelecem que o benefício de ordem aplica-se apenas a sociedades empresárias.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

dos homens na ordem econômica. Sujeitando a massa dos bens da pessoa à satisfação de suas obrigações, a lei, de uma parte, confere aos credores garantias contra o inadimplemento do devedor; de outra, impõe a este uma conduta de prudência na gestão dos próprios negócios. E, assim, refreia a aventura, fortalece o crédito e incrementa a confiança (MARCONDES, 1956, p. 19).

A proteção dos credores e a atribuição de riscos de difícil mensuração pelos empresários individuais em vez de estimular a atividade econômica trouxe efeitos contrários, pois os agentes econômicos passaram a criar sociedades limitadas com poucos sócios, em geral parentes ou amigos, a fim de limitar o risco sobre o seu patrimônio (sociedades de favor).

Com efeito, partindo da ideia tradicional da análise econômica do direito (*Law & Economics*), é fácil perceber que a responsabilidade ilimitada do devedor pelo insucesso de sua atividade é um desestímulo à adoção dessa forma de exercício da atividade empresária.

3.2. Empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI)

A Lei 12.441, de 2011, alterou a Teoria Geral do Direito Empresarial ao inserir, no âmbito do Código Civil, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada no artigo 980-A.

A proposta legislativa decorreu da exigência de que o empresário individual pudesse mitigar seus riscos e substituir a prática da constituição de sociedades limitadas de favor.

A solução foi importada da Europa. No final do século XIX, na Inglaterra, levantou-se a questão da limitação da responsabilidade negocial a um determinado montante, alegando-se ser inadequado que um país de alta civilização fizesse responsável um homem além do limite que ele tenha estipulado e que tenha sido aceito pelas outras partes com quem ele negocia. Com o início, na Alemanha, das discussões sobre a lei das sociedades de responsabilidade limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung* – GmbH), os juristas suíços e austríacos também passaram a abordar a sua aplicação aos comerciantes individuais (MARCONDES, 1956, p. 48).

Atendendo a esse imperativo de “civilização” ou servindo de incentivo para os agentes econômicos empreendessem mais, foi criada a EIRELI que criou discussões acadêmicas quanto a sua real natureza jurídica. A natureza jurídica da EIRELI era controvertida: (i) autores afirmam tratar-se de sociedade unipessoal, pois se trataria de uma pessoa jurídica tendo como substrato uma pessoa para o exercício de atividade econômica, além da aplicação das regras da

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

sociedade limitada como um sinal de adoção desse entendimento; (ii) outros alegam que é um patrimônio de afetação; (iii) o Enunciado 469 da V Jornada de Direito Civil diz que se trata de um “novo ente jurídico personificado”, assim como o Enunciado 3 da I Jornada de Direito Comercial.

A discussão parece superada não só quando analisado o artigo 980-A do Código Civil, mas também quando da leitura do artigo 44 ao prever que “São pessoas jurídicas de direito privado: (...) vi – as empresas individuais de responsabilidade limitada”.

A estrutura da EIRELI brasileira ficou situada entre o instituto francês e o instituto português (SALOMÃO FILHO, 2019), visto que o seu transplante para o Brasil trouxe pontos novos e que, assim como o empresário individual, serviram de desestímulo aos agentes econômicos, quais sejam, a impossibilidade de que uma pessoa⁴ figure em mais de uma EIRELI e a exigência de capital social mínimo integralizado em valores elevados.

Inicialmente saudada por investidores-anjo (Lei Complementar 155/2016 e Lei Complementar 128/2008) como um importante mecanismo de definição de riscos, a discussão sobre a constituição por pessoa jurídica, além da já citada vedação de que uma pessoa figure em mais de uma EIRELI inviabilizou não só o seu uso por empresários mais modestos como impediu arranjos societários mais sofisticados, inviabilizando seu uso em operações de *venture capital*⁵, por exemplo.

Com efeito, o capital social integralizado como mecanismo de garantia dos credores foi fixado em valores elevados para a maioria dos agentes econômicos individuais e, considerada a realidade de pouca fiscalização dessa realidade pelas juntas comerciais, é possível inferir que muitos são os casos de sua subcapitalização. O exercício da atividade sem o lastro de capital próprio gera a transferência de riscos da atividade empresarial para os contratantes que, por assimetria informacional, desconhecem a real situação do capital próprio utilizado para a atividade (DINIZ, 2012, p. 182), gerando mais riscos que os previstos pelo contratante com o empresário individual de responsabilidade limitada.

⁴ Houve intensa discussão sobre a possibilidade de pessoas jurídicas constituírem EIRELI, o que somente foi pacificado em 2018, no sentido de admiti-las (Instrução Normativa 38 do Departamento de Registro de Empresas Mercantis e Integração).

⁵ O investidor de *venture capital* é um investidor ativo e, como tal, preza pela limitação de sua responsabilidade, sendo comum o uso de mecanismos sofisticados para sua segurança.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

O móvel desse novo tipo societário foi suprir a necessidade de pluralidade de sócios na sociedade limitada, que já eram constituídas como “sociedades de favor”, porém, ao prever requisitos para evitar fraudes, como capital social mínimo integralizado e vedar que uma pessoa figure em mais de uma EIRELI, poucos problemas práticos foram resolvidos pela lei.

A Lei de Liberdade Econômica não só manteve a figura da EIRELI, porque muito utilizada em planejamento sucessório, mas, também, inseriu um novo parágrafo ao artigo 908-A do CC/02 para exigir que a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica somente ocorra em casos de fraude. Ocorre que o termo empregado – fraude - tem suscitado novos debates, sobre a incidência da Teoria Maior ou da Teoria Menor para a desconsideração da personalidade, a Maior é uma ideia mais desenvolvida, com mais requisitos para a sua verificação e, de acordo com a doutrina majoritária, encontra-se prevista no artigo 50 do Código Civil⁶ (substancialmente aprimorado pela LLE) e é a mais utilizada em relações empresariais, por outro lado, a Menor corresponde a uma teoria menos elaborada e que se encontra em dispositivos esparsos, como a Lei 9.605/1998, o Código de Defesa do Consumidor e a Consolidação das Leis do Trabalho.

As leis que tratam da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica e que seguem o rito previsto no Novo Código de Processo Civil não mencionam a desconsideração da personalidade por motivos de fraude, de modo que a inserção do referido termo não pode ser livremente encaixado em uma ou outra teoria. Com efeito, ao exigir um substancial capital mínimo

⁶ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

integralizado no ato de sua instituição, além de outros requisitos, a EIRELI passa a gozar de uma separação patrimonial mais clara do que os demais tipos societários (TOMAZETTE, 2020).

Além disso, não se manteria a figura da empresa individual de responsabilidade limitada ao lado da figura da sociedade limitada unipessoal pela Lei 13.874/2019 caso tivessem a mesma finalidade (proteção do empresário que atua individualmente) e estivessem sujeitos ao mesmo regime de afastamento episódico da personalidade jurídica.

Por fim, vale mencionar que a MP 881 pretendia alterar o regime da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica para autorizá-la nas hipóteses em que ocorresse o desvio de finalidade por utilização fraudulenta da entidade, o que foi excluído por ocasião da aprovação da Lei 13.874. Esse argumento reforça o entendimento de que a hipótese de uso fraudulento da EIRELI é situação diversa da que consta nas citadas teorias maior e menor.

A visão de que a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada merece maior robustez patrimonial em razão da previsão de capital social mínimo foi debatida durante a conversão da Medida Provisória 881 em Lei e optou-se por manter a redação tal como constou no Código Civil (artigo 980-A) e afastar a conversão automática das EIRELIs em Sociedades Limitadas Unipessoais. É forte, pois, o argumento de que as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica maior e menor não se confundem com o caso de fraude em empresas individuais com responsabilidade limitada.

3.3. Sociedade empresária

A legislação societária do Brasil permite que o agente econômico explore determinada atividade por meio da figura do Empresário Individual, da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada ou com o uso de instrumentos como a sociedade.

Nesse contexto, a sociedade constituída para a exploração de atividade econômica deve ser registrada na entidade competente e estará sujeita as mesmas obrigações e terá os mesmos direitos que os empresários (CC, artigo 968, § 3º).

O agente econômico que buscasse limitar de maneira segura o risco de sua atividade normalmente constituía uma sociedade limitada, com amigos ou parentes, e levava tal sociedade a registro perante o Registro Público de Empresas Mercantis (sociedade de favor).

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Nesse sentido, não há exigência de capital social mínimo integralizado (admite-se capital a integralizar), tampouco limitação de que um sócio participe de mais de uma sociedade, o que facilita a alocação de capital pelo empreendedor, sendo o mecanismo que melhor atenderá aos interesses dos investidores de capital de risco (*private equity* e *venture capital*), por exemplo. Nesse contexto, este tipo societário é o que tem maior capacidade de atender aos interesses de empresários com as mais diversas capacidades econômicas.

3.4. Sociedade empresária unipessoal

A figura da sociedade unipessoal não é uma inovação da Lei de Liberdade Econômica, tendo em vista que já constava em outros diplomas legais, porém com aplicação mais restrita.

3.4.1. Sociedade subsidiária integral

A Sociedade por Ações pode ser Sociedade Anônima ou Sociedade em Comandita por Ações, tanto em um como em outro caso, a sociedade é empresária por expressa determinação legal (Código Civil, artigo 982, parágrafo único).

A Lei 6.404/1976 prevê, porém, um tipo societário pouco estudado e que, embora envolva um tema polêmico (sociedade sem pluralidade de sócios) não foi objeto de críticas, por se tratar de mecanismo sofisticado e com aplicação relativamente restrita aos grandes grupos empresariais: a companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira (artigo 251).

A relação entre grandes empresas e princípios institucionalistas justificou a admissão da sociedade unipessoal dentro dos grupos de fato, como exceção à regra de pluralidade de sócios para constituição da empresa (LSA, art. 80, I) e à necessária dissolução da sociedade reduzida a um só sócio (LSA, art. 206, I, d).

Autores do porte de Fabio Konder Comparato (2005, p. 16) ressaltaram, entre as vantagens da Lei 6.404/1976, a possibilidade de concentrar o poder econômico, desvinculando-o da propriedade dos capitais e da responsabilidade pessoal, de organizar tanto a macroempresa, quanto a exploração unipessoal.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

A estrutura da sociedade anônima, ainda que fechada, é um obstáculo à atuação de grande parte dos micro, pequenos e médio agentes econômicos, estando voltado, normalmente, para o exercício da grande empresa⁷.

Nesse contexto, a Subsidiária Integral, apesar de ser um sucesso no Brasil, não atende especificamente aos fatos trazidos por ocasião da elaboração da exposição de motivos da Medida Provisória 881, como fortalecer o empreendedorismo de diversos “tamanhos”, especialmente no caso da MP 881, do micro e pequeno empresário (CAMINHA, 2020).

3.4.2. Sociedade limitada unipessoal

O empresário individual não tem limitação de responsabilidade, o que o impede de limitar o risco, além de impedir que dimensione claramente suas participações societárias, de modo que poucos empreendedores adotaram tal formato societário. A EIRELI foi pensada para sanar esse problema, mas trouxe requisitos de difícil cumprimento pela maioria dos empreendedores, de modo que poucos foram os agentes econômicos que adotaram este formato societário, seja pelo elevado mínimo capital social integralizado, seja pela impossibilidade de que uma pessoa participe de mais de uma pessoa jurídica.

A sociedade limitada empresária foi a solução adequada para que os empreendedores explorassem seguramente a atividade econômica organizada e, para tanto, serviam-se de soluções questionáveis, como incluir familiares ou o cônjuge em sociedades, formando as sociedades de favor (*dummy company*). Essa prática trouxe novos problemas, como a questão da sucessão da cota do sócio falecido, gestão da sociedade em caso de separação do casal, entre outros.

A sociedade subsidiária integral, por sua vez, diz respeito à grande empresa e somente atenderia aos grandes grupos societários, além de exigir a sua constituição por sociedade brasileira, o que inviabiliza o acesso de investidores internacionais.

Nesse contexto e visando a incentivar o empreendedorismo no Brasil, a Lei de Liberdade Econômica alinhou-se a um padrão internacional⁸ e estabeleceu a possibilidade da instituição de sociedade limitada unipessoal.

⁷ Não se pode esquecer a importância que teria uma lei autorizando a constituição da sociedade anônima simplificada no Brasil, nos moldes adotados na Alemanha (*kleines Aktiengesellschaft*).

⁸ Seguindo a tendência mundial que se consolidou há décadas, regulariza-se, finalmente, a sociedade limitada unipessoal, de maneira a encerrarmos a prática que se multiplicou exponencialmente em que um sócio é chamado

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Não se desconhece a perplexidade do fato de a sociedade constituir-se em contrato bilateral ou plurilateral, nas lições de Tulio Ascarelli e conforme a literalidade do Código Civil: “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (art. 981).

A opção original do Código Civil foi claramente pela natureza contratualista da sociedade limitada empresária. Com efeito, o instrumento societário que viabiliza a pessoa jurídica é o Contrato Social.

Porém, a Teoria Contratualista foi sendo mitigada pelo legislador reformador, pois a EIRELI passou a figurar entre o rol das pessoas jurídicas sem que houvesse a pluralidade de sócios. Assim, embora pessoa jurídica, como associações e sociedades, a empresa individual de responsabilidade instituída por Ato Constitutivo.

Um último momento que parece indicar a superação do contratualismo foi a Lei de Liberdade Econômica que previu expressamente a figura da sociedade limitada unipessoal ao alterar a redação do §1º do artigo 1.052 do Código Civil para aceitar a sua constituição por uma ou mais pessoas, caminhando em direção à Teoria Institucional da sociedade.

A limitação da responsabilidade por meio de sociedade unipessoal é uma técnica muito adotada no Direito alemão (ULMER, 1998, p. 45). Com efeito, a contribuição germânica para o direito das sociedades é grande visto que tem início a distinção entre o indivíduo como instituição e o indivíduo como parte de um órgão institucional. A pessoa é considerada de maneira autônoma, vez que suas vontades como indivíduo sejam diversas de suas vontades como integrante de um grupo. Surgem, assim, os primeiros traços diferenciadores entre a pessoa natural e a pessoa coletiva (FACCHIM, 2010, p. 22).

A evolução do direito societário brasileiro seguiu a tendência do direito germânico, fortalecendo as sociedades limitadas, na linha do que havia sido previsto por Calixto Salomão Filho (1995, p. 44).

A melhor análise quanto a possibilidade de se constituírem sociedades unipessoais decorre da adoção da Teoria Contratualista ou da Teoria Institucionalista das sociedades, foi

tão somente para preencher a necessidade de pluralidade, sem real cota significativa no negócio. Outros países, incluindo a República Federal da Alemanha, a República Popular da China e os Estados Unidos da América, também possuem modalidade idêntica de sociedade (ou companhia) limitada unipessoal. BRASIL, Exposição de motivos da Medida Provisória 881 de 2019. *Ibidem*.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

feita por Tavares Borba: a exigência da pluralidade de sócios é, com efeito, um resquício de épocas passadas, quando a sociedade era eminentemente contratual. No Brasil, a teoria em torno da necessidade da pluralidade é alimentada pelo art. 981, do Código Civil ao utilizar o termo *pessoas* no plural (BORBA, 2012, p. 58).

Visando a dar concretude à disciplina legal, o Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI), encarregado de uniformizar os procedimentos das juntas comerciais brasileiras, recentemente alterou sua Instrução Normativa no. 38, Anexo II, para esclarecer como deve ser o registro das sociedades limitadas unipessoais: as decisões do sócio único serão refletidas em documento escrito (instrumento particular ou público) subscrito pelo próprio sócio único ou por seu procurador com poderes específicos. Não se aplica à sociedade limitada unipessoal o requisito aplicável às sociedades limitadas em geral previsto no § 1º no art. 1.074 do Código Civil.

Além disso, já consta a possibilidade de uma sociedade limitada plural transformar-se em unipessoal pelo falecimento de sócio ou pela simples vontade de regularizar a “dummy company” com a saída do sócio que a compunha pela simples necessidade de pluralidade social. Diz-se, pois, que a unipessoalidade pode ser derivada ou originária.

Entre as críticas, diz-se que não houve preocupação com a separação do patrimônio pessoal do seu instituidor e do fato de que as sociedades operarão sem um efetivo patrimônio próprio. Considerando-se que as sociedades limitadas compõem um sistema, o cotejo da primeira crítica parece superável pela leitura do artigo 49-A, parágrafo único (que inseriu e reforçou que a autonomia privada e a segregação de riscos são medidas legítimas), quando à segunda, não se pode presumir a ilegalidade, tendo em vista as graves consequências fiscais e empresariais da subcapitalização dos entes societários.

Entre as alterações societárias promovidas pela LLE, a inclusão da possibilidade de sociedade limitada unipessoal parece ser a mais revolucionária, pois permite maior flexibilidade aos microempresários, empresários de pequeno porte e empresários “maiores” com capital a integralizar e permite que investidores anjo e outros agentes de capital de risco participem de diversos empreendimentos.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

4. CONCLUSÕES

O presente artigo pretendeu demonstrar que o desenvolvimento social consagrado na Constituição Federal passa pelo desenvolvimento econômico.

Tendo em vista que a atividade econômica é o local especialmente separado para a iniciativa privada, também por escolha constitucional (Constituição Federal, artigos 170 e 173), a Lei de Liberdade Econômica propôs soluções relevantes para os agentes econômicos.

A exposição de motivos da Medida Provisória 881, de 2019 visou incentivar o empreendedorismo brasileiro e, nesse sentido andou bem ao permitir a constituição de sociedade limitada unipessoal, alinhando-se a uma tendência mundial. Este mecanismo será fundamental para o incremento da atividade econômica, principalmente por meio do mercado de capitais e de financiamento por operações de capital de risco.

A figura do empresário individual prevista no Código Civil desde a sua edição não resolveu um dos problemas da limitação de risco patrimonial e, assim, foi pouco utilizada pelos agentes econômicos.

A fim de contornar esse problema, em 2011 foi inserida a figura da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada que, da mesma forma, impediu a sua adoção pelos empresários ao prever óbices à sua constituição em pontos fundamentais para a atividade empresarial. Como o agente econômico é movido por incentivos (NORTH, 2006, p. 9) e punições, aqueles que pretendiam ver sua responsabilidade limitada para determinada atividade empresarial passaram a constituir sociedades limitadas de fato, o que gerou novos problemas práticos, já demonstrados.

A fim de simplificar este contexto legislativo e garantir efetivamente limitação dos riscos sem expedientes de validade duvidosa (*dummy companies*), a Lei da Liberdade Econômica estabeleceu a sociedade limitada unipessoal, alinhando-se a uma tendência mundial de fortalecer o empreendedorismo e a garantir que a sociedade seja constituída por apenas um sócio.

Nesse contexto, e pretendendo responder à pergunta inicialmente posta, pode-se dizer que a Lei 13.784, de 2019, não só tem um impacto positivo nas atividades empresárias, por gerar mais transparência nas transações (evitando-se *dummy companies*) e superando

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

problemas de subcapitalização de EIRELI, mas também facultando ao agente econômico a limitação da sua responsabilidade de maneira eficiente.

A lei não impede que o empresário constituído sob a forma de sociedade limitada unipessoal figure em outras sociedades, o que é relevante, pois permite o desenvolvimento de mecanismos de participação societária.

Da mesma forma, a lei permite que uma sociedade unipessoal limitada seja constituída por outra pessoa jurídica, aproximando-a da figura da sociedade subsidiária integral da Lei 6.404/1976, o que é um poderoso mecanismo para os grupos societários.

Por fim, a lei permite que o empresário (ainda) modesto tenha segurança jurídica ao realizar sua atividade lucrativa, sabendo que não terá bens particulares ou de sua família atingidos enquanto agir com regularidade, o que foi reafirmado pelo artigo 49-A do Código Civil. Inclusive, a lei cria um incentivo importante ao facilitar posteriormente o simples ingresso de outros sócios por ocasião da ampliação da sua atividade empresária.

Nesse contexto, reafirma-se que a nova modalidade de sociedade limitada, instituída por apenas um sócio, tem aptidão para resolver problemas práticos que antes não eram resolvidos pela legislação societária na prática empresarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Maíra Leitoguinhas de Lima. A tradição europeia em sociedade unipessoal: comparação com o Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 63, pp. 491 - 527, jul./dez. 2013.

CAMINHA, Uinie. As alterações dos artigos 980-A, § 7º e 1.052, §§ 1º e 2º do Código Civil. In: SANTA CRUZ, André; DOMINGUES, Juliana O. e GABAN, Eduardo M. (Org.). *Declaração de direitos de liberdade econômica: comentários à Lei 13.874/2019*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, pp. 447-454

COMPARATO, Fabio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BERNSTEIN, Peter L. *Desafio aos deuses: a fascinante história do risco*. 37 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

BORBA, Rodrigo Tavares. *Acordo de acionistas e seus mecanismos de liquidez: planejando o desinvestimento societário*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

DINIZ, Gustavo Saad. *Subcapitalização societária: financiamento e responsabilidade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

FACCHIM, Tatiana. *A sociedade unipessoal como forma organizativa da micro e pequena empresa*. 2010, 133 f. Dissertação de mestrado em Direito Comercial apresentada junto a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

FERGUSON, Niall. *The Ascent of Money*. Penguin Group: Nova Iorque, 2008.

FRANCO, Gustavo H. B.; BUCCINI, Evandro. Prefácio. In: OLIVEIRA, Amanda F. de (org.). *Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

FRANSCESCHELLI, Remo. *Corso di diritto commerciale*. Milano: Giuffrè, 2000.

GICO JÚNIOR, Ivo T. A garantia da autonomia da vontade empresarial. In: SANTA CRUZ, André; DOMINGUES, Juliana O. e GABAN, Eduardo M. (Org.). *Declaração de direitos de liberdade econômica: comentários à Lei 13.874/2019*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, pp. 177-187.

MAIA, Rodrigo. Prefácio. In: MARQUES NETO, Floriano P.; RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo X. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARCONDES, Sylvio. *Limitação de responsabilidade do comerciante individual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

MARQUES NETO, Floriano P.; RODRIGUES JR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo X. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NORTH, Douglas. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal–Instituto Millenium, 2006.

OLIVEIRA, Amanda F. de (org.). *Lei de Liberdade Econômica e o ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

SÁ, Alexandre de Albuquerque. Sociedade unipessoal contratual? *Revista brasileira de direito empresarial*. V. 4, n. 1, p. 17-38, jan./jun. 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *O novo direito societário: ética e sustentabilidade*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2019.

Volume 8 – Número 2 (2020) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

SANTA CRUZ, André; DOMINGUES, Juliana O. e GABAN, Eduardo M. (Org.). *Declaração de direitos de liberdade econômica: comentários à Lei 13.874/2019*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

TOMAZETTE, Marlon. Arts. 49-A e 50 do Código Civil com a redação dada pela Lei da Liberdade Econômica. In: SANTA CRUZ, André; DOMINGUES, Juliana O. e GABAN, Eduardo M. (Org.). *Declaração de direitos de liberdade econômica: comentários à Lei 13.874/2019*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020pp. 391-415.

ULMER, Peter. *Principios fundamentales del derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*. Traducción de Jesús Alfaró Aguila-Real. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

ZAVA DE FARIA, Marina. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) como mecanismo de efetivação do princípio da livre-iniciativa. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. São Paulo, Ano 21, v. 79, p. 143-168, jan./mar., 2018.