

**A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA:
uma análise jurídica e econômica da Lei 12.441/11**

**THE LIMITED LIABILITY INDIVIDUAL ENTREPRENEUR:
a legal and economic analysis about the 12.441/11 law**

Ângela Barbosa Franco¹

Alexandre Bueno Cateb²

RESUMO

A EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), instituída pela lei 12.441/11, representa um eficiente mecanismo para se atingir uma equivalência justa entre o tratamento jurídico dispensado ao ente individual e ao coletivo no âmbito empresarial. Apesar do recente diploma legal conter algumas imperfeições, simplifica oportunamente a dinâmica do empresário individual que formaliza sua atividade como EIRELI e estimula o empreendedorismo dando efetividade ao princípio da preservação da empresa, preconizado pelo Estado Democrático de Direito. O reconhecimento legal da EIRELI é possível sem abalar a garantia dos credores e, sobretudo, sem burocratizar a vida dos pequenos empreendedores, reduzindo seus custos de transação, tornando-os mais competitivos no mercado global e, conseqüentemente, impulsionando o desenvolvimento econômico do país.

PALAVRAS-CHAVE: EIRELI; lei 12.441/11; custos de transação; competitividade.

ABSTRACT

The “limited liability individual entrepreneur” (EIRELI), instituted by the law 12.441/11, represents an efficient mechanism towards a fair equivalency of juridical treatments given to an individual and a multi-person enterprise in the business context. Despite some imperfections, this recent regulation simplifies the dynamics of the individual entrepreneur, who formalizes the activity as EIRELI, and it also stimulates businesses by guaranteeing the principle of business preservation, which is advocated by the Democratic Rule-of-Law State. This is possible without risking the creditors’ guarantees and increasing bureaucracy for small business owners, resulting in lower transaction costs, making them more competitive in a globalized market, and, thus, raising the potential for economic development.

KEY-WORDS: EIRELI; law 12.441/11; transaction costs; competitiveness.

¹ Graduada em Direito. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos. Advogada e professora da Escola de Estudos Superiores de Viçosa e da Univiçosa.

² Graduado em Direito. Doutor em Direito Comercial pela UFMG. Advogado e professor auxiliar da Faculdade de Direito Milton Campos. É fundador e preside a Associação Mineira de Direito e Economia – AMDE.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Uma análise jurídica da lei 12.441/11. 3. Uma análise econômica da Lei 12.441/11. 3.1. Os custos de transação e a competitividade. 3.2. A institucionalização formal da responsabilidade limitada do empresário individual como meio propulsor do desenvolvimento econômico. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

A Lei 12.441 de 11 de julho de 2011, ao introduzir no Brasil a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada), acresce no Código Civil o artigo 980-A³ e traz mudanças substanciais para o ordenamento jurídico brasileiro.

Antes da promulgação da legislação em comento, a pessoa natural que exerce empresa encontrava-se obrigatoriamente subordinada, como qualquer outro particular, à indivisibilidade de seus bens, ou seja, representava necessariamente um sujeito jurídico-privado titular de uma única riqueza. Sob essa ótica, o patrimônio pessoal e o patrimônio reservado à atividade econômica constituem uma unidade suscetível de afetação pelos credores de forma indiscriminada ante as obrigações contraídas e não adimplidas denominada responsabilidade “ilimitada”. Como é inerente da empresarialidade o risco, diante de um cenário de instabilidade econômica, em caso de crise ou infortúnios nos negócios, ter a totalidade do patrimônio comprometida para a satisfação das obrigações assumidas é o temor daqueles que se aventuram a desempenhar as atividades empresariais individualmente.

Em vista disso, o empresário individual precisa recorrer a variadas estratégias a fim de alcançar maior equilíbrio ou segurança financeira na realização de seus negócios jurídicos. Uma delas consiste na criação de sociedades fictícias com o apoio de sócios “laranjas” que, sem poderes de direção ou interesse na vida empresarial (*affectio societatis*), auxiliam apenas na constituição de uma “sociedade limitada”. Todavia, a formalização societária, ainda que o capital esteja integralizado e o patrimônio pessoal dos sócios preservados, prejudica o gerenciador da sociedade de faz-de-conta, que normalmente é dono de uma atividade simples, que se submete à realização de atos complexos para proceder à constituição, às alterações contratuais ou a outros procedimentos impostos por lei à forma societária.

Outra saída para a pessoa física que exerce empresa se aliviar dos encargos da responsabilidade é assumir sua forma singular e repassar os custos de transação para os preços dos bens ou serviços ofertados à sociedade. Quando se tem uma responsabilidade ilimitada, o

³ Também são frutos da lei 12.441/11 os acréscimos nos artigos 44, inciso VI e 1033, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL, 2002).

risco nas transações é maior e, por isso, o produto da atividade pode ficar mais oneroso já que o empresário precisa manter uma reserva para as imprevisibilidades do mercado não afetarem imediatamente seu patrimônio pessoal. Essa conduta é prejudicial para o consumidor, mas também para o empresário, afinal, o acréscimo do preço o faz perder para a concorrência e não lhe traz necessariamente lucros.

O empresário individual também pode optar por uma tática que seja menos gravosa para seus clientes. Ele não equilibra a álea negocial aumentando os valores de seus produtos ou serviços, mas reduz o capital investido no empreendimento, por receio de não poder adimplir as obrigações pactuadas. Dessa forma, tenta se resguardar das intempéries do mercado, porém restringe sua atuação e lucratividade.

A problematização acima exposta tem como hipótese que, em qualquer dos artifícios citados, a pessoa natural tem dificuldades ou algum prejuízo para gerir sua atividade econômica. Sob essa perspectiva, o presente trabalho pretende asseverar que a responsabilidade ilimitada do empresário individual acaba por comprometer seu empreendimento, pois minora sua competitividade em relação à concorrência global e encurta suas chances de sobrevivência no mercado.

Insta salientar que nada impede o empresário de criar caminhos diversos dos citados para amenizar o comprometimento de seu patrimônio pessoal e familiar, contudo, isso se torna dispensável e menos exaustivo, com a inserção legal da EIRELI, pela Lei 12.441/11.

Ante ao exposto e com fulcro em uma investigação jurídica e econômica da novidade legislativa introduzida pela lei 12.441/11, também se objetiva enfatizar que a adoção da responsabilidade limitada ao empresário individual é necessária, viável e não precisava passar por complexas transformações de conceitos já consolidados pelo Direito Brasileiro, com a forçosa criação de uma pessoa jurídica como corolário para a consecução da limitação. Para isso, a pesquisa tem como marco teórico a tese da separação patrimonial, proposta por Oskar Pisko. Apesar da novidade legislativa equivocadamente personalizar o patrimônio destinado à empresa e fundar sobre a atividade empresarial uma pessoa jurídica, acredita-se o que o caráter teleológico da lei 12.441/11 é válido e eficaz para o empresário individual que constitui uma EIRELI.

Ao se averiguar os tipos empresariais mais crescentes no Brasil, as firmas individuais se destacam e contribuem de forma significativa para o recolhimento de tributos, geração de empregos e circulação de riquezas. Tendo em vista serem estes os fatores impulsionadores da economia, a proposta científica do presente trabalho faz-se relevante, pois defende a responsabilidade limitada ao empresário individual, apesar da lei 12.441/11 conter pontos

falhos e omissos que precisam ser sanados. Diante de uma perspectiva otimista, espera-se que o novo instrumento legal estimule o empreendedorismo e represente um mecanismo para se dar efetividade ao princípio da preservação da empresa, preconizado pela Constituição Federal de 1988⁴ e valorizado em um Estado Democrático de Direito.

De vertente jurídico-teórica, a metodologia deste estudo científico firma-se em um enfoque interdisciplinar, combinada com a utilização de fontes primárias e secundárias estriadas na legislação, nas doutrinas jurídicas e econômicas, assim como nas instruções normativas referentes à matéria.

Por fim, procura-se comprovar que a nova lei, a despeito de não ser positivada da forma mais adequada, ou seja, “empresário individual de responsabilidade limitada”, com normas mais detalhadas sobre a inscrição, a constituição, a administração do capital e o ônus em casos de fraude, má-fé ou confusão patrimonial, atualmente é o mecanismo mais eficiente para se atingir uma equivalência justa entre o tratamento dispensado ao ente individual e ao coletivo empresarial.

Mais importante do que discutir as imperfeições técnicas da redação gramatical da Lei 12.441/11 é procurar lhe dar real aplicabilidade quanto à responsabilidade limitada, a fim de preservar a garantia dos credores, sem burocratizar a vida dos pequenos empreendedores, reduzindo seus custos de transação, tornando-os competitivos no mercado global e, conseqüentemente, impulsionando o desenvolvimento econômico do país.

2. Uma análise jurídica da lei 12.441/11

De acordo com a lei 12.441/11, que inseriu o artigo 980-A no Código Civil, a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada) constitui-se por uma única pessoa titular do capital que deve ser devidamente integralizado no ato da constituição da empresa e não pode ser inferior a 100 (cem) vezes o salário-mínimo vigente no País⁵.

Primeiramente, acredita-se não ser necessário que a lei 12.441/11 atribua uma personalidade jurídica específica à empresa individual. Segundo os preceitos da disciplina empresarial é incorreto dar tal prerrogativa àquilo que é juridicamente denominado como atividade e não um sujeito de direitos e obrigações. O empresário que desenvolve

⁴ O artigo 179 da Constituição Federal de 1988 preceitua a concessão de um tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, com o objetivo de desburocratizar, ou seja, de facilitar suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 980-A do Código Civil: “A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País” (BRASIL, 2002).

singularmente atividade econômica é um sujeito único, cuja capacidade de fato lhe dá poderes para o exercício pleno da atividade economicamente organizada. Por isso, não faz sentido personalizar o patrimônio destinado à empresa, fundando sobre ele uma pessoa jurídica, transformando a atividade da empresa em sujeito de direito⁶. O que ora se defende é bem mais simples que a ampliação do rol discriminador das pessoas jurídicas de direito privado, contido no artigo 44 do Código Civil.

O empresário individual é sujeito único, podendo ser protagonista, ao mesmo tempo, de vários papéis no microcosmo jurídico, sem que isso provoque um desdobramento de sua personalidade jurídica. Permitir a limitação da responsabilidade patrimonial do empresário singular ao ativo da empresa representa apenas uma qualidade adstrita ao personagem que já possui personalidade jurídica.

Oskar Pisko (*apud* MACHADO, 1956, p. 56) é referência doutrinária dessa interpretação. O autor, como um dos principais precursores do assunto, propõe a tese da separação patrimonial do empresário individual, sem a criação de uma pessoa jurídica como corolário da responsabilidade limitada. O doutrinador entende que o Direito não pode permitir que a lei dissimule, ou melhor, oculte a personalidade do interessado em uma pessoa jurídica. Para se separar o patrimônio destinado ao exercício da atividade empresarial do patrimônio pessoal do empresário individual, deve-se observar o fim para o qual se destina. Sob essa perspectiva, o projeto de Pisko baseia-se em dois fundamentos: a constituição de um patrimônio destinado a um fim empresarial sem personalidade jurídica e a proteção da fortuna da empresa devedora, que deve responder apenas pelos negócios adstritos à dinâmica empresarial, escapando as dívidas da vida privada do empresário individual.

Bruscato (2005, p. 267), ao defender a separação patrimonial para a afetação das obrigações empresariais, sem a necessidade de personalização, também a considera um núcleo

⁶ A confusão entre as expressões empresa (atividade), empresário (sujeito de direito) e estabelecimento (conjunto de bens organizados) não é uma particularidade da Lei 12.441/11. Antônio Martins Filho, Edson Isfer e Trajano de Miranda Valverde, por exemplo, não se preocupam com tais conceitos ao sustentar a tese da responsabilidade limitada àqueles sujeitos que singularmente exercem atividade econômica. O primeiro doutrinador ressalta: “Por enquanto limitamo-nos a admitir que é possível o acolhimento da empresa individual de responsabilidade limitada, desde que lhe seja reconhecida personalidade jurídica, a igual do que ocorre em relação às sociedades comerciais. Nesta hipótese, comerciante será a empresa, que se personaliza juridicamente, em função da autonomia do patrimônio afetado ao giro comercial, ou em virtude da declaração da vontade manifestada no ato de constituição”(MARTINS FILHO, 1951, p. 302). Para Edson Isfer: “personificada a empresa, seus bens responderiam pelas obrigações assumidas. Consequentemente, os bens do titular não responderiam, já que, perante o direito, seriam bens de terceiros, pessoas distintas da pessoa da empresa. Formar-se-ia um patrimônio autônomo, de titularidade da empresa, responsável pelas obrigações por ela contraídas” (ISFER, 1996, p. 177). Segundo Trajano de Miranda Valverde: “convém, pois, que o direito positivo autorize, com as devidas cautelas, a pessoa natural ou jurídica, a criar estabelecimentos autônomos, separando, para este fim, de seu patrimônio, bens ou valores, com faculdade de limitar a sua responsabilidade até determinada soma”. Segundo o jurista, “nenhum inconveniente advirá em se adotar o estabelecimento autônomo de personalidade jurídica, como, aliás, ocorre com as fundações (...)” (*apud* MACHADO, 1956, p. 89-90).

patrimonial a ser administrado para atender particularmente a dinâmica empresarial. Afirma que a separação patrimonial de bens do empresário individual deve ter regime especial de responsabilidade estabelecido por lei, quando destinado a determinado fim.

Essa consideração esclarece bem os ideais de Pisko, mentor da segregação patrimonial do empresário singular, tendo como divisor de águas a finalidade empresarial. Assim, o empresário singular investe seus bens para realizar as atividades econômicas. Estes bens formam o ativo da empresa responsável unicamente pelas satisfações das dívidas dos negócios jurídicos empresariais. Dessa forma, os bens não destinados a tal atividade constituem-se em bens particulares resguardados da afetação relativa aos débitos empresariais. O empresário já é um sujeito de direito, por isso, bastava que a lei 12.441/11 reconhecesse a limitação da responsabilidade ao que é destinado à atividade empresarial, sem a necessidade de criar uma equivocada personalidade jurídica para a empresa com a inserção do inciso IV no rol das pessoas jurídicas de direito privado previsto no artigo 44 do Código Civil.

Outro ponto polêmico da Lei 12.441/11 é a omissão legislativa sobre qual tipo de pessoa (física ou jurídica) pode constituir uma EIRELI, assim como qual tipo de atividade deve ser exercida (empresarial ou profissional).

O projeto de lei n. 4.605/2009, texto primitivo da Lei 12.441/11, previa de forma expressa a possibilidade de uma pessoa natural ser titular do capital da empresa. Contudo, o projeto sofreu modificações e a redação da lei promulgada, ao mencionar que “a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social”, permite a criação da EIRELI tanto por pessoa natural como também por pessoas jurídicas. Na tentativa de elucidar a omissão legal, o Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC) editou a Instrução Normativa DNRC nº 117/2011⁷ que admite, em seu item 1.2.11, apenas a constituição de EIRELI por pessoa física. Essa recomendação é seguida pelas Juntas Comerciais, mas pode ser rechaçada pela falta de legitimidade do DNRC para regulamentar a lei e também pela violação dos princípios constitucionais da legalidade e da autonomia da vontade afinal “ninguém é obrigado a fazer

⁷ O Departamento Nacional de Registro do Comércio publicou três Instruções Normativas na tentativa de elucidar e regulamentar a EIRELI: a Instrução Normativa nº 116/2011 que dispõe sobre a formação do nome empresarial da EIRELI e sua respectiva proteção, a Instrução Normativa DNRC nº 117/2011 que aprova o Manual de Atos de Registro da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e a Instrução Normativa nº 118/2011 que dispõe sobre o processo de transformação de registro de empresário individual em sociedade empresária, contratual, ou em empresa individual de responsabilidade limitada e vice-versa. Contudo, apesar da falta legitimidade do DNRC para regulamentar a lei, as instruções são aplicadas e surtem relevantes efeitos na vida do empresário individual que formaliza a EIRELI

ou deixar de alguma coisa senão em virtude de lei”⁸. Pautados na falta de especificidade da lei, os cartórios de registro de títulos e documentos civis permitem a abertura de EIRELI, oficialmente denominada de EIRELI/Simples pela Receita Federal do Brasil, por pessoa jurídica e dá inclusive a possibilidade de uma EIRELI simples ser titular de outra EIRELI simples.

Ainda em relação à titularidade da EIRELI, o artigo 980-A, parágrafo 2º, assevera que “a pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade”. Tal condição é cláusula obrigatória do ato constitutivo da empresa individual de responsabilidade limitada nas juntas comerciais, mas, paradoxalmente, diante de uma análise gramatical da lei, não se estende à pessoa jurídica que constitui uma EIRELI. Assim, uma pessoa jurídica pode instituir quantas EIRELI’s tiver interesse. Conforme observa Pinheiro (2011, p.15),

Pode-se dizer que a possibilidade de que dada pessoa jurídica constitua, isoladamente, uma nova pessoa jurídica, sob a roupagem de EIRELI, equivale à autorização genérica para a instituição da subsidiária integral. Em outras palavras, a partir da vigência da Lei 12.441/2011, a subsidiária integral também pode ser constituída por qualquer espécie de pessoa jurídica, sendo que antes de tal marco somente as sociedades anônimas eram autorizadas a fazê-lo (arts. 251 e 252 da Lei 6.404/76).

Importante também ressaltar que a limitação legal não apresenta um empecilho direto para a pessoa natural estabelecer nova EIRELI. Ao instituir uma pessoa jurídica, esta pode compor outras pessoas jurídicas da mesma espécie,

pois basta que a referida EIRELI, na condição de pessoa jurídica, institua quantas outras pessoas jurídicas da mesma espécie que entender ser conveniente, mas desde que sejam subsidiárias integrais daquela. Nessa hipótese, diga-se de passagem, poderá a primeira EIRELI atuar como *holding* das demais subsidiárias integrais (PINHEIRO, 2011, p. 16).

No que cerne à atividade desempenhada pela EIRELI, nota-se que a lacuna existente no caput do artigo 980-A do Código Civil, sobre o objeto tolera a constituição da empresa individual por atividades empresariais ou profissionais em geral, inclusive por pessoas jurídicas que atuam na participação e administração de outras pessoas jurídicas como as *holdings*.

Vale destacar que as interpretações comentadas acima sobre a pessoa titular e a atividade desempenhada tem impacto relevante para os empresários, pois a utilização da

⁸ Art. 5, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

EIRELI permite a blindagem do patrimônio da pessoa jurídica, reduzindo seus custos, principalmente tributários, vez que a tributação de uma pessoa jurídica é inferior ao de uma pessoa física.

Dando continuidade a uma análise crítica da redação do artigo 980-A, caput, também se questiona o alto valor para se integralizar o capital, assim como a inconstitucionalidade da vinculação do capital ao salário mínimo e, por fim, a qual salário mínimo a lei alude (salário mínimo nacional ou regional).

Quanto à exigência valor do capital ser, no mínimo, cem vezes o maior salário mínimo vigente no país, a princípio representa um exagero do legislador. A exacerbada quantia dificulta a abertura da EIRELI pelos pequenos empreendedores e, conseqüentemente, restringe o surgimento de novos empreendimentos formais no mercado⁹. Além do mais, dá ensejo ao empresário individual manter uma sociedade de faz-de-conta, já que os entes coletivos não são obrigados a integralizar um valor mínimo para compor o capital social de uma empresa. Por outro lado, o capital integralizado é o suporte econômico imediato que dá segurança às relações jurídicas, pois em caso de dívidas, os bens pessoais não são utilizados para o cumprimento das obrigações, cuja responsabilidade está limitada ao capital de, no mínimo, cem vezes o valor do salário mínimo nacional. Com amparo neste valor, os credores estão cientes do potencial patrimonial do empreendimento que irá lhes tutelar. Cabe então ao empresário a obrigação de velar pela autossuficiência do ativo empresarial para fazer frente às obrigações contraídas, garantindo a transparência dos patrimônios pessoal e empresarial a fim de impedir que os benefícios e as perdas de um repercutam no outro.

A inconstitucionalidade da vinculação do capital ao salário mínimo é outra falha legislativa. A carta máxima veda, em seu artigo 7º, inciso IV, que o salário mínimo sirva de vinculação para qualquer fim, mas, enquanto o Supremo Tribunal Federal não se pronunciar sobre a questão ou surgir nova lei para revogar a atual, mantém-se sua aplicabilidade.

Por fim, o valor do capital da EIRELI parece estar vinculado ao salário mínimo nacional, já que o legislador afirma ser o “salário mínimo vigente no país”. Essa é a interpretação mais razoável tendo em vista que o salário mínimo é unificado e, por isso, o mesmo em todo o território nacional, dando assim um tratamento igualitário a todos os que pretendem constituir EIRELI, independente de diferenças vinculadas ao valor do salário mínimo de cada região.

⁹ Nesse sentido, há um projeto de lei n. 2468/11, cuja proposta é reduzir o capital da EIRELI de cem para cinqüenta vezes o maior salário mínimo vigente no país (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

Não se pode deixar de asseverar que ao novo instituto em análise podem ser aplicadas subsidiariamente as normas das sociedades limitadas¹⁰. E, por isso, aproveitam-se as regras sobre a responsabilidade do titular da pessoa jurídica, a responsabilidade dos administradores, as responsabilidades de cunho ambiental, previdenciário, tributário, falimentar, dentre outras (ALMADA, 2012, p. 04).

Já que a EIRELI segue, naquilo em que for compatível, os ditames das sociedades limitadas, obviamente a ela também se aplica o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Esse fenômeno apenas deve acontecer de acordo com os limites estabelecidos no artigo 50 do Código Civil. Ele não consiste na revogação sumária da autonomia patrimonial da sociedade ou na revogação da responsabilidade limitada do sócio. Sua utilização advém de situações excepcionais, quando comprovada a má-fé e a fraude do sócio de responsabilidade limitada. Assim, não é qualquer situação que pode ser atingida com a desconsideração da personalidade jurídica. Apenas aquele que agiu com má-fé ou fraude, desde que comprovado que sua atitude contribuiu para um efetivo prejuízo ao credor (nexo de causalidade), pode ter seu patrimônio pessoal atingido a favor de quem se aplica a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

No que tange à EIRELI, as mesmas regras delineadas pelo artigo 50 do Código Civil servem de escopo para se afetar os bens pessoais do empreendedor. Os riscos da contratação com uma sociedade são os mesmos da celebração de um negócio jurídico com um empresário singular, sendo possível a quebra da proteção quando o sistema da limitação da responsabilidade for abusivamente aproveitado pelo mesmo, mediante desvio da finalidade econômica ou confusão patrimonial¹¹. As possibilidades de fraude são comuns em qualquer tipo societário ou não-societário e, portanto, não servem como alicerce para criticar a dinâmica da EIRELI. Para que o ordenamento jurídico possa recepcionar esse instituto, com reflexos favoráveis na economia, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica precisa se ater às situações excepcionais previstas na lei¹² e não de forma indiscriminada como vem ocorrendo principalmente na justiça especializada das relações trabalhistas.

¹⁰ Artigo 980-A, §6, do Código Civil (BRASIL, 2002).

¹¹ A utilização, oneração ou alienação de bens próprios do estabelecimento para fins estranhos à atividade, a realização de entradas fictícias, a atribuição de remuneração de administração exorbitante, a distribuição de lucros indisponíveis, a movimentação de valores da reversa legal para fora dos casos permitidos em lei, dentre outros, são exemplos de desrespeito à segregação patrimonial que dão ensejo à desconsideração da personalidade jurídica.

¹² Nesse sentido, têm-se os ensinamentos de Fábio Tokars (2009, p. 03): “Não adianta aprovar uma lei permitindo que uma sociedade limitada seja criada por apenas um sócio enquanto nossos tribunais não compreenderem e aplicarem o princípio da autonomia patrimonial aos sócios das sociedades limitadas em geral. Antes de debatermos a unipessoalidade originária em sociedades limitadas, devemos disseminar um conceito bem mais simples: o de sociedade limitada.”

Uma questão relevante é a ressalva feita pelo §3º do artigo 980-A do Código Civil. Este motiva o sócio remanescente a dar continuidade à atividade empresarial na forma de EIRELI, após a retirada ou exclusão dos sócios, sem o risco da dissolução da sociedade, conforme dispõe o artigo 1.033, parágrafo único, do mesmo diploma legal. Assim, a transformação na estrutura dos sujeitos que exercem a empresa, não prejudica quem individualmente pretende manter o empreendimento, desde que formalize sua vontade na Junta Comercial. Obviamente esta transformação não pode prejudicar os direitos dos credores que contrataram com a antiga forma empresarial.

Não há dúvidas de que a principal vantagem ao se constituir uma EIRELI é o empresário poder usufruir de seu desejo de administrar sozinho sem precisar criar sociedades fictícias para se resguardar das benesses de uma responsabilidade limitada, tampouco inventar estratégias para resguardar seu patrimônio pessoal.

A lei 12.441/11, ainda que comprometida por imperfeições e omissões em sua narrativa, tem aplicabilidade prática e incentiva a criação de novos empreendimentos, que não podem ser ignorados devidos aos seus proveitosos reflexos na economia e, conseqüentemente, no aumento de circulação de riquezas no país, cuja análise econômica expõe a seguir.

3. Uma análise econômica da Lei 12.441/11

Todo empresário vislumbra na dinâmica empresarial uma oportunidade para se enriquecer. A busca por lucro é, naturalmente, uma das principais características da atividade empresária que nem sempre se materializa. Circunstâncias alheias ou não à vontade do empresário podem impedir que seu empreendimento seja lucrativo em determinado ou determinados exercícios. Contudo, mesmo durante o exercício contábil negativo da empresa, a atividade não se descaracteriza como empresária, pois o que deve ser observado é intenção e não a efetiva obtenção de lucro (CATEB, 2009, p. 02).

A pessoa natural que deseja se tornar empresária deve investigar qual é a forma mais rentável para alcançar um satisfatório retorno do seu investimento. Assim, antes da realização de um negócio jurídico, precisa considerar os custos embutidos nas transações, a fim de planejar suas ações em busca de melhor e mais eficiente resultado econômico.

Os custos de um negócio jurídico são afetados por preceitos legais, sociais, estruturais e governamentais que podem aumentar ou reduzir a capacidade competitiva entre as empresas. A competitividade é a grande responsável pelo surgimento de novos produtos e métodos de produção, bem como novas maneiras de comercializar, acarretando novos

segmentos de mercado e o enriquecimento do país. Conforme preceitua Schumpeter (*apud* PORTER, 1993, p. 21), a competitividade é sempre dinâmica, pois “a eficiência estática num ponto do tempo é rapidamente superada por índices de progresso mais intensos”. No mundo globalizado, a capacidade competitiva das empresas está atrelada à inovação e ao domínio das mudanças tecnológicas.

Nesse cenário complexo, em que a competitividade é o fator determinante para o sucesso do empreendimento, a lei 12.441/11 em muito contribui, pois o patrimônio particular do empresário individual que constitui EIRELI não precisa mais assegurar débitos contraídos na atuação da empresa, como obrigatoriamente ocorria antes do advento da lei. De acordo com Féres (2003, p. 176),

(...) quando o empresário tem sua responsabilidade limitada, ou seja, quando ele tem controle de seus riscos, o produto de sua atividade torna-se menos oneroso ao mercado. As atividades de alto grau de risco demandam maior remuneração, o que repercute no elevado preço de produtos e serviços. Ademais, a limitação da responsabilidade concorre para que haja constantes investimentos em atividades econômicas, isto é, coopera para o progresso.

A limitação da responsabilidade dos sujeitos que exercem atividades econômicas de risco atua no sentido da distribuição social desses mesmos riscos. Ao se esquivar juridicamente da responsabilidade ilimitada sobre seus débitos, o sujeito tem como demandar menor remuneração do seu capital, revertendo-se o fato em benefício de toda a coletividade.

Sob essa perspectiva, entende-se que a responsabilidade ilimitada do empresário individual é norma cuja eficácia impede o desempenho eficiente da atividade econômica. Para Sztajn (2005, p. 74), a idéia de eficiência deve estar associada à idéia de eficácia, a despeito de apresentarem sentidos diversos. Enquanto a eficiência significa a capacidade de se obter o melhor resultado ou rendimento ou produtividade, com a menor perda ou dispêndio de esforços, a eficácia é a aptidão para se produzir efeitos. O posicionamento da doutrinadora revela que a combinação do binômio eficácia/eficiência deve ser meta de qualquer sistema jurídico. Se uma norma não surte efeitos na vida social, não é eficaz e, portanto, também não é eficiente. Por outro lado, se a norma é eficaz, mas não é eficiente, pois gera reflexos negativos para a economia, a sociedade não pode deixar que ela tenha eficácia.

Diante dessa problemática, busca-se nos fundamentos econômicos atinentes aos custos de transação e à competitividade subsídios para corroborar a necessidade de maior valorização do instituto jurídico concernente à EIRELI para que não seja contestada sua eficiência e eficácia, apesar da existência de alguns aspectos controversos da lei 12.441/11.

3.1. Os custos de transação e a competitividade

Ronald Coase (2009, p. 15), ao analisar os custos das transações dentro das empresas e dentro das organizações em geral, ensina:

Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas (COASE, 2009, p. 15).

Os custos de transação são os custos para se mensurar aquilo que é trocado por meio da execução dos contratos. Esses custos se subdividem basicamente em três componentes: informação, negociação e execução contratual. Nesse sentido, Pinheiro e Saddi (2005, p. 62) esclarecem que os custos de transação consistem nos custos da atividade em busca de informação para efetivá-la na negociação, na realização e na formalização dos contratos, no monitoramento dos parceiros contratuais e na correta aplicação do contrato. Os custos de informações consistem na obtenção de conhecimentos necessários para se realizar a transação como os preços, a qualidade dos bens e dos serviços, na identificação dos compradores e dos vendedores em potencial, ou em qualquer outra informação que seja importante para a efetiva satisfação do empreendedor. Os custos de negociação se referem ao processo de planejamento e execução da negociação. A realização e a formalização dos contratos revestem o ato de garantias legais, dando segurança jurídica às partes envolvidas quanto aos direitos de propriedade. Nessa dinâmica, o monitoramento das partes contratantes é imprescindível para se averiguar se estão obedecendo aos termos do contrato, ou se estão acarretando prejuízos quando falham em observar as obrigações contratuais. Por fim, a correta aplicação do contrato consiste na devida cobrança de indenização por prejuízos ou inadimplemento da parte responsável.

Sob essa perspectiva, os custos de transação são os custos para se realizar um negócio jurídico no mercado. Estes não devem ser restritos aos fatores de produção ou aos bens e serviços em si, mas se vinculam à utilização dos mecanismos de produção e de trocas. Mais especificamente, os custos de transação são os custos incorridos pelos agentes, quando trocam direitos de propriedade por ativos econômicos.

Segundo Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 85), os custos de transação “são afetados pelo sistema legal e por normas não-positivadas, que recaem sobre a alocação do direito de

propriedade”. O direito de propriedade para o Direito e a Economia representa “um conjunto de direitos sobre um recurso, que o dono está livre para exercer e cujo exercício é protegido contra interferência por outros agentes” (MUELLER, 2005, p. 92). Dessa maneira, a idéia de propriedade está primeiramente vinculada à relação entre pessoas e secundariamente a uma coisa ou um bem. Esses direitos não são absolutos e dependem do empenho do proprietário para defendê-los. Assim, representam uma forma do indivíduo estabelecer autoridade para selecionar qualquer classe de uso não proibido a um bem particular. Normalmente, o direito de propriedade se desdobra em três: direito de usar um bem, direito de auferir renda de um bem e o direito de transferir direitos. Mueller (2005, p. 92) ressalta que, se esse conjunto de direitos não for seguro, desestimula investimentos e traz conseqüências no desempenho econômico.

Ante essas considerações, depreende-se que a responsabilidade ilimitada do empresário individual é fator de insegurança para o empreendedor, uma vez que a propriedade dos seus bens particulares fica vulnerável à afetação por dívidas contraídas pela atividade econômica. Dessa forma, seus investimentos na empresa são mais cautelosos e de pequena monta, a fim de se evitar o risco de ver os bens particulares comprometidos. Além disso, esse fator pode implicar custos mais elevados na oferta de bens e serviços para o mercado, acarretando uma margem de lucro reduzida do empresário individual, principalmente se esta comparação transcender o microcosmo empresarial nacional (em que suas correntes são as sociedades limitadas e as anônimas) para ser encarada mediante uma concorrência global.

Shumpeter (*apud* PORTER, 1993, p. 21) ensina que a capacidade competitiva das empresas encontra-se vinculada à inovação e à mudança tecnológica. As vantagens competitivas são criadas a partir de inovações, ou melhor, a partir da capacidade de se levar ao mercado formas inovadoras e eficazes para se realizar negócios jurídicos de forma diferenciada dos demais empreendimentos. Em sentido amplo, a competitividade consiste na capacidade de as empresas desenvolverem vantagens que lhes permitam enfrentar a concorrência, de forma duradoura e sustentável.

Para que uma empresa sobreviva em um cenário econômico extremamente dinâmico, terá de se adaptar à criação de novas tecnologias e de novas abordagens na comercialização, assim como às mudanças na regulação governamental. Em um mundo globalizado, é fundamental que o empresário tenha o domínio do conhecimento científico e tecnológico para que sua atividade econômica seja competitiva.

Porter (1993, p. 21-24) assevera que a competitividade não se baseia apenas em fatores reais. No mundo real, as condutas empresariais não se restringem à alocação racional

de recursos, ou seja, à transferência passiva de recursos para pontos onde os rendimentos são possivelmente mais elevados. Existe a idéia de maximizar dentro de limites fixos, mas a questão principal é como as empresas, em resposta às mudanças na economia, aumentam seus lucros através da promoção de novos produtos e processos.

Para Esteves Filho (1991, p. 08), a competitividade pode ser analisada sob duas vertentes. Uma averigua o desempenho exportador e coeficientes de produção das empresas para se diagnosticar o poder de competição entre elas no mercado doméstico e internacional. A outra considera a competitividade como a capacidade de empresas concorrerem no mercado em longo prazo. Nesta, avalia-se a capacidade de sobreviver, desenvolver, ampliar e conquistar novas posições competitivas. A primeira vertente se respalda em vantagens comparativas reais; e a segunda, em vantagens competitivas.

Esteves Filho (1991, p. 07) também analisa a competitividade adstrita a um amplo conjunto de fatores internos e externos às empresas. Os internos consistem nas decisões estratégicas das empresas, em que se distinguem seus competidores, definem as políticas de investimento, de marketing, de qualidade, de produtividade dos recursos humanos, de gestão da produção, das relações com clientes e com fornecedores, dentre outros fatores. Os externos condicionam-se às políticas públicas. Nestes, estão vinculados fatores econômicos (como a política de preços, monetária, cambial e fiscal que definem as taxas de juros e de câmbio, de inflação e a oferta de crédito), fatores político-institucionais (como políticas de intervenção por meio das instituições de pesquisa, crédito, dentre outras), fatores regulatórios (como as políticas de proteção à propriedade industrial, de defesa da concorrência e proteção ao consumidor e preservação do meio ambiente), fatores infraestruturais (como a capacidade de armazenamento, transporte, energia, telecomunicações, sistemas portuários e serviços tecnológicos), fatores sociais (como a qualificação de mão-de-obra, política salarial e de seguridade social e grau de exigência de consumidores) e fatores internacionais (como as tendências do comércio mundial, fluxos de tecnologia, capitais e investimentos de risco, políticas de comércio exterior e acordos internacionais).

Além dos fatores internos e externos, Coutinho e Ferraz (1994) destacam os fatores estruturais como aqueles que estão parcialmente fora da área de influência das empresas, mas que constituem os mais importantes condicionantes do desempenho competitivo entre as

mesmas. Esses fatores consistem nas características dos mercados consumidores¹³, na configuração da indústria em que a empresa atua¹⁴ e na política de concorrência¹⁵.

A influência dos fatores externos, internos e estruturais faz com que as empresas estejam constantemente redirecionando seus rumos, por isso, o estudo da vantagem competitiva é resultante das inter-relações de fatores extremamente dinâmicos.

De modo geral, as empresas que obtêm lideranças tecnológicas, associadas com economia de escala ou com alto grau de diferenciação de produtos, são aquelas de melhor desempenho competitivo. Essas características são resultantes dos efeitos interativos das condições da demanda do produto, das condições da oferta de fatores, da estrutura do mercado com a rivalidade entre as empresas, do desenvolvimento de indústrias correlatas e de apoio e das estratégias empresariais. A combinação desses quatro elementos, tomados como sistema, constitui o que Porter (1993, p. 88-89) denomina “diamante” de uma nação. Este modela o ambiente econômico no qual as empresas operam, promovendo ou impedindo a criação da vantagem competitiva.

O primeiro elemento, as condições de demanda, refere-se às demandas internas e externas de produtos e, ou, de serviços produzidos por uma determinada indústria. É o principal determinante da orientação empresarial na formulação de seu programa de melhorias e inovações. A ação da demanda sobre o processo de criação das vantagens competitivas ocorre mediante a identificação e atendimento da composição dessa demanda, satisfazendo as necessidades do consumidor final, pelo empenho empresarial em conquistar parcelas crescentes do mercado, pela adequação da oferta ao padrão de crescimento do mercado e pelo domínio dos mecanismos pelos quais as preferências internacionais são internalizadas dos diferentes sistemas de produção domésticos.

O segundo elemento, as condições de oferta de fatores, representa as possibilidades de satisfazer aos requerimentos de fatores e de insumos para competir em qualquer indústria, como o trabalho especializado, abundância, qualidade e acessibilidade dos recursos físicos, estoque de conhecimentos científicos, técnicos e de mercado, os recursos de capital e a disponibilidade, a qualidade e o tipo de infraestrutura.

As indústrias correlatas e de apoio, como terceiro elemento, consistem naquelas que produzem suprimento de produtos intermediários que sejam internacionalmente competitivas.

¹³ Verificam-se as formas e os custos de comercialização predominantes, a oportunidade de acesso a mercados internacionais, a sofisticação e os demais requisitos impostos aos produtos.

¹⁴ Verificam-se o grau de verticalização e diversificação setorial, o atributo dos insumos, as escalas de operação, a origem e a direção do progresso técnico.

¹⁵ Refere-se às condutas e às estruturas empresariais, ao sistema fiscal-tributário incidente sobre as operações industriais, as práticas de importação e exportação e a propriedade dos meios de produção.

A presença dessas empresas favorece a criação de vantagens às demais empresas industriais como resultado de acesso eficiente e rápido aos insumos economicamente rentáveis. Por outro lado, as participações mútuas no desenvolvimento de tecnologias, melhoramento de processos, distribuição e comercialização podem propiciar o surgimento de novas indústrias competitivas.

O quarto elemento, baseado na estrutura do mercado e na rivalidade das empresas, versa no contexto em que as firmas são criadas, organizadas, dirigidas e concorrentes entre si. De modo geral, os países tendem a ter êxito em indústrias cujas estruturas empresariais e as formas organizacionais são adequadas ao desenvolvimento de fontes de vantagens competitivas.

Porter (1993, p. 143-148) ainda assevera que as vantagens competitivas são resultantes da combinação da inter-relação de vários elementos que também são influenciados por duas variáveis: o acaso e o governo. O acaso é um evento que está fora do poder de interveniência das empresas, mas geram reflexos em sua dinâmica como, por exemplo, os acontecimentos políticos, as guerras, as descontinuidades tecnológicas etc. O governo é uma variável que pode influenciar a ação dos quatro elementos citados, facilitando ou não a obtenção de vantagens competitivas pelas empresas.

Dentro desse cenário complexo e dinâmico de competitividade, encontram-se os empresários individuais em condições desvantajosas perante as organizações nacionais e estrangeiras, considerando-se os reflexos que a responsabilidade ilimitada impõe aos fatores estruturais da empresa. Contudo, com a entrada em vigor da EIRELI essa competitividade pode tomar novos e prósperos rumos na exploração de atividades econômicas pelos micro e pequenos empresários.

3.2. A institucionalização formal da responsabilidade limitada do empresário individual como meio propulsor do desenvolvimento econômico

Uma das razões para o empresário individual se camuflar na forma societária é poder limitar sua responsabilidade. Dessa maneira, as ações do empresário individual ficam mascaradas, em uma sociedade de “faz-de-conta”, composta por “sócios laranjas” que não exercem nenhum tipo de direção sobre o empreendimento, mas gozam da prerrogativa de incomunicabilidade do patrimônio pessoal para a afetação de dívidas contraídas pela sociedade.

Mesmo existindo a possibilidade de se constituir sociedades fictícias, os dados publicados pelo Departamento Nacional de Registro demonstram que a forma jurídica empresarial mais adotada no Brasil é a do empresário individual¹⁶. Essas informações denotam que as sociedades simuladas existem, mas não são utilizadas como solução para a limitação da responsabilidade, pois a maioria dos empreendedores, mesmo antes do advento da EIRELI, preferia assumir sua formação real, enfrentando as intempéries da responsabilidade ilimitada.

O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Lei Complementar 123/2006, ao estabelecer normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a esses empreendimentos, tem contribuído bastante para a formalização e a sobrevivência do empresário individual que, normalmente, possui uma receita bruta anual significativamente baixa em relação aos empreendimentos de vulto. Com a aprovação dessa lei, institui-se um regime especial unificado que contempla a maioria das microempresas e empresas de pequeno porte, em diferentes segmentos de atuação no mercado, nominado “Simples Nacional”. O sistema Simples Nacional ou Super Simples implica facilitar a arrecadação de tributos, mediante documento único, reduzindo o custo financeiro das empresas beneficiadas com pessoal qualificado especializado em calcular tributo e preencher guias de pagamento. Nesse sentido, Santos (2009, p. 37) discorre:

O cálculo e recolhimento de tributos é extremamente complexo, dado a enorme quantidade e variedade das guias de recolhimento específicas para cada tributo, que obrigatoriamente devem ser preenchidas e recolhidas mensalmente pelas empresas. O custo financeiro e o custo com pessoal qualificado que calcula o tributo e preenche a guia para pagamento é muito elevado, inviabilizando a atividade das pequenas pessoas jurídicas. Resultado disso é que as empresas acabam gastando muito dinheiro com os departamentos responsáveis pelo cálculo e pagamento das guias de recolhimento, dinheiro esse que poderia ser aplicado na produção ou melhoria de condições gerais do negócio e do emprego.

A unificação das guias de recolhimento em uma só reflete na redução dos custos de transação, aumentando o potencial competitivo entre as empresas. Santos (2009, p. 37-38), ao fazer uma análise econômica dos efeitos da lei complementar, dispõe:

¹⁶ A pesquisa demonstra um quadro evolutivo da constituição de empresa por tipos jurídicos, referente ao período de 1985 a 2005. Nesse estudo estatístico, a firma individual alcança o patamar de 4.569.288, em um total de 8.915.890 dos tipos jurídicos formalizados. Em segundo lugar, aparece a sociedade limitada (4.300.257) e, em terceiro, as cooperativas (21.731) praticamente empatadas com as sociedades anônimas (20.080). Por último, têm-se os demais tipos jurídicos (4.534).

(...) é uma forma, senão a melhor, de simplificação do recolhimento dos impostos e contribuições devidos. Melhor ainda seria simplificar e reduzir significativamente a carga tributária do sujeito passivo, propiciando melhor ambiente econômico e de concorrência entre as microempresas e as empresas de pequeno porte.

Esse tratamento jurídico diferenciado é fruto do comando legal previsto no artigo 179 da Constituição Federal, cujo objetivo é incentivar a simplificação ou a redução ou a eliminação das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias destinadas às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Acontece que, no atual cenário jurídico, a idéia de desburocratização da Constituição Federal de 1988 impõe ao empresário individual as mesmas obrigações cabíveis à sociedade empresária. O empresário individual tem de se inscrever no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, assim como tem a obrigação de apresentar as demonstrações contábeis e de declarar o Imposto de Renda como pessoa jurídica de forma distinta da que precisa declarar como pessoa física. Da mesma forma, caso se enquadre nas regras do Estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte, não importa se sua caracterização se dá na qualidade de empresário individual, sociedade empresária ou simples, pois o procedimento é o igualitário para quaisquer dos tipos empresariais.

A responsabilidade ilimitada do empresário individual se reflete nos custos de transação e na concorrência entre as demais sociedades prejudicando sua atividade econômica e afetando sua lucratividade e sobrevivência no mercado. A consolidação dessas conseqüências provoca significativa redução de oferta de postos de trabalho, de recolhimento dos tributos, de aprimoramento tecnológico, dentre outros, observando-se que o empresário individual representa, conforme já ressaltado, o tipo jurídico mais utilizado formalmente para o desenvolvimento das atividades econômicas organizadas. Sem dúvida, a responsabilidade ilimitada é um gravame que minimiza o bem-estar social reduzindo o potencial econômico do país. Como a efetividade das regras depende da configuração do ambiente em que estão inseridas, as normas empresariais que não atendem aos anseios sociais precisam sofrer mudanças institucionais.

É por isso que, a Lei 12.441/11, apesar de suas imperfeições, não pode ser desprezada. Os agentes econômicos precisam agir coerentemente dentro das normas empresárias. A EIRELI representa uma instituição que incentiva a formalização de milhares de empreendedores na economia, tornando-os mais competitivos. No caso do empresário individual, seus recursos são escassos em comparação ao poder de barganha e de negociação das empresas de grande vulto. Dessa forma, se o objetivo do empresário individual é a

maximização de tais recursos, a EIRELI é a melhor opção para que o empreendedor tenha o menor custo de transação na execução de seus contratos. A busca por informações, a negociação e a execução contratual, quando necessários para a realização de transações com transferência de direitos e de propriedade entre indivíduos, impõe custos. Nesses custos, é acrescido o risco vivenciado pelo empresário individual de ver seu patrimônio pessoal atingido por dívidas contraídas com sua atividade empresarial.

Sob essa perspectiva, a EIRELI é uma instituição que tem como permitir o crescimento e o desenvolvimento do mercado, pois limitam a responsabilidade do empresário individual. Para North (2003),

Nenhum país consegue crescer de forma consistente por um longo período de tempo sem que antes desenvolva de forma sólida suas instituições. Quando uso a palavra instituição, refiro-me a uma legislação clara que garanta os direitos de propriedade e impeça que contratos virem pó da noite para o dia. Refiro-me ainda a um sistema judiciário eficaz, a agências regulatórias firmes e atuantes. Só assim, com instituições firmes, um país pode estar preparado para dar o salto qualitativo, mudar de patamar.

As instituições legais interferem diretamente no comportamento dos agentes econômicos, pois são comandos de autoridade que impõe custos ou benefícios aos participantes de uma dada transação e que sofrem incentivos (positivos ou negativos) no processo de seu cumprimento. Nesse sentido, Zylberstajn e Sztajn (2005, p. 03) afirmam:

O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que dela derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou a alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados. Assim, o Direito influencia e é influenciado pela Economia, e as Organizações influenciam e são influenciadas pelo ambiente institucional.

(...)

As instituições, por seus efeitos sobre os custos de troca e produção, afetam decisivamente a *performance* econômica e, juntamente com a tecnologia empregada, elas, as instituições, determinam os custos de transação e transformação que formam os custos totais da atividade econômica em determinado ambiente.

Segundo Douglass C. North (2003), as instituições e a competitividade são os principais fatores de desenvolvimento de um país, ficando em segundo plano as riquezas naturais, o clima favorável ou a agricultura. Obviamente que esses fatores secundários contribuem para o crescimento econômico do país, mas não são suficientes sem a presença de instituições eficazes. Para corroborar esse entendimento, North (2003) exemplifica o caso da Venezuela e de Israel:

Veja o caso da Venezuela. Nos últimos dez anos, passei longos períodos lá e cheguei à triste conclusão de que a presença do petróleo não apenas não foi suficiente para mudar a situação socioeconômica dos venezuelanos como inclusive inibiu o desenvolvimento de outros setores. Isso porque eles concentraram forças nessa única atividade e, para piorar o quadro, não detinham o respaldo de boas instituições para turbiná-la. No outro extremo, gosto de colocar Israel, um país de terra pobre, pouquíssimos recursos naturais, mas que conseguiu dar um salto graças a um conjunto de instituições eficientes, especialmente na área econômica. A questão palestina atrapalha e evidencia certo atraso no campo da política, mas, no todo, Israel ultrapassou – e muito – países de natureza bastante mais promissora tendo partido do mesmo patamar.

Para o doutrinador, o governo precisa criar regras econômicas para garantir a estabilidade. O país necessita de instituições eficazes e eficientes que possibilitem o aumento da competitividade. Uma instituição estável pressupõe a existência de uma regra eficaz, ou seja, de regras que surtem efeitos na sociedade de forma eficiente. A eficiência decorre de regras que incentivam a competitividade entre as empresas, dando-lhes condição de enfrentar a concorrência, de forma duradoura e sustentável.

Conforme mencionado, a competitividade força uma empresa a ser mais produtiva e a buscar soluções mais criativas. Em vista disso, é fundamental a existência de instituições que proporcionem a redução dos riscos da atividade econômica, como a limitação da responsabilidade dos empresários individuais com o objetivo de tornar suas atividades menos onerosas e mais competitivas.

Obviamente, há custos de transação dos quais não é possível esquivar, assim como não é possível através do reconhecimento da responsabilidade limitada do empresário individual, solucionar sua hipossuficiência em relação aos empreendimentos de vulto com maior capacidade de competitividade. Contudo, a limitação da responsabilidade do empresário individual é uma forma de remediar um dos empecilhos presentes na dinâmica empresarial.

North (2003) afirma que, quanto mais desenvolvido é um país, maiores são os custos de transação, pois entre eles estão os gastos com impostos, seguro e operações no sistema financeiro. Essas despesas fazem crescer o preço final dos produtos; em contrapartida, compensa-se esse ônus com o aumento da produtividade.

Veja o caso dos Estados Unidos. Em 1870, os custos de transação representavam 25% do PIB americano. Um século mais tarde, a fatia era de 45%, quase o dobro. Hoje um país precisa ser bastante mais produtivo para compensar esse tipo de gasto e poder competir, coisa que os EUA conseguiram com sucesso. (NORTH, 2003)

Diante de um cenário econômico globalizado, encontram-se os países em desenvolvimento que perdem na competitividade com as grandes potências, pois, além dos custos de transação normais de todo negócio jurídico, somam-se outros decorrentes de instituições frágeis como a da responsabilidade ilimitada do empresário individual.

O ordenamento jurídico brasileiro precisa sofrer mudanças institucionais para poder evoluir. Permitir que os empresários individuais ingressem em um mundo de economia globalizada, cuja margem de lucro encontra-se cada vez mais restrita, sem adotar mecanismos que melhorem suas condições de competitividade é permitir o retrocesso econômico e a morte daqueles que apenas buscam na vida empresarial a dignidade de ter seu próprio negócio.

Isso é plenamente possível e não requer complexas alterações de preceitos já consolidados no ordenamento jurídico. A responsabilidade ilimitada que se aplicava de forma imperativa ao empresário singular não tem fundamento lógico para se manter no ordenamento jurídico e implica transtornos imediatos em sua dinâmica. Por isso, entende-se que a tese da separação patrimonial¹⁷ deve ser a ele aproveitada, desde que formalizada a condição de empresário individual no órgão competente e integralizado o capital destinado ao exercício da empresa. Dessa maneira, os bens que formam o ativo ficam responsáveis pela satisfação das dívidas dos negócios empresariais, resguardando-se os bens pessoais do sócio.

O reconhecimento legal dessa prerrogativa não pode ser encarado como um mecanismo ensejador de fraudes. O uso abusivo da personalidade é fator que também pode ser concretizado em sociedades, pois não há como ser plenamente coibido. Caso configurado, a irregularidade do ato deve ser sanada com os mesmos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica¹⁸ aplicada aos sócios da sociedade, ou seja, a afetação dos bens pessoais que não possuam finalidade empresarial. Além do mais, não se pode simplesmente desaprovar uma fórmula legislativa, que atenda aos interesses de desenvolvimento econômico do país, partindo do pressuposto de que a má-fé é a conduta norteadora das ações humanas (HENTZ, 1996).

¹⁷ Nesse sentido, tem-se como referência doutrinária Oskar Pisko (*apud* MACHADO, 1956, p. 55-56), que sugere a segregação do patrimônio do empresário em duas fortunas. Uma delas representa a fortuna social destinada às atividades empresariais e à proteção dos credores; a outra é destinada aos interesses pessoais da pessoa física sem nenhuma relação com seu empreendimento. A segurança dos credores é garantida pela fortuna social, cuja responsabilidade atinge exclusivamente os negócios concernentes às finalidades da empresa, sem que possa ser afetada pelos azares da vida privada do comerciante. Segundo o doutrinador, para proceder a essa separação patrimonial, não é necessário recorrer à personalização do patrimônio destinado à empresa, pois esse procedimento não é corolário para se aplicar a responsabilidade limitada.

¹⁸ Art. 50 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Nada impede que uma pessoa física seja titular de dois patrimônios distintos, sem que isso implique confusão patrimonial ou necessária criação de um novo sujeito de direito, o que desnecessariamente fez a Lei 12.441/11 ao dar personalidade jurídica à empresa individual de responsabilidade limitada. Antes da lei em comento, o próprio legislador brasileiro já reconhecia a possibilidade da divisibilidade patrimonial ao permitir que o incapaz, mediante autorização judicial, exerça a empresa resguardando seus bens pessoais, estranhos ao acervo da atividade econômica e anteriores a sua atuação como empresário, da afetação de credores por dívidas contraídas por atos empresariais¹⁹. A mesma ideia se estende ao empresário casado que pode, sem necessidade de outorga conjugal, alienar os bens da empresa²⁰. Qualquer uma das situações desvela a existência de um patrimônio especial que não se mistura necessariamente com o patrimônio pessoal pelo simples fato de pertencer a uma mesma pessoa natural.

A EIRELI estabelece regras para a integralização do capital dedicado à atividade econômica, tornando-o de certa forma intangível. Essa é uma maneira de se ampliar a garantia aos credores e desmitificar a suposta desvantagem da positividade da responsabilidade limitada para estes. Após a integralização do valor equivalente a cem salários mínimos, torna-se viável limitar a responsabilidade do empresário individual. Com esse procedimento, os credores do empresário ficam tutelados, pois a publicidade do registro lhes assegura ciência do potencial patrimonial do sujeito que estão contratando e passam a ter a prerrogativa de afetar toda a riqueza destinada à empresa. Além disso, torna-se possível saber quem, de fato, gerencia a atividade e responde por ela, evitando a busca por sócios “laranjas” que nem sequer atuam na sociedade, dando maior transparência às atividades da empresa. Por fim, os credores do empresário individual também deixam de concorrer diretamente com os credores das dívidas da pessoa natural.

4. Considerações finais

A EIRELI, apesar de algumas imperfeições e omissões de seu texto legal, é um mecanismo eficiente para se trilhar uma equivalência justa entre o tratamento dispensado ao empresário individual e ao sócio das sociedades sob um prisma jurídico e econômico.

Sob a ótica das teorias pertencentes ao ramo da economia, conclui-se que a norma atinente à responsabilidade ilimitada provoca complicações no comportamento estratégico do

¹⁹ Art. 974, §2º do Código Civil (BRASIL, 2002).

²⁰ Art. 978 do Código Civil (BRASIL, 2002).

empresário individual, pois reflete nos custos de transação e na competitividade, afetando sua lucratividade e sobrevivência no mercado. A concretização dessas consequências também gera expressiva redução do potencial econômico do país, por ser considerável a participação do empresário individual na economia brasileira.

As normas jurídicas precisam ser efetivas e eficazes no ambiente em que estão inseridas e essas qualidades se vislumbram na EIRELI. O ordenamento jurídico precisava sofrer uma mudança institucional, assegurando a limitação da responsabilidade para permitir que seu maior contingente de empreendedor possa ingressar em um mundo de economia globalizada, regido de forma equânime aos concorrentes.

5. Referências

ALMADA, Diego Bisi. *Aspectos controversos da empresa individual de responsabilidade limitada*. Disponível em: <http://www.pndt.com.br/doutrina/ver/descricao/aspectos-controversos-da-empresa-individual-de-responsabilidade-limitada-eireli-415>. Acesso em: 31-03-2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Brasília, 5 de outubro, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 01-03-2012.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em 01-03-2012.

BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp123.htm. Acesso em 07-08-2009.

BRASIL. Lei 12.441, de 11 de julho de 2011. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jul. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm. Acesso em: 01-03-2012.

BRASIL. Departamento Nacional de Registro do Comércio. Instrução Normativa nº 116 de 22 de novembro de 2011. Dispõe sobre a formação do nome empresarial, sua proteção e dá outras providências. Disponível em: [http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN 116 2011.pdf](http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN%20116%202011.pdf). Acesso em: 01-03-2012.

BRASIL. Departamento Nacional de Registro do Comércio. Instrução Normativa nº 117 de 22 de novembro de 2011. Aprova o Manual de Atos de Registro da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN_117_2011.pdf>. Acesso em: 01-03-2012.

BRASIL. Departamento Nacional de Registro do Comércio. Instrução Normativa nº 118 de 22 de novembro de 2011. Dispõe sobre o processo de transformação de registro de empresário individual em sociedade empresária, contratual, ou em empresa individual de responsabilidade limitada e vice-versa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.dnrc.gov.br/Legislacao/IN_118_2011.pdf>. Acesso em: 01-03-2012.

BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário individual de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 267.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de lei n. 2.468, apresentado em 5 de outubro de 2011. Reduz o limite mínimo do capital social integralizado para constituição de empresa individual de responsabilidade limitada e estabelece a aplicação do tratamento tributário simplificado do programa Simples Nacional. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=522763>>.

Acesso em 01-03-2012.

CATEB, Alexandre Bueno. Análise econômica da Lei de Sociedades Anônimas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 65, 01/06/09, [Internet]. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em: 06-08-2009

COASE, Ronald H. O problema do custo social. *The Latin American and Caribbean Journal of legal studies*. Disponível em: <<http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9/>>. Acesso em: 01-08-2009.

COUTINHO, Luciano G.; FERRAZ, João Carlos (Coord.). *Estudo da competitividade da indústria brasileira*. 2. ed. Campinas: Papyrus, 1994.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DE COMÉRCIO. Disponível em: <<http://www.dnrc.gov.br/Estatisticas/Caep0100.htm>>. Acesso em: 21-06-09.

ESTEVES FILHO, Mário. (coord.). *Competitividade: conceituação e fatores determinantes*. Rio de Janeiro: DEESD/BNDES, Texto para Discussão n. 2, p. 8. (Mimeo. S.n.t.) mar de 1991.

FÉRES, Marcelo Andrade. Sociedade Unipessoal no Direito Comunitário Europeu. In: *Novos estudos de direito comercial em homenagem a Celso Barbi Filho*. Coordenador Theophilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica: a experiência portuguesa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Malheiros, n. 101, jan/mar, v. 35, p. 109-113, 1996.

ISFER, Edson. *Sociedades Unipessoais & Empresas Individuais – responsabilidade limitada*. Curitiba: Juruá, 1996, p. 177.

MACHADO, Sylvio Marcondes. *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*. São Paulo: Max Limonad, 1956.

MARTINS FILHO, Antônio. Limitação da responsabilidade do comerciante individual. Anais do congresso jurídico nacional comemorativo do cinquentenário da faculdade de direito de Porto Alegre. *Revista Faculdade de Direito de Porto Alegre*. v. 1. Porto Alegre: URGs, 1951, p. 302.

MUELLER, Bernardo. Economia dos direitos de propriedade. Cap. 5. Parte II. In: NORTH, Douglass C. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. Tradução Elizabete Hart. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

NORTH, Douglas Cecil. Para um país enriquecer. Entrevista. *Revista Veja*. Edição 1830. 26-11-2003. Disponível em: <<http://desenvolvimentoemquestao.blogspot.com/2009/01/douglass-cecil-north-entrevista-revista.html>>. Acesso em: 03-08-2009.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier-Campos, 2005.

PINHEIRO, Frederico Garcia. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Jus navegandi, Teresina, ano 16, n.2954, 3 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19685>>. Acesso em 01-03-2012.

PORTER, Michael E. *A vantagem competitiva das nações*. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1993.

SANTOS, Cairon Ribeiro. In: *Comentários ao Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Coordenador: Amador Paes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

SZTAJN, Rachel. In: ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TOKARS, Fábio. Sociedades unipessoais de responsabilidade limitada – estamos preparados para recepcioná-las? Disponível em: <<http://www.paranaonline.com.br/colonistas/277/54631/>>.p.3. Acesso em 21-05-2009.

ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. In: *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.