
OS ENTRAVES DO CAPITAL DA EIRELI

The Problems of Eireli Capital

Gabriella Gonçalves Ferreira de Araújo¹

Carlos Henrique Passos Mairink²

Resumo: A atividade empresarial é uma atividade econômica organizada, exercida com habitualidade para a produção, circulação de bens ou prestação de serviços, objetivando o lucro. São sujeitos da atividade empresarial o empresário individual - EI, a EIRELI e as sociedades empresarias. A aplicação na EIRELI de algumas normas da constituição do capital social da LTDA, juntamente com o princípio da efetivação do capital social da S/A, possibilitará um maior acesso às pessoas, que desejam exercer uma atividade empresarial individualmente, a este tipo de roupagem jurídica. Podendo essas usufruírem dos benefícios da separação patrimonial, e dos incentivos fiscais, fornecidos pelo Estado, sem a necessidade empreender esforços em comum, com um terceiro, para explorar uma atividade. Dessa forma, estimulará o crescimento da atividade empresarial nacional, criando novos postos de trabalho, movimentando a economia nacional como um todo, e consequentemente, gerando uma maior arrecadação tributária.

Palavras-Chave: EIRELI, LTDA, Capital Social.

Summary: The business activity is an organised economic activity, exercised with normally for the production, movement of goods and services, aiming at profit. Are subjects of entrepreneurial activity the individual entrepreneur-HEY, EIRELI and entrepreneurial societies. The application on EIRELI of some norms of the Constitution of the social capital Ltd., along with the principle of effectiveness of S/A, will allow greater access to people who wish to exercise an activity manages individually, this kind of legal garb. These may enjoy the benefits of ownership unbundling, and the tax incentives provided by the State, without the need to undertake efforts in common, with a third, to explore an activity. In this way, it will stimulate the growth of the national performing arts activity, creating new jobs, moving the national economy as a whole, and consequently, generating greater tax collection

Keywords: EIRELI, LTDA, Share Capital.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como tema direito empresarial, tributário e econômico, EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, LTDA – Sociedade Limitada e S/A – Sociedade Anônima. O problema de pesquisa foi analisar se há necessidade ou não da

1 Aluna do Curso de Direito pela Faculdade Minas Gerais – Famig. gabriellaferreira_13@hotmail.com

2 Doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado e Professor da Faculdade Minas Gerais – Famig. passosmairink@gmail.com

aplicação na EIRELI do princípio da efetividade do capital social da S/A, e de algumas regras aplicadas à constituição do capital social da LTDA visando maior arrecadação tributária. Para tanto, foi utilizado como marco teórico a obra ASPECTOS POLÊMICOS DA LEI Nº 12.441/2011, do autor Gustavo Henrique de Almeida.

Para analisar os entraves do capital social da EIRELI, e se há necessidade ou não da aplicação na EIRELI das regras da constituição do capital social da LTDA e da S/A, objetivando maior arrecadação tributária, é necessário a compreensão geral e específica de cada instituto. Para saber se sua aplicação prática será efetiva deve-se analisar o cenário econômico atual do país.

A EIRELI é um instituto jurídico que permite que a pessoa natural e a pessoa jurídica exerçam atividade empresária sozinha, sem a necessidade da participação de outrem; com a limitação de sua responsabilidade através da separação patrimonial; para a composição do capital inicial, o empreendedor deve possuir valor não inferior a 100 vezes o maior salário vigente no país; além disso cada pessoa só pode figurar em uma EIRELI.

Já a LTDA é um instituto societário que pode ser utilizado tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica; é composta por duas ou mais pessoas; os sócios possuem limitação da responsabilidade ao capital social por eles investido, e respondem solidariamente pelos ônus decorrentes do exercício da atividade; o capital social pode ser composto em pecúnia e bens sem limitação mínima inicial; e uma pessoa pode participar de uma ou mais sociedades LTDA.

A S/A, por sua vez, é uma sociedade que possui o capital dividido em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço da emissão das ações que subscrever ou adquirir e é regida por lei especial, aplicando-se, nos casos omissos, as disposições do CC/02.

As despesas dos entes da União são custeadas pela arrecadação primária e secundária de tributos. Para aumentar a arrecadação tributária, os Entes fornecem incentivos fiscais para determinadas categorias empresariais visando estimular a criação ou a regularização das empresas junto aos órgãos competentes. Dessa forma, o Estado tem maior controle e fiscalização sobre as empresas e seus rendimentos, possibilitando, assim, uma maior e melhor arrecadação tributária.

Com isso, é possível demonstrar que a aplicação prática da alteração do instituto EIRELI, gera maior arrecadação tributária para os entes federados, bem como funciona como incentivo para as pessoas, que almejam explorar uma atividade empresária de forma individual, invistam seu patrimônio para explorar a empresa, pois facilitará o acesso dos empreendedores aos benefícios do direito empresarial, como separação patrimonial e incentivos fiscais.

O EMPRESÁRIO

O empresário é o sujeito que explora de forma individual ou coletiva a atividade empresária, esta entendida como atividade econômica organizada, exercida com habitualidade para a produção, circulação de bens ou prestação de serviços objetivando a distribuição do lucro. O conceito de empresário está descrito no art. 966 do Código Civil de 2002 – CC/ 02. É considerado empresário, no ordenamento jurídico brasileiro, o empresário individual; o empresário individual de responsa-

bilidade limitada – EIRELI; as sociedades empresárias; e os rurícolas, de forma facultativa desde que respeitados os requisitos legais.

O CC/02, de forma expressa, descreve os sujeitos que não são considerados empresários. Não são empresários, para o ordenamento jurídico pátrio, os profissionais que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística; as cooperativas; e os rurícolas, que optarem por não explorar uma atividade econômica organizada.

Empresário individual e coletivo

A figura do empresário está disciplinada no Livro II – Do Direito de Empresa, no Título I, em capítulo próprio, no CC/02 em seu art. 966, que o descreve, “in verbis”, “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços.” O empresário, para o direito, é tão somente a figura descrita no art.966, do CC/02, ou seja, aquele que explora a empresa em seu próprio nome. Empresário não se confunde com o sócio. Sócio não é empresário. O sócio é sócio ou empreendedor, não se enquadrando no disposto do art. 966, CC/02. No caso da sociedade empresária é ela, pessoa jurídica, quem explora a atividade em seu próprio nome, assumindo os riscos decorrentes do exercício empresarial. Nesse sentido, elucida Fabio Bellote Gomes, em sua obra Manual de direito empresarial

Assim, pode-se dizer que as sociedades empresárias são o instrumento legal de exercício coletivo da empresa, considerando inclusive que, como pessoas jurídicas, têm existência distinta de seus sócios, que não serão considerados empresários, de modo que, respeitadas as exceções legais, a eventual incompatibilidade de uma pessoa natural para tornar-se um empresário individual, não se aplica necessariamente à hipótese de sua participação como sócio de sociedade empresária. (GOMES, 2013,p.40)

O empresário é uma pessoa natural que deve se registrar na junta comercial, e com isso adquire um nº de CNPJ, e explora em seu próprio nome, como pessoa física a atividade empresarial. Como empresário individual, o sujeito arrisca todo o seu patrimônio individual, pois não há como separar, para fins de responsabilidade, os bens destinados ao exercício da atividade dos bens pessoais. Logo, o risco da exploração de atividade empresária é maior para o empresário individual.

A atividade empresária pode ser explorada por três sujeitos distintos, a saber:

O empresário, ou empresário individual, pessoa descrita no art. 966, CC/02. O patrimônio da empresa se confunde ao patrimônio pessoal, sendo o risco da exploração da atividade empresarial arcado pela unicidade do patrimônio. O risco é maior, pois todo o patrimônio pessoal arcará com os débitos decorrentes do exercício da empresa. Nesse sentido, elucida Gomes:

Empresário individual inscreve-se no registro de empresas com sua firma individual (seu nome próprio, por extenso ou abreviado, seguido ou não do ramo de atuação) e, como resultado disso, ainda que possua empregados ou auxiliares, contrai obrigações em seu próprio nome, assumindo diretamente a responsabilidade e vinculando seu patrimônio pessoal ao cumprimento de tais obrigações, conforme o art. 968 do CC/02. (GOMES, 2013, p 37)

Este empresário não possui a proteção do direito empresarial no que tange à separação patrimonial, ficando todo o seu patrimônio vulnerável às intempéries do exercício da atividade por ele

explorada.

A sociedade empresária, ou coletiva, figura descrita no art. 982, do CC/02. É uma sociedade que explora uma empresa e está sujeito a registro. Deve ser constituída, obrigatoriamente, por, no mínimo, duas pessoas físicas ou jurídicas. Por ser uma pessoa jurídica dotada de patrimônio próprio, o empresário é a sociedade. É a sociedade que explora a atividade econômica organizada. A responsabilidade dos sócios, decorrente dos riscos da exploração da empresa, está limitada ao quanto cada um dos sócios investiu individualmente. Nos ensinamentos de Marcelo M. Bertoudi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, na obra Curso Avançado de Direito Comercial

sociedades empresárias, as quais são as organizações econômicas, dotadas de personalidade jurídica e patrimônio próprio, constituídas ordinariamente por mais de uma pessoa, que têm como objetivo a produção ou a troca de bens ou serviços com fins lucrativos. [...] A sociedade é dotada de personalidade jurídica própria, o que significa dizer que é capaz de adquirir direitos e assumir obrigações por si mesma, sendo seu próprio patrimônio que, independente e destacado do patrimônio de seus sócios, responde por suas dívidas e obrigações. (BERTOLDI e RIBEIRO, 2015, p 160 e 161)

Assim sendo, os sócios estão protegidos pelo instituto da separação patrimonial; o patrimônio particular do sócio não se confunde com o patrimônio da sociedade, uma vez que a sociedade possui patrimônio próprio.

São espécies de sociedades empresárias as: a) Sociedade em nome coletivo (arts. 1.039 a 1.044); b) sociedade em comandita simples (arts. 1.045 a 1.051); c) sociedade limitada (arts. 1.052 a 1.087); d) sociedade anônima (arts. 1.088 e 1.089); e e) sociedade em comandita por ações (arts. 1.090 a 1.092), todos do Código Civil de 2002.

A EIRELI - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, é a personagem descrita no art. 980-A, do CC/02. Há separação do patrimônio pessoal do empreendedor, pessoa física, do patrimônio da sociedade, sendo o risco do exercício da atividade empresária limitado ao valor do capital mínimo, não inferior a 100 salários mínimos, devidamente constituídos. Cada pessoa só pode constituir apenas uma EIRELI. Segundo Gomes

A EIRELI passa a constituir alternativa para o exercício individual da empresa, porém por meio de uma pessoa jurídica em nome da qual serão desenvolvidas todas as atividades empresariais, e que figurará como exclusiva responsável por todas as obrigações assumidas, estando, no entanto, a sua responsabilidade, à semelhança do que já ocorre com as sociedades limitadas e anônimas, restritiva ao valor integralizado pelo titular, que a lei fixa em, no mínimo, o equivalente a cem vezes o maior salário mínimo vigente. (GOMES, 2013, p 38)

Portanto, a EIRELI é uma pessoa jurídica explorada por pessoa natural e por pessoa jurídica, e o empreendedor está amparado pelo instituto da separação patrimonial, salvo nas hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, descritas no art. 50 do CC/02.

Logo, a atividade empresária pode ser explorada pelo empresário individual, respondendo com seu patrimônio pessoal pelas obrigações decorrentes do exercício empresarial; pela sociedade empresária, em que há separação efetiva entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio dos seus sócios; e pela EIRELI, que também possibilita a efetiva separação patrimonial da pessoa jurídica

do patrimônio de seu titular.

Empresa é uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Porém, esta interpretação se dá através da análise do art. 966 do CC/02, que trouxe expressamente o conceito jurídico do empresário, deixando silente o conceito jurídico de empresa.

A atividade econômica está relacionada ao lucro. O lucro é o que impulsiona a empresa. É por ele que a empresa é criada, desenvolvida e estimulada. As pessoas constituem empresas para alcançá-lo. Nesse sentido, discorre André Luiz Santana Cruz Ramos em seu livro *Direito Empresarial Esquemático*

a empresa é uma atividade exercida com intuito lucrativo. Afinal, (...), é característica intrínseca das relações empresariais a onerosidade, (...). Ela indica também que o empresário, sobretudo, em função do intuito lucrativo de sua atividade, é aquele que assume os riscos técnicos e econômicos de sua atividade. (RAMOS, 2014, p 37)

Dessa forma, por ser ele a essência da criação dessa ficção, o empreendedor é o responsável pelos riscos decorrentes da exploração da atividade empresarial.

A organização, por sua vez, é a reunião dos fatores de produção para o exercício da atividade econômica. Assim, se para exercer a atividade econômica o sujeito reúne os fatores de produção, a atividade econômica será organizada, logo uma empresa. O empresário organiza os fatores de produção, o que não se confunde com o registro na Junta Comercial. Para Gomes

Assim, o elemento de empresa caracteriza-se com a organização racional dos fatores de produção. O empresário, como tal, atua na organização dos fatores de produção, incluindo-se aqui a organização de mão de obra, na pessoa dos agentes auxiliares da empresa, e dos demais fatores de produção reunidos em torno do estabelecimento empresarial. (GOMES, 2013, p 41)

Portanto, o empresário é o responsável por organizar os instrumentos necessários para o desenvolvimento da atividade.

A produção, segundo Gomes (2013, p 42) **“é toda atividade industrial, criadora e transformadora; já a circulação de bens é o comércio.”** Quem explora o comércio é um empresário. Importante mencionar que o comerciante não encontra mais dispositivo legal no direito brasileiro, pois foi substituído pelo empresário, (art. 4 Código Comercial de 1950, revogado); já os serviços, que **são a maior novidade do CC/02, foram incorporados através da teoria da empresa, conferindo aos prestadores de serviços a proteção do direito empresarial.** Esta atividade tornou-se importante nos dias atuais, pois reúne muitos postos de trabalho, além de tratar de atividade essencial na economia moderna. Nos dizeres de Ramos,

demonstra a abrangência da teoria da empresa, em contraposição à antiga teoria dos atos de comércio, a qual, (...), restringia o âmbito de incidência do regime jurídico comercial a determinadas atividades econômicas elencadas na lei. Para a teoria da empresa, em contra partida, qualquer atividade econômica poderá, em princípio, submeter-se ao regime jurídico empresarial, bastando que seja exercida profissionalmente, de forma organizada e com intuito lucrativo. Sendo assim, a expressão produção ou circulação de bens ou de serviços deixa claro que nenhuma atividade econômica está excluída, a priori, do âmbito de incidência do direito empresarial. (RAMOS, 2014, p 38)

Por isso, aquele que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, sendo que estes três últimos abrangem todas as atividades econômicas, a priori, está amparado pelo direito empresarial.

Sujeitos excluídos do direito empresarial

O Código Civil de 2002, trouxe de forma expressa quais são os sujeitos que estão alijados do direito empresarial. Nesse sentido, ele determinou que os profissionais que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística; as cooperativas; e os rurícolas, que optarem por não explorar uma empresa não são empresários e se submetem ao regime comum, vale dizer o direito civil.

Os intelectuais, ou profissionais liberais, se encontram no Parágrafo Único do art. 966, do CC/02, com a seguinte redação “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Verifica-se esta ressalva quando o intelectual agrega organização ao exercício de sua atividade, ou seja, a organização torna-se mais importante que a atuação pessoal do profissional. Nesse sentido, Ramos elucida que

A partir do momento que o profissional intelectual dá uma forma empresarial ao exercício de sua atividade (impessoalizando sua atuação e passando a ostentar mais a característica de organizador da atividade desenvolvida), será considerado empresário e passará a ser regido pelas normas do direito empresarial. (RAMOS, 2014, p 47)

É importante destacar os seguintes enunciados do Conselho da Justiça Federal, da III Jornada de Direito Civil de 2005, a saber: 193 “o exercício das atividades de natureza exclusivamente intelectual está excluído do conceito de empresa.”; 194 “os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.”; 195 “a expressão “elemento de empresa” demanda interpretação econômica, devendo ser analisada sob a égide da absorção da atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, com um dos fatores de organização empresarial.”

Ou seja, quando deixa prevalecer os elementos da empresa sobre a sua atividade pessoal, o intelectual será considerado um empresário, pois estará exercendo uma atividade econômica organizada. Dessa forma, será amparado pelo direito empresarial, usufruindo dos benefícios da separação patrimonial e dos benefícios fiscais.

Já as cooperativas estão previstas no Parágrafo Único do art. 982, do CC/02, com a seguinte redação “Independente de seu objetivo, considera-se empresária a sociedade por ações; e simples, a cooperativa”.

As cooperativas, por determinação legal, não exploram atividade econômica, independentemente se ela explora uma empresa. Ramos (2014, p 56), em sua doutrina, esclarece que “o legislador, por opção política, determinou que a cooperativa é sempre uma sociedade simples, pouco importando

se ela exerce uma atividade empresarial de forma organizada e com intuito de lucro”. Sendo assim, por não se enquadrar nos requisitos do 966, CC/02, a cooperativa será regida pelo direito comum e não usufruirá dos benefícios do direito empresarial.

Os rurícolas, por sua vez, estão descritos no art. 971, do CC/02, e possuem a faculdade de ser ou não empresários. *In verbis*

O empresário, cuja atividade rural constituía a sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro. (art. 971, CC/02)

Os rurícolas possuem a faculdade de se submeterem ao regime especial, empresarial, ou ao regime comum, civil.

Os enunciados do Conselho da Justiça Federal, da III Jornada de Direito Civil de 2005, estabelecem as seguintes diretrizes: 201 “o empresário rural e a sociedade empresária rural, inscritos no registro público de empresas mercantis, estão sujeitos à falência e podem requerer concordata.” 202 “o registro do empresário ou sociedade rural na Junta Comercial é facultativo e de natureza constitutiva, sujeitando-o ao regime jurídico empresarial. É inaplicável esse regime ao empresário ou sociedade rural que não exercer tal opção”.

É facultativa a escolha do regime jurídico aos rurícolas, caso eles desejem ser empresários, nesse caso devem-se cadastrar na Junta Comercial.

Para ser empresa, a atividade deve ser econômica e organizada. **Só a empresa e o seu** exercente terão acesso aos benefícios do direito empresarial. Logo, é fundamental saber se há ou não uma empresa. Se houver aplica-se ao direito especial, o direito empresarial. Se a atividade não for empresarial, aplicar-lhe-á o direito comum, vale dizer o direito civil. Se há uma empresa, há um empresário (empresário individual, sociedade empresaria, EIRELI) e haverá os benefícios do direito empresarial.

EIRELI

Objetivo da lei

A EIRELI é uma nova pessoa jurídica instituída e incluída no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 12.441, de 11 de julho de 2011. Essa lei incluiu o inciso VI ao art. 44, acrescentou o art. 980-A ao Livro II da parte especial e alterou o parágrafo único do art. 1.033, todos do CC/02. Esta lei possibilita à pessoa natural explorar de forma individual atividade econômica organizada, sem a necessidade de se juntar a outra pessoa para obter os benefícios da separação patrimonial, bem como da limitação da responsabilidade.

Antes da criação legislativa da EIRELI, o empreendedor só poderia explorar uma empresa como empresário individual, na qual todo o seu patrimônio responderia pelos riscos decorrentes da atividade empresária, ou como empresário coletivo, ou seja, empreendendo esforços em comum com no mínimo mais uma pessoa para obter os benefícios da limitação de sua responsabilidade junta-

mente com a separação do patrimônio particular do empresarial. Esta situação desestimulava os empreendedores a empregar capital e patrimônio para a exploração de alguma atividade.

A segunda opção, empreender esforços em comum com outrem, foi a opção mais escolhida pelos empreendedores, principalmente a sociedade limitada – LTDA - regida pelos art. 1.052 a 1.087 do CC/02, haja vista que esse tipo societário oferece mais vantagens para a exploração da atividade e para o próprio empreendedor. Em decorrência dessa característica os empresários utilizavam-se de terceiros que, na maioria das vezes, não possuíam vínculo com a atividade empresarial. Estes terceiros serviam apenas para compor os requisitos legais e formais - de no mínimo duas pessoas - que necessita o instituto para ser válido, configurando uma verdadeira fraude. Marlon Tomazette, em sua obra Curso de Direito Empresarial Teoria Geral e Direito Societário, volume 1, discorre que

Inicialmente deve-se destacar a importância dessa medida que segue uma tendência mundial e pode servir de grande incentivo a para a economia do país, além de eliminar ou ao menos diminuir a existência de expedientes fictícios que venham sendo usados para os mesmos objetivos. (...) o direito criou técnicas de limitação de responsabilidade para incentivar o desenvolvimento da própria economia, incentivando que as pessoas apliquem seus recursos em atividades econômicas produtivas, sem, contudo, correr riscos de perdas de seu patrimônio. Trata-se do corolário da livre iniciativa. (TOMAZETTE, 2014, p.54)

Dessa forma, o objetivo da criação da EIRELI foi evitar fraudes na constituição da LTDA, uma vez que permite ao empreendedor explorar a atividade empresarial de forma individual, contudo, gozando dos benefícios da separação patrimonial, bem como da limitação de sua responsabilidade decorrente dos riscos da atividade empresarial. Com isso, o legislador incentiva o empreendedorismo e a livre iniciativa, além de tornar os empresários individuais mais competitivos no mercado, movimentando, assim, a economia.

Característica da EIRELI

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI é a figura descrita no art. 980-A, CC/02. Possui natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado, em que **há separação do patrimônio pessoal do patrimônio empresarial, salvo as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica**, sendo o risco limitado ao valor do capital, de no mínimo 100 salários mínimos, devidamente constituídos. Cada pessoa só pode constituir apenas uma EIRELI, e a ela é facultado figurar como Microempresa – ME e Empresa de Pequeno Porte - EPP.

Natureza jurídica

Ao descreve-la no título II, que trata das pessoas jurídicas, em um inciso próprio, inciso VI, do art. 44, do CC/02, o legislador conferiu à EIRELI natureza jurídica de pessoa jurídica de direito privado. A EIRELI é um novo ente jurídico personificado, não possuindo, pois, natureza jurídica de sociedade empresarial. Reza Frederico Garcia Pinheiro, em seu artigo científico, EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA, publicado na revista da OAB do Estado de Goiás

A EIRELI não tem natureza jurídica de sociedade empresarial, ao contrário do que muitos ainda defendem, mas trata-se de uma nova categoria de pessoa jurídica de direito privado,

que também se destina ao exercício da empresa. (PINHEIRO,2012)

Logo, analisa-se que a EIRELI é um novo instituto, autônomo, do ordenamento jurídico brasileiro, incluído no art. 44 do CC/02, pela Lei 12.441/11, e possui personalidade jurídica de pessoa jurídica de direito privado.

Limitação da responsabilidade

A limitação da responsabilidade da EIRELI é o um dos maiores benefícios que o instituto oferece ao empreendedor. A EIRELI, como instituto, que possibilita à pessoa natural exercer sua atividade empresária sem a necessidade de empreender esforços em comum com outro sócio. Ela admite que a pessoa natural, por meio da criação de um CNPJ, possa explorar sua atividade delimitando seu risco, em princípio, ao patrimônio destinado ao exercício empresarial, resguardando, assim, o seu patrimônio pessoal.

O empresário que pretende exercer atividade empresária busca segurança patrimonial para que possa desenvolver a atividade delimitando os seus riscos. A possibilidade de destinar parte de seu patrimônio para o exercício da atividade e resguardar o seu patrimônio particular dos riscos decorrentes da atividade gera segurança.

Ramos, 2014, pgs 40 e 41, descreve duas figuras jurídicas, a saber, a figura do empresário individual de responsabilidade limitada e a sociedade limitada unipessoal, às quais ele faz alusão dizendo que a figura criada pelo legislador se assemelha a elas. O Autor elucida que as figuras por ele mencionadas permitiriam que um empreendedor, de forma individual, exerça profissionalmente atividade econômica organizada, com sua responsabilidade limitada, em princípio, ao capital inicial investido para a exploração daquela atividade, resguardando, assim, seu patrimônio particular de suprir eventuais riscos decorrentes do exercício da atividade. Dessa forma, os credores poderiam se valer do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica, se presentes seus requisitos, para verem seus direitos satisfeitos. Nesse sentido, também discorre Pinheiro

Sem dúvida alguma, a limitação da responsabilidade é a grande vantagem em se constituir uma pessoa jurídica de direito privado da espécie EIRELI. Essa limitação da responsabilidade é possibilitada pela separação ou afetação do patrimônio relacionado a referida pessoa jurídica, que com a criação desta não mais será confundido com o patrimônio próprio da pessoa criada. A criação da pessoa jurídica, automaticamente, promove a separação dos patrimônios. (PINHEIRO, 2012)

Portanto, a limitação da responsabilidade do empreendedor é um estímulo fornecido pelo legislador às pessoas que desejam explorar atividade empresária. Pois fornece segurança para que elas possam investir seu capital e seu patrimônio para exercer a atividade, mas de forma tal que seu patrimônio particular fique resguardado dos eventuais riscos de sua atividade.

Desconsideração da personalidade jurídica

Descrita no art. 50 do CC/02, a desconconsideração da personalidade jurídica determina que, quando presente desvio de finalidade do ente personificado ou a confusão patrimonial entre o ente e aquele(s) que o instituiu (iram), restará caracterizado abuso de personalidade. Caso haja inadimplemento

por parte do ente, em decorrência de seu exercício, a responsabilidade pelo adimplemento da obrigação passará para aquele (s) que a instituiu (iram), *in verbs*:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (Art. 50, CC/02)

Logo, caso a EIRELI se enquadre em uma das hipóteses em que cabe a desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que ocorreu desvio de finalidade ou confusão patrimonial, cabe ao credor exercer seu direito de ação e mover o judiciário, requerendo que se aplique a desconsideração da personalidade jurídica de forma a recair os ônus da obrigação da EIRELI sobre o patrimônio particular da pessoa que a instituiu. Dessa forma, a desconsideração é episódica e incidental, pois ocorre no bojo do processo e depende de prova do abuso.

O desvio de finalidade configura-se quando a atividade for direcionada a fins diversos para o qual foi constituída. A Confusão patrimonial se caracteriza, no caso da EIRELI, quando ela e o empreendedor, que a instituiu, tornam-se uma única pessoa. As contas se misturam. O empreendedor faz dela um prolongamento de sua pessoa física, em manifesto abuso de personalidade.

Nesse sentido, por ser a desconsideração da personalidade jurídica hipótese de se transferir para o responsável pelo ente a responsabilidade pelo adimplemento de obrigações, vale ressaltar que, de acordo com o art. 389, do CC/02, que versa sobre o inadimplemento das obrigações, observa-se que, em regra, todo aquele que não adimplir com sua obrigação fica obrigado a reparar o credor pelas perdas e danos, *in verbis*, “ não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogados.” Ou seja, a pessoa responsável pela EIRELI responde ilimitadamente até o valor do capital investido.

Insta expor, também, que em relação às dívidas fiscais, são aplicadas a desconsideração da personalidade jurídica ou a responsabilização direta, que depende da ilegalidade, isto é, infração à lei, ou ao contrato ou a excesso de poder.

Outro mecanismo para imputar aos sócios dívida da sociedade é a Súmula 435 do STJ, da qual se presume que, havendo dissolução irregular da sociedade, configura-se infração à lei. *In verbis*, “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. ” Corroborando com a possibilidade de ser aplicada a EIRELI hipóteses legais que permitem a transferência da responsabilidade pelo adimplemento das obrigações da pessoa jurídica para quem a instituiu, Pinheiro, 2012, explica:

Logo, verificados os pressupostos do art. 50 do Código Civil ou de outros permissivos legais, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser aplicada à EIRELI e, eventualmente, responsabilizar e atingir o patrimônio pessoal de seu administrador ou criador, dependendo do caso concreto, até mesmo porque “aplicam-se as regras previstas para as sociedades limitadas” (§ 6º do art. 980-A do Código Civil). (PINHEIRO, 2012)

Em dinâmica forense, na desconsideração da personalidade jurídica não há extinção, ou anulação, ou supressão da personalidade. Dentro do processo o juiz não considera o instituto personificado juridicamente, ou seja, é episódica, os efeitos daquela relação discutida serão imputados aos seus responsáveis somente quando presentes as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica. Na EIRELI a responsabilidade limitada é da pessoa que a constituiu e a responsabilidade da EIRELI é ilimitada para cobrir os riscos por ela experimentados.

Capacidade para ser titular de EIRELI

O §2º do art. 980-A dispõe que a pessoa natural poderá figurar uma única EIRELI, *in verbis*, “A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.”

Inicialmente o antigo Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC), substituído pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI), órgão responsável pela elaboração do MANUAL DE REGISTRO EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - EIRELI, estabeleceu que “não pode ser titular de EIRELI a pessoa jurídica, bem assim a pessoa natural impedida por norma constitucional ou por lei especial”, nas Instruções Normativas nº 117, de 22 de novembro de 2011 do DNRC, e DREI nº 10, de 2013, alterada pela Instrução Normativa DREI nº 26, de setembro de 2014, e em seus tópicos 1.2.11. Corroborando com esse entendimento, foi editado o Enunciado 468 da V Jornada de Direito Civil, afirmando que “a empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural”.

Assim, de acordo com as Instruções Normativas supramencionadas, conjugadas com o enunciado, analisa-se que, a priori, a EIRELI poderia ser constituída apenas por pessoa natural, haja vista que o instituto foi criado para beneficiar os empreendedores que desejavam explorar uma atividade de forma que o seu patrimônio pessoal não arcasse com os ônus decorrentes do exercício empresarial. Nesse sentido, discorre Tomazette

Pela própria destinação da EIRELI a pequenos e médios empreendimentos é natural que esse sujeito seja uma pessoa física que queira exercer uma atividade empresarial sem comprometer todo o seu patrimônio pessoal. Trata-se de uma ferramenta muito útil para a pessoa física exercer a empresa, limitando os riscos de perda do patrimônio. (TOMAZETTE, 2014, p. 60)

Entretanto, desde a criação legislativa da EIRELI tal entendimento sempre foi alvo de grande divergência doutrinária, uma vez que no corpo do art. 980-A não há uma delimitação, ou determinação expressa de quem pode constituir uma EIRELI, ficando vaga e ambígua a interpretação da redação do artigo. Insta salientar, também, que à EIRELI, de acordo com o §6º do art. 980-A, aplicam-se, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas, podendo assim, a EIRELI ser constituída também por pessoa jurídica. A doutrina de Tomazette diz que

Todavia, diante da positivação da EIRELI no Brasil não vemos qualquer impedimento. Embora normalmente ligada a pessoas físicas, nada impede no nosso ordenamento jurídico que a EIRELI seja constituída também por pessoas jurídicas, inclusive as de fins não empresariais para exercício de atividades lucrativas subsidiárias. Isso é o que se depreende do próprio Caput do art. 980-A que diz que a EIRELI “será constituída por uma única pessoa” sem especificar ou delimitar. Outrossim, a restrição constante no

§2º segundo o mesmo artigo 980-A dirigida especificamente as pessoas físicas, mostra que essa não é a única possibilidade de constituição da EIRELI. Ademais, reitere-se que a aplicação das regras atinentes às sociedades limitadas, corrobora a possibilidade de titularidade por uma pessoa jurídica. Apesar disso, reconhecemos que tal expediente será muito mais útil às pessoas físicas. (TOMAZETTE, 2014, p 62)

Em que pese à grande divergência doutrinária sobre a possibilidade de instituição de uma EIRELI por pessoa jurídica, no DREI recentemente, a Instrução Normativa N° 38, de 02 de março de 2017, que revogou a Instrução Normativa DREI n° 26, de setembro de 2014, trouxe nova interpretação ao instituto EIRELI, informando, em seu tópico 1.2.5, que pode ser titular de EIRELI, desde que não haja impedimento, o maior de dezoito anos, brasileiro (a) ou estrangeiro (a), que estiverem em pleno gozo da capacidade civil; o menor emancipado; e pessoa jurídica nacional ou estrangeira.

Porém, o §2º do art. 980-A, do CC/02, preconiza que “ a pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade”. Todavia, a Instrução Normativa N° 38, de 02 de março de 2017, continua silente quanto a essa norma. Ou seja, mesmo com a ampliação do quadro dos sujeitos que podem figurar como EIRELI, a pessoa que a institui, seja física ou jurídica, só poderá figurar em uma empresa dessa modalidade.

Partindo da análise do princípio constitucional da legalidade, expresso no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, entende-se que ao particular é permitido fazer tudo o que não está expressamente proibido em lei. Dessa forma, é plenamente cabível a constituição de EIRELI por pessoa jurídica pois não há vedação expressa na legislação pátria que a impeça.

Essa nova interpretação dada ao instituto configura mais um instrumento de incentivo do Estado para aumentar a economia nacional, pois possibilita o ingresso de novos empreendedores, nacionais e internacionais, ao mercado interno do país de forma regular, o que gera maior controle pelo Estado do exercício empresarial, além de aumentar a fiscalização e a arrecadação tributária.

Nome empresarial

O nome empresarial está disposto do art. 1.155 ao 1.168, do CC/02, e destina-se a identificar o sujeito da atividade. Existem duas modalidades do nome empresarial, a firma e a denominação. A EIRELI, de acordo com o §1º do art. 980-A, possui a faculdade de optar por uma das duas modalidades, *in verbis*, “O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada. ”

A firma ou razão social é composta pelo nome dos sócios precedido da modalidade societária por eles escolhidos. Além de identificar o sujeito da atividade, ela possui a função de servir como assinatura. Outra não é a compreensão de Ramos

A firma que pode ser individual ou social, é espécie de nome empresarial, formada por um nome civil - do próprio empresário, no caso de firma individual, ou de um ou mais sócios, no caso de firma social. (...). Destaca-se ainda que, na firma, pode ser indicado o ramo de atividade. (...). Trata-se, portanto, de uma faculdade, nos termos do art. 1.156, parte final, do Código Civil, que dispõe claramente que o titular da firma pode aditar, se

quiser, expressão que designe a forma mais precisa sua pessoa ou sua atividade. (...) a firma, seja individual ou social, além de identificar o exercente da atividade empresarial como sujeito de direitos, exerce a função de assinatura do empresário ou da sociedade empresária, respectivamente (RAMOS, 2014, p 86)

Ou seja, a firma funciona para identificar o sujeito de atividade, quem exerce a atividade, para que os credores saibam de quem eles devem realizar a cobrança. Funciona, também como assinatura do empresário ou sociedade empresaria, dessa forma, o empreendedor deve assinar os recibos e os documentos da mesma forma em que é escrito o seu nome empresarial.

A Denominação social, por sua vez, é formada por uma palavra fantasia e outra ligada à atividade explorada. Não possui função de assinatura. Para Ramos

A denominação, que só pode ser social – o empresário individual somente opera sob firma-, pode ser formada por qualquer expressão linguística (o que alguns doutrinadores chamam de *elemento fantasia*) e a indicação do objeto social (ramo de atividade), esta obrigatória. (RAMOS, 2014, P 86)

A denominação possui, tão somente, a função de identificação de que explora a atividade. Ao assinar os recibos e os documentos, o administrador deverá assinar com seu nome civil.

Dessa forma, o nome empresarial da EIRELI pode ser escrito como firma - o nome do empreendedor depois a sigla EIRELI - ou por denominação - nome fantasia mais outra ligada a atividade depois a sigla EIRELI. É importante a presença da sigla EIRELI para que os credores identifiquem que a responsabilidade do empreendedor individual é limitada e que há a separação do patrimônio particular do empresarial.

Regime tributário diferenciado

Por força do §6º do art. 980-A, do CC/02, *in verbis*, “aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”, a EIRELI pode figurar como microempresa – ME - ou empresa de pequeno porte – EPP. É defeso à EIRELI figurar como microempreendedor, pois esta modalidade é destinada apenas aos empresários individuais, que respondem pelo exercício da atividade com todo o seu patrimônio, e não existe distinção entre o patrimônio particular e o destinado ao exercício da empresa. Nesse sentido, versa Pinheiro, 2012:

Noutro giro, independente da sua receita bruta, a “empresa individual de responsabilidade limitada”, por se tratar de pessoa jurídica, não pode se beneficiar das regras específicas do microempreendedor individual (MEI) a que se refere o art. 68 da Lei complementar n. 123/2006, pois esse último dispositivo tem aplicabilidade restrita a pessoas naturais. (PINHEIRO, 2012)

Dessa forma, a EIRELI, por serem a ela aplicadas subsidiariamente as regras para as sociedades limitadas, pode, desde que estejam presentes os pressupostos legais, se enquadrar como microempresa ou empresa de pequeno porte, bem como optar pelo simples nacional.

O tributo é uma prestação pecuniária cobrada compulsoriamente pelo Estado. Esse valor arrecadado é destinado ao custeio da previdência, dos juros da dívida externa e das políticas públicas. O intuito do Estado, ao dar incentivos fiscais, é fazer com que as empresas informais se regularizem perante as juntas comerciais, e assim arrecadar mais tributos para financiar os direitos fundamen-

tais e o orçamento público. São espécies de incentivos fiscais para a EIRELI figurar-se como ME ou EPP, bem como optar pelo SIMPLES NACIONAL.

O art. 3º do Código Tributário Nacional traz em seu corpo a definição legal de tributo, a saber, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo o valor nela possa se exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Compreende-se que os elementos do art. 3º são respectivamente a prestação pecuniária, ou seja, dinheiro, e, em uma interpretação estendida, bens e serviços que se possa exprimir um valor pecuniário. Que a arrecadação de tributo não constitui sanção de ato ilícito, ou seja, a cobrança do tributo é lícita e uma obrigação constitucional. Já a sanção é penalidade imposta a quem não cumpre as regras estabelecidas pela legislação pátria sendo instituída em lei. Portanto, só a lei complementar ou medida provisória, depois de convertida em Lei Complementar, pode instituir, aumentar e reduzir impostos. Por fim, é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, dessa forma cada tributo possui destinação específica.

O Superior Tribunal Federal adota a teoria da penta partição, que dispõe sobre a existência de cinco espécies de tributos, a saber: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimo compulsório e contribuições especiais.

O art. 179, da Constituição Federal de 1988, estabelece que

a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. (Art. 179, CF/88)

As MEs e EPPs são incentivos fiscais fornecidos aos microempresários, que garantem a maior parte da receita bruta econômica do país. Logo, essas microempresas merecem proteção estatal para que possam explorar suas atividades, gerando, assim, mais postos de empregos e consequentemente aumento a arrecadação tributária de cada ente federado, e de suas respectivas entidades da administração pública indireta. Coaduna com este entendimento o Autor Ricardo Alexander, em sua obra *Direito Tributário Esquematizado*

No que concerne às empresas, a diferença de capacidade contributiva entre, de um lado, as microempresas e empresas de pequeno porte e, de outro, as médias e grandes empresas já justificaria o tratamento diferenciado. Quando se analisa o fato de o primeiro grupo ser responsável pela geração da maioria dos empregos no País e necessitar da proteção do estado para que consiga concorrer numa economia de mercado, reforça-se a conclusão de que foi acertada a decisão do legislador constituinte, ao incluir no art. 179 da Constituição Federal a regra. (ALEXANDRE, 2014, p. 667/668)

Portanto, o MEI, o ME e EPP são incentivos fiscais fornecidos pelos entes federados para estimular o exercício da atividade econômica no país. Não podem ser interpretados como formas diferenciadas de exercício da atividade empresarial, mas sim como tratamentos diferenciados, simplificados destinados aos microempreendedores para que eles possuam subsídios para exercerem a atividade econômica organizada, como intuito lucrativo e gerarem, assim, mais postos de empregos e con-

sequentemente, ampliarem seus negócios, gerando maior arrecadação tributária. Nesse sentido, corrobora o autor Gomes

As microempresas e empresas de pequeno porte não podem ser consideradas, por si só, formas diferenciadas de exercício da atividade empresarial, tampouco tipos societários distintos, configurando-se como instrumentos de exercício (individual ou coletivo, conforme o caso) da atividade empresarial, conforme exposto anteriormente, e caracterizando os seus privilégios legais unicamente numa forma de incentivo à atividade empresarial no país, em conformidade com as diretrizes políticas enunciadas no art. 179 da CF/88. (GOMES, 2013, p. 51)

Sendo assim, esses institutos são instrumentos que visam incentivar os microempreendedores a ingressar no mercado econômico no país, aumentando a receita bruta dos entes federados por meio do aumento de arrecadação advinda dos seus exercícios empresariais.

A Lei Complementar 123/2006 dispõe sobre o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Essa Lei Complementar institui o sistema uno de arrecadação tributária e também dá provimento acerca do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, bem como do acesso ao crédito e ao mercado. Ela determina que para se enquadrar como microempreendedor individual – MEI –, o faturamento anual deve ser de até R\$ 60 mil e este pode, também, se ajustar ao simples nacional. As microempresas devem apresentar o faturamento anual de até R\$ 360 mil; e a empresa de pequeno porte deve ter faturamento anual de até R\$3,6 milhões. As últimas são reguladas pela legislação complementar 139/2011.

Em seu Capítulo II, no art. 3º, a Lei Complementar 123 de 2006 define que a sociedade empresaria, a sociedade simples, e a EIRELI, devidamente registradas no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas desde que respeitado o limite de receita bruta por ano-calendário pode figurar como ME ou EPP. O parágrafo 1º, deste artigo define, para efeitos desta Lei Complementar, que a receita bruta é o resultado da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. **Já o §2º dispõe que a forma de** calcular essa receita bruta será proporcional ao número de meses em que tiver exercido a atividade.

O §4º, do art. 3º, dispõe as pessoas jurídicas impedidas de figurar como ME e EPP para nenhum efeito legal. Contudo, apenas os incisos I, III, IV, V, e VII serão aplicados a EIRELI, a saber, I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica; III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite do que trata o inciso II do caput deste artigo; V – cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; VII – que participe do capital de outra pessoa jurídica; E o seu §6º dispõe que a empresa, inscrita como ME

ou EPP, incorrer em uma das hipóteses mencionadas, no mês seguinte será excluída desse tratamento diferenciado.

Compreende-se que os presentes institutos são destinados a incentivar o micro empreendimento e não o macro empreendimento. E quando a empresa que se enquadrar, e já se revestir dessa roupagem, incorrer em uma das hipóteses do §4º será imediatamente excluída do tratamento jurídico diferenciado fornecido pelos entes federados. Corroborando com o supramencionado, Ramos discute acerca do tema

A atual Lei Geral das MEs e EPPs restringe o seu campo de atuação, sempre com o intuito de realmente só beneficiar os pequenos empreendimentos. Veja-se que, de fato, os incisos acima transcritos descrevem situações em que se pressupõe um empreendimento mais organizado e, portanto, não merecedor do tratamento privilegiado que a lei confere. Tanto que a própria também prevê que caso um certo empreendimento qualificado como ME ou EPP venha incorrer numa das mencionadas situações, a empresa será automaticamente excluída do regime diferenciado da lei. (RAMOS, 2014, p. 796)

Dessa forma, se a empresa posteriormente vem a preencher novamente os requisitos para os institutos ME e EPP, poderá novamente usufruir dos benefícios e incentivos fornecidos pelos entes da federação brasileira.

O art. 9º, §1º, da referida Lei Complementar, por sua vez, dispõe sobre as dispensas acerca do arquivamento dos atos constitutivos das sociedades, MEs e EPPs, bem como o arquivamento de suas alterações, a saber: I – Certidão de inexistência de condenação criminal, que será substituída por declaração do titular ou do administrador, firmadas sob as penas da lei, de não estar impedido de exercer atividade mercantil ou a administração de sociedade, em virtude de condenação criminal; e II – prova de quitação, regularidade ou inexistência de débito referente a tributo ou contribuição de qualquer natureza.

Os arts. 57, 58 e 59 da Lei Complementar em questão versam acerca das regras especiais de incentivos financeiros e creditícios que as microempresas e empresas de pequeno porte possuem em relação a terceiros. Esse incentivo procura estimular a atividade empresária no mercado interno do país, uma vez que são as microempresas e empresas de pequeno porte que geram mais receita para a economia do país. Coaduna da presente interpretação o auto Ramos, em sua obra,

A lei se preocupou, portanto, em propiciar a criação de linhas de crédito especiais para atender às necessidades creditícias dos microempresários de pequeno porte, com juros mais baixos, dispensa de prestações de garantias etc. Além disso, a lei determina que as instituições oficiais referidas no art. 58 não apenas concedem o crédito, mas que também atuem, junto com as entidades de apoio e representação das MEs e EPPs, na tentativa de lhes propiciar mecanismos de treinamento, desenvolvimento gerencial e capacitação tecnológica (art. 59). Conforme o dito popular “não se deve dar o peixe, mas ensinar a pescar”. (RAMOS, 2014, p. 820)

O Art. 62 versa sobre a responsabilidade do Banco Central do Brasil. A sessão III do capítulo IX, desta Lei Complementar dispõe sobre as condições de acesso aos depósitos especiais do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT - para facilitar o acesso ao crédito, em seu art. 63.

Analisa-se, portanto, que a CF/88 determina que Lei Complementar estabeleça as diretrizes que versem sobre o tratamento jurídico, tributário, administrativo, previdenciário, trabalhista, credi-

tício e de desenvolvimento empresarial diferenciado, destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, visando incentivá-las a ingressarem no sistema econômico do país. Para isso, se articula todo o sistema bancário pátrio, e os bandos devem atuar conjuntamente com às entidades de apoio e representação das MEs e EPPs, a fim de proporcionar treinamentos e desenvolvimento gerencial e capacitação tecnológica para as empresas que optem por esse sistema de tratamento simplificado, favorecido e diferenciado.

Simples Nacional

O Estado, como um todo, e ente paternalista, confere prerrogativas especiais às ME e EPPs. Ele estimula a atividade empresarial e oferece mecanismos que incentivam o seu exercício. A Reforma Tributária, trazida pela Emenda constitucional 42/2003, acrescentou a alínea *d* ao inciso III do art. 146, da CF/88, determinando que o tratamento diferenciado estabelecido pelo art. 179 da CF/88, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do ICMS, das contribuições previdenciárias do empregador, de empresa ou entidade a ela equiparada na forma da lei, e da contribuição PIS/Pasep, seja feito através de Lei Complementar. E esta foi editada em 2006, sob o nº 123, que criou o Simples Nacional.

O parágrafo único do art. 146 da CF/88 dispõe sobre a possibilidade de a Lei Complementar instituir um sistema único de arrecadação dos impostos dos entes federados, *in verbis*, “Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, *d*, também poderá instituir em regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do distrito Federal e dos Municípios, observado que: I – será opcional para o contribuinte; II – poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciado por Estado; III – o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; IV – a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes”.

De acordo com Alexandre, 2014, p. 670, o Simples Nacional é um regime de tratamento diferenciado e favorecido fornecido para as microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das arrecadações tributárias perante os entes federados. Essas empresas ao invés de recolher diversos tributos dos entes federados, efetuaram o recolhimento em uma guia una com a aplicação de percentual progressivo sobre sua receita bruta. E esse tipo de arrecadação tributária não é interessante para as empresas que possuam folha de pagamento pequena, haja vista ser o intuito do instituto proporcionar que o valor recolhido seja menor que a soma dos valores que seriam pagos no caso de não adoção da sistemática do simples nacional.

Logo, o simples Nacional é um incentivo fiscal, fornecido pelos entes federados, para que se tenha uma redução dos valores recolhidos a título de tributos, mas de maneira unificada, aplicando percentual progressivo em cima da receita bruta da sociedade. De forma a incentivar as empresas que preencham os requisitos financeiros das MEs e EPPs a se regularizarem perante os órgãos competentes de registro de empresas para se beneficiarem do tratamento simplificado, favorecido e diferenciado fornecido pelos institutos, supramencionados, bem como usufruir os benefícios do

Simple Nacional.

Alexandre, 2014, p 670, define o Simple Nacional como um regime jurídico simplificado e favorecido, tendente a reduzir a burocracia e a carga tributária a que estão submetidas as microempresas e empresas de pequeno porte do País. Esse também é o entendimento de Ramos

A prerrogativa concedida aos pequenos empreendimentos optantes pelo SIMPLES consistia na possibilidade de pagamento de diversos tributos mediante recolhimento **único mensal, o que, a um só tempo, diminuía a carga tributária e eliminava certas exigências burocráticas decorrentes da arrecadação fiscal.** (RAMOS, 2014, p. 793)

São tributos sujeitos aos Simple Nacional, de acordo com Alexandre, 2014, p 684: a) Imposto sobre renda de pessoa jurídica (IRPJ); b) Imposto sobre produtos industrializados (IPI); c) Contribuição social sobre lucro líquido (CSLL); d) Contribuição para o financiamento da seguridade social (Cofins); e) contribuições para PIS/Pasep; f) Contribuição patronal previdenciária – CPP para a seguridade social a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e empresa de pequeno porte que se dediquem às atividades de prestação de serviços: I construções de imóveis e obras de engenharia em geral, inclusive sobre a forma de sub empreitada, execução de projetos e serviços de paisagismo, bem como decoração de interiores; e II – serviço de vigilância, limpeza e conservação; g) Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS); e h) Imposto sobre serviço de qualquer natureza (ISS).

Portanto, a redução da carga tributária e a desburocratização das exigências da arrecadação fiscal foram uma forma de o estado chamar os empreendedores a regularizarem suas atividades nos órgãos competentes, pois assim, ele tem mais controle fiscal sobre a receita das empresas e possui mecanismos que permitem que ele aumente sua receita tributária para fazer caixa para arcar com as despesas da máquina pública, de manutenção das políticas públicas e o pagamento dos juros da dívida externa do país, além de alcançar superávit primário.

ENTRAVES DO CAPITAL DA EIRELI

O capital social é a tradução em moeda nacional dos valores ou dos bens que serão destinados para iniciar o exercício da atividade, articular os fatores de produções e ainda atuar como garantia, perante terceiros, em relação às dívidas adquiridas em decorrência da exploração da atividade. Ele não se confunde com o patrimônio social da empresa, que consta do conjunto de bens e direitos pertencentes à empresa. Sendo coincidentes, na maioria das vezes, quando da constituição da empresa. Nesse sentido discorre Bertoldi

O capital social faz parte da essência da sociedade empresária, significa a tradução em moeda nacional dos valores ou bens que os sócios transferem ou se obrigam a transferir à sociedade quando da sua constituição, valores e bens estes que serão empregados na consecução dos objetivos sociais e sem os quais a sociedade jamais atingiria os fins almejados por seus criadores. (...) O capital social não se confunde com o patrimônio social, que é formado pelo conjunto de bens e direitos pertencentes à sociedade empresária. Raramente os dois são coincidentes, a não ser no ato de sua constituição. A partir do momento em que a sociedade empresária começa a operar, há despesas, gastos e perdas que poderão diminuir o seu patrimônio, ou ainda ganhos que venham a aumentá-lo, permanecendo, entretanto, intacto o capital social. (BERTOLDI, 2015, p 167)

Essa monta inicial, também, serve como garantia para o próprio empreendedor de que a sua responsabilidade está limitada a esse valor, ficando assim o seu patrimônio particular protegido dos riscos decorrentes do exercício da atividade empresarial, ressalvadas as hipóteses abuso de personalidade e confusão patrimonial.

De acordo com a parte final do caput do art. 980-A, é necessário para o empreendedor, que deseje constituir uma EIRELI, dispor de 100 vezes o valor do maior salário mínimo vigente no país, totalmente integralizado, no ato da constituição. *In verbis* “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”. No corrente ano de 2017, de acordo com o DECRETO Nº 8.948, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2016, publicado no Diário Oficial da União, no dia 30 de dezembro de 2016, o salário mínimo vigente no país é de R\$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais). Logo, o empreendedor deverá ter no momento em que for constituir sua EIRELI o montante de R\$ 93.700,00 (noventa e três mil e setecentos reais).

Esta imposição de um valor determinado para o capital, totalmente integralizado, no ato de constituição prejudica os empreendedores que desejam gozar dos benefícios que o instituto proporciona. A saber, a separação do patrimônio pessoal do empresarial, uma delimitação da responsabilidade, a priori, do administrador ou empreendedor para adimplemento dos ônus suportados pela atividade, este é afetado somente se presentes as hipóteses de abuso de personalidade, deixando, assim, apenas ilimitada a responsabilidade da própria EIRELI, dentre outros. Nesse sentido, discorre Pinheiro

Com a fixação de um piso para o capital inicial, o dispositivo parece ter visado evitar que pequenos negócios gozassem da possibilidade de limitação da responsabilidade. O raciocínio é que somente fazem jus à limitação da responsabilidade aqueles que demandem capital inicial superior a 100 (cem) salários mínimos. (PINHEIRO, 2012)

Dessa forma, aquelas pessoas, com *animus* de empreender uma atividade de forma segura, resguardando seu patrimônio pessoal, que não possuem o referido montante integralizado no ato de constituição ficam alijadas dessa tutela legal.

Outro ponto. Não é preciso que se altere o valor do capital, uma vez já constituído, sempre que o valor do salário mínimo for modificado, pois o capital é um valor fixo, imóvel e somente alterado quando oportuno e conveniente ao empreendedor. Sobre o tema foi editado o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Comercial, com a seguinte redação, “uma vez subscrito e efetivamente integralizado, o capital da empresa individual de responsabilidade limitada não sofrerá nenhuma influência decorrente de ulteriores alterações n o salário mínimo”.

O Partido Popular Socialista – PPS -, propôs a ADI nº 4637, perante o Supremo Tribunal Federal – STF -, para declarar a inconstitucionalidade dessa delimitação em no mínimo 100 (cem) salários mínimos, sob o fundamento que é vedada a **vinculação do salário mínimo para qualquer fim**, de acordo com o art. 7º, inciso IV da CF/88, bem como na ofensa a livre iniciativa estabelecida no art. 170, da CF/88, pois “representa um claro cerceamento à possibilidade de abertura de empresas

individuais de responsabilidade limitada por pequenos empreendedores”; e por fim, fundamenta que essa redação fere o princípio isonômico, pois tal restrição não é imposta aos outros tipos de pessoas jurídicas. Para Pinheiro, apenas a última fundamentação é válida. Nesse sentido discorre Pinheiro em sua obra

Aliás, a quebra da isonomia é o único fundamento coerente da ADI n. 4637, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, visando seja declarada a inconstitucionalidade da exigência de capital inicial mínimo para a constituição da EIRELI. (PINHEIRO, 2012)

Entretanto, é válida, também, a fundamentação acerca da violação ao princípio da livre iniciativa. Uma vez que o objetivo da Lei 12.411/11, a priori, foi de fornecer, ao empresário que almeje explorar uma atividade individualmente os benefícios do direito empresarial, e também a possibilidade de a EIRELI figurar como ME ou EPP. Na maioria das vezes, o empreendedor não possui o valor de tamanha monta exigida pela referida legislação, optando, assim, por explorar a atividade de forma irregular ou até nem explorar a atividade, o que gera perdas significativas para a ordem econômica nacional.

No dia 22 de novembro de 2016 foi juntado aos autos do processo o mandado de intimação do Presidente da República, na pessoa da Secretária – Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União, Isadora Maria Belém Rocha Calixto de Arruda. Aguarda-se, até a presente data, o resultado da referida ADI. Analisar qual a proposta de solução por ela apresentada.

Aplicação das regras da constituição do capital da LTDA na EIRELI

As regras da constituição do capital social da LTDA estão dispostas no inciso III do art. 997 c/c o art. 1.055 e ss do Código Civil de 2002. A constituição do capital social da sociedade limitada pode ser feita por pecúnia e/ou por bens e, não possui a ressalva quanto ao montante inicial como requisito para a constituição da sociedade. No ato da constituição da empresa ele não precisa estar totalmente integralizado, podendo estar apenas subscrito, desde que informe o saldo remanescente a ser constituído e o prazo que o sócio possui para realizá-lo.

Como já visto, as regras para a constituição do capital da EIRELI são basicamente o empreendedor possuir valor não inferior a cem vezes o salário mínimo vigente no país no momento em que for constituir a empresa. Já a constituição do capital social da LTDA possui vários requisitos a serem cumpridos, dessa forma segue a análise da aplicação dos requisitos da constituição do capital da LTDA, na EIRELI.

A primeira norma a ser aplicada na EIRELI, de acordo com o inciso III do art. 997 do Código Civil de 2002 é a forma de se constituir o capital por meio de composição por dinheiro ou em bens, sem a fixação do valor mínimo a ser dispensado quando do registro da empresa. No que tange à integralização com bens, as Instruções Normativas nº 117, de 22 de novembro de 2011 do DNRC, e DREI nº 10, de 2013, alterada pela Instrução Normativa DREI nº 26, de setembro de 2014, e em seus tópicos 1.2.16, e Instrução Normativa Nº 38, de 02 de março de 2017, em seu tópico 1.2.9 possibilitam que a EIRELI integralize o capital com bens suscetíveis de avaliação pecuniária e

com cotas de outras sociedades. Mas vedam a contribuição ao capital, que, consista em prestação de serviços, bem como utilização de acervo de empresário, para composição do capital de EIRELI já existente, sob pena de cancelamento da inscrição de empresário, que será feito concomitantemente com o processo de arquivamento da alteração da EIRELI.

Contudo, a Instrução Normativa vigente, N° 38, em relação ao montante inicial mantém que o capital, devidamente integralizado, não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país, e que ele deverá ser totalmente integralizado no momento da constituição da EIRELI.

Aplicando-se essa regra da LTDA, o empreendedor que não possuir o montante de R\$93.700,00 (noventa e três mil e setecentos reais) no ato da constituição da EIRELI, mas que possuir bem do qual possa ele dispor, poderá se valer desse bem para constituir o capital não se limitando a um valor mínimo de subscrição no momento da constituição da empresa.

A segunda norma é a do §1º do art. 1.055 do Código Civil de 2002, que dispõe sobre a responsabilidade solidária dos sócios sobre a exata estimação dos bens conferidos ao capital social, até o prazo de 05 anos da data do registro da sociedade. Como no caso da EIRELI só existe a figura do empreendedor, ficaria este responsável pelo valor dos bens destinados à constituição do capital pelo prazo de 05 anos a contar da data do registro da empresa. Hipoteticamente, caso o empreendedor fraude o valor do bem, indicando um valor aquém do que realmente é avaliado, fica ele responsável pelo saldo remanescente, por ele omitido no ato da constituição. A Instrução Normativa N° 38, bem como as que a precederam se quedam silentes acerca dessa responsabilidade do titular da EIRELI.

A terceira regra a ser aplicada é a que versa sobre o aumento do capital social, e está disposta no art. 1.081, do Código Civil de 2002. De acordo com essa regra para que o valor do capital social seja aumentado deve estar totalmente integralizado às quotas e deve ser feita a correspondente modificação no contrato. Como o empreendedor da EIRELI é o titular da totalidade do capital, não há que se falar em quotas. Mas, para que se aumente o valor do capital, já aplicando a regra do inciso III do 997, do CC/02, este deve estar devidamente integralizado. Essa modificação deve ser alterada no ato constitutivo da EIRELI perante a Junta Comercial.

A disposição do art. 1.082 e ss, do Código Civil de 2002, traz duas hipóteses que versam sobre a diminuição do capital, que já são, por força da Instrução Normativa vigente, N° 38, aplicadas à EIRELI. A saber: I – depois de integralizados, se houver perdas irreparáveis; e II – se excessivo em relação ao objeto da sociedade. Para a hipótese prevista no inciso II, de acordo com a Instrução Normativa,

a respectiva ata de aprovação só poderá ser levada a registro após o transcurso do prazo de 90 dias a contar da publicação do ato de redução. Nesse caso, o prazo de 30 dias para o arquivamento do ato a registro para fins de retroação dos efeitos do registro à data da assinatura passará a contar a partir do transcurso do prazo de 90 dias para impugnação da redução (art. 1.084 c/c 1.1151 do CC/02 e art. 36 da Lei n° 8.94/94)

O §1º do art. 1.084 do CC/02, estabelece que “no prazo de noventa dias, contado da data da publi-

cação da ata da assembleia que aprovar a redução, o credor quirografário, por título líquido anterior a essa data, poderá opor-se ao deliberado”; o § 2º versa sobre a eficácia da redução, que somente se dará se neste prazo de noventa dias a assembleia que determinou a redução não for impugnada, ou se for provado que já houve o pagamento da dívida ou que já foi realizado o depósito judicial do respectivo valor. O § 3º dispõe que, observados os requisitos supramencionados, proceder-se-á à averbação, no Registro Público de Empresas Mercantis, da ata em que tenha aprovado a redução.

Nesse sentido, aplica-se a EIRELI de forma que o credor quirografário tenha o prazo de 90 dias, contados da data em que o empreendedor registre esta diminuição, com a respectiva modificação no ato constitutivo na Junta Comercial, tornando-se eficaz essa modificação após este prazo caso ela não seja impugnada.

Compreende-se, portanto, que se forem aplicadas na EIRELI as normas supramencionadas da LTDA, o instituto EIRELI torna-se muito mais atrativo para as pessoas que almejam explorar uma atividade econômica organizada sem empreender esforços em comum com outrem. Assim, mais empreendedores sairiam da informalidade e passariam a usufruir dos benefícios do direito empresarial, como proteção patrimonial e os incentivos fiscais. Este fato gera, também, maior arrecadação tributária, haja vista que, com o registro da empresa nos órgãos competentes, nasce a possibilidade de os entes federados e suas respectivas entidades fiscalizarem o exercício da atividade e assim expandirem a tributação advinda daquele fato gerador.

Princípio da efetividade do capital social

A Sociedade Anônima - S/A - ou Companhia - CIA - é tratada no CC/02, nos artigos 1.088 e 1.089, o art. 1.088 dispõe que “o capital se divide em ações, obrigando-se cada sócio ou acionista somente pelo preço da emissão das ações que subscrever ou adquirir”, e o art. 1.089 dispõe que “a S/A regesse por lei especial, aplicando-se, nos casos omissos as disposições do CC/02”. A Lei especial que rege a S/A é a Lei nº 6.404 de dezembro de 1976.

De acordo com o art. 80 da Lei nº 6.404, são dois dos três requisitos preliminares da constituição da companhia a realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro, e o depósito, no Banco do Brasil S/A, ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, da parte do capital realizado em dinheiro. O art. 81 da mesma lei dispõe que esse depósito deverá ser feito pelo fundador, no prazo de 05 (cinco) dias contados do recebimento das quantias, em nome do subscritor e a favor da sociedade em organização que só poderá levantá-lo após haver adquirido personalidade jurídica. Em seu parágrafo único, está estabelecido que caso a companhia não se constitua dentro de 06 (seis) meses da data do depósito, o banco restituirá as quantias depositadas diretamente aos subscritores.

Da leitura dos arts. 80 e 81, supramencionados, depreende-se o postulado do princípio da efetividade do capital social, que consiste na obrigação do empreendedor, no ato de constituição da S/A, de depositar, no mínimo, 10% do preço das ações subscritas no Banco do Brasil S/A ou em outra instituição bancária autorizada pela CVM. Ou seja, esse depósito obrigatório inicial serve como

garantia, ou confirmação de que o empreendedor dispõe desse montante que será destinado para o exercício da atividade empresarial. O depósito bancário possui a finalidade precípua de evitar fraude no ato de constituição da sociedade anônima. Além do mais, gera segurança para os credores e investidores daquela empresa, uma vez que estes possuirão a certeza de que a monta inicial está salvaguardada para ser aplicada na finalidade para a qual foi destinada.

No ato constitutivo da LTDA e da EIRELI, os empreendedores apenas precisam declarar que possuem a monta inicial, legalmente ou não, exigida. Não há fiscalização acerca da veracidade dessa declaração, se realmente há ou não esse valor disponível para o exercício da empresa. Assim, constituição da LTDA e da EIRELI pode ser fraudada, no tocante ao requisito formal de declaração do valor do capital empregado pelo empreendedor para a exploração da atividade, objetivando este a obtenção das vantagens oferecidas pelos institutos e pelo direito empresarial. Sendo assim, há ineficiência da aplicação do princípio da efetividade do capital social para a LTDA e para a EIRELI. Outro não é o entendimento de Gustavo Henrique de Almeida, em sua obra Aspectos Polêmicos da lei nº 12.441/2011

ao empresário individual será conferida responsabilidade limitada se a totalidade do capital social estiver devidamente integralizada. Veja-se que se está diante de um requisito de ordem formal. Basta que haja uma declaração no ato constitutivo de que o capital social está integralizado para que se cumpra esta exigência. (...). Outrossim, padece de sentido o postulado legal, haja vista o fato da ineficiência do princípio da efetividade do capital social em casos de sociedade limitada ou de empresário individual de responsabilidade limitada. Quando do registro, este empreendedor poderá descrever nos seus atos constitutivos, apenas para fraudar a lei e alcançar a limitação da responsabilidade, um valor condizente com o mínimo legal. (ALMEIDA, 2011, p 60 e 61)

Ou seja, por não haver aplicabilidade prática do princípio da efetividade do capital na LTDA e na EIRELI estes institutos estão fadados a sofrer fraudes desde o seu registro na Junta Comercial responsável pela empresa. Tornam-se, assim, institutos frágeis e suscetíveis a má-fé das pessoas, que se valerão dessa fragilidade para alcançar de forma fraudulenta os benefícios dos institutos e a proteção do direito empresarial.

Verifica-se, portanto, que o princípio da efetividade do capital social se aplica de forma efetiva na S/A, uma vez que é um dos seus requisitos preliminares de constituição. Mas não se aplicam na LTDA e tampouco na EIRELI. Nesse sentido, discorre Almeida

Note-se o princípio da efetividade do capital social não se apresenta tão eficaz nas sociedades limitadas (...) o mesmo ocorrerá com o empresário individual de responsabilidade limitada. (LIMA, 2005, p.24). Em verdade, o princípio da efetividade do capital social se apresenta eficaz quando se está diante de uma sociedade anônima, posto que a Lei nº 6.404/76 estabelece requisitos preliminares para a constituição da companhia, dentre os quais destaca o depósito, no Banco do Brasil ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de valores mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro. (ALMEIDA, 2011, p 60)

Logo, existe a eficiência do princípio da efetividade do capital social na S/A, uma vez que é exigido o depósito, funcionando este como uma espécie de fiscalização. Há ineficácia desse princípio em relação a EIRELI, onde a legislação impõe o valor mínimo de 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país, e exige que este esteja totalmente integralizado no momento da constitui-

ção da empresa. Contudo, esta última exigência é ato meramente formal, pois não há obrigação de realizar o depósito desse valor em uma instituição bancária autorizada pela CVM, configurando uma verdadeira omissão legislativa.

Frente a esta omissão legislativa e a eficiência do princípio da efetividade do capital social na sociedade anônima, para evitar a fraude na declaração do valor do capital da EIRELI no momento do seu ato constitutivo perante a Junta Comercial, bem como para o melhor desempenho da atividade econômica da EIRELI, indica-se que sejam aplicadas as regras dos arts. 80 e 81 da Lei nº 6.404 de dezembro de 1976, como requisito obrigatório para a constituição do capital da EIRELI.

Dessa forma, passará a ser exigido do empreendedor que almeja desempenhar uma atividade econômica organizada de forma individual, no momento da constituição da empresa que deposite, em uma instituição bancária autorizada pela Comissão de valores Mobiliários, pelo menos 10% do valor destinado a compor o capital social. Esse depósito será feito pelo empreendedor, no prazo de 05 (cinco) dias contados do registro da empresa na Junta Comercial, em seu próprio nome e a favor da EIRELI em organização que só poderá levanta-lo após haver adquirido personalidade jurídica. Caso a EIRELI não se constitua dentro de 06 (seis) meses da data do depósito, o banco restituirá a quantia depositada diretamente ao empreendedor. Assim, esse depósito funcionará como uma forma de fiscalização, por parte do Estado, de que o empreendedor possui o montante por ele declarado para o exercício da empresa.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise econômica do direito, ou *Law and Economics* – *LaE*, é um instrumento do direito econômico para interpretar os fatos e atos jurídico-social econômicos. Impõe o estudo da política econômica, pode ser positiva, quando analisa se a lei resolve a lide para a qual foi criada, e também, quando analisa qual o efeito econômico da legislação ligada à racionalidade, ou normativa quando infere como a norma deveria ser para alcançar sua eficiência. A eficiência está relacionada com a análise de custo-benefício, ou seja, qual o menor esforço deve ser feito para alcançar o melhor resultado, uma vez que os recursos, de forma geral, são escassos. Já a racionalidade, por sua vez, está ligada com o anseio de melhorar, de evolução.

Um dos objetivos da *LaE* é identificar se as normas jurídicas vigentes são eficientes e, caso não o sejam, como ela deveria ser para alcançar sua eficiência plena. Portanto, analisa-se qual o alcance das normas, se ela beneficia toda a população, presente e futura, bem como se as mudanças legislativas são desejáveis. Ou ainda, na hipótese de ser ela eficiente, como ela poderia se aprimorar para galgar melhores resultados. Nesse sentido, discorre Fernando Herren Aguillar, em sua obra *Direito Econômico do Direito Nacional ao Direito Supranacional*

O *Law and Economics* procura demonstrar como o Direito pode ser mais eficiente na sua regulação social e econômica. Para tanto, estabelece um ferramental conceitual, baseado no individualismo metodológico e no utilitarismo, que impõe o estudo da própria política econômica mais do que das normas jurídicas que a veiculam. Tal política econômica é correta? Eficiente? Beneficiará a maioria da população? Será melhor se substituída por outra? Como calcular-se o limite entre o exercício e o abuso de direito? Aplicando-se o critério de Kaldor-Hicks, pergunta-se se uma dada mudança de política é desejável. E a

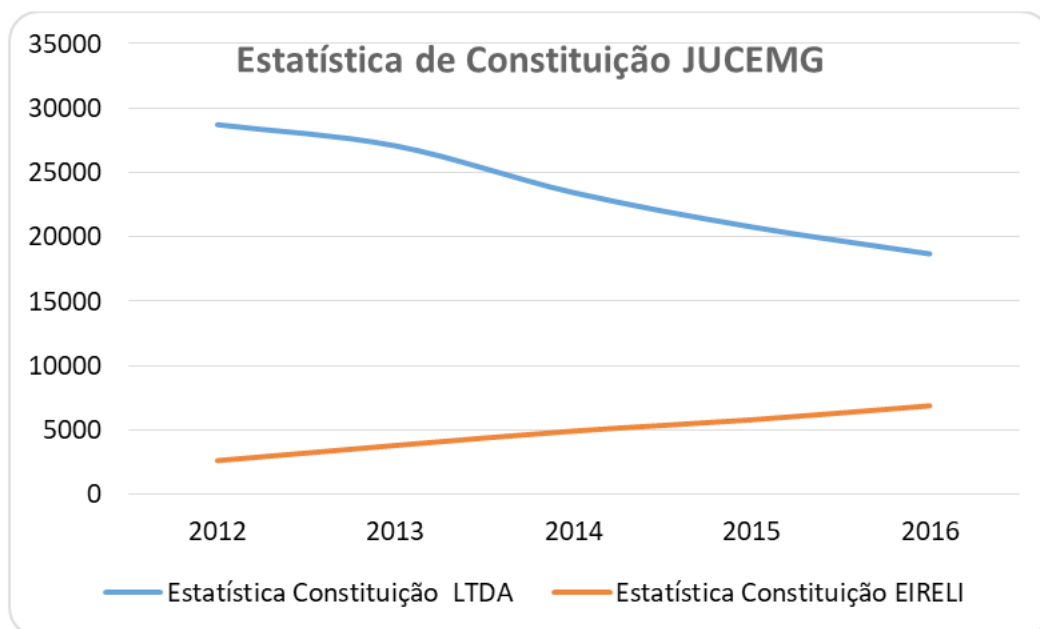
resposta é: se os ganhos dos vencedores, medidos em termos monetários, excederem o custo dos perdedores, sim. Estas são as questões que o analista econômico do direito fará. Ou seja, vemos sob certos aspectos em verdadeiro retorno à Economia Política, sob a premissa de que o fundo de análise é a própria economia, tendo como incidente incontornável, mas secundário, a análise jurídica. (AGULLAR, 2009, p. 42)

Portanto, a LaE é um instrumento jurídico de interpretação dos problemas sociais ligados à economia nacional, de forma que é utilizada para dirimir conflitos existentes entre as normas jurídicas e a ordem econômica. Através de análises de dados estatísticos e probabilísticos dos fatos e atos sociais decorrentes da relação entre a aplicabilidade prática da norma e da repercussão social-econômica, o instrumento viabiliza possíveis soluções racionais para que se alcance a eficiência.

Com base em dados estatísticos da Junta Comercial de Minas Gerais – JUCEMG - e no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE -, aplicando-se a ótica da LaE aos entraves da constituição do capital social da EIRELI, analisar-se-á o instituto, questionando sua eficiência, e se as alterações propostas para as mudanças, na forma de constituição do capital social, beneficiarão toda a população presente e futura, e se essas mudanças são desejáveis.

De acordo com os dados estatísticos extraídos do site da Junta Comercial de Minas Gerais – JUCEMG -, relacionados à constituição e à extinção das sociedades LTDAs e das EIRELIs, elaboram-se os seguintes gráficos.

GRÁFICO 1 – Estatística de Constituição JUCEMG

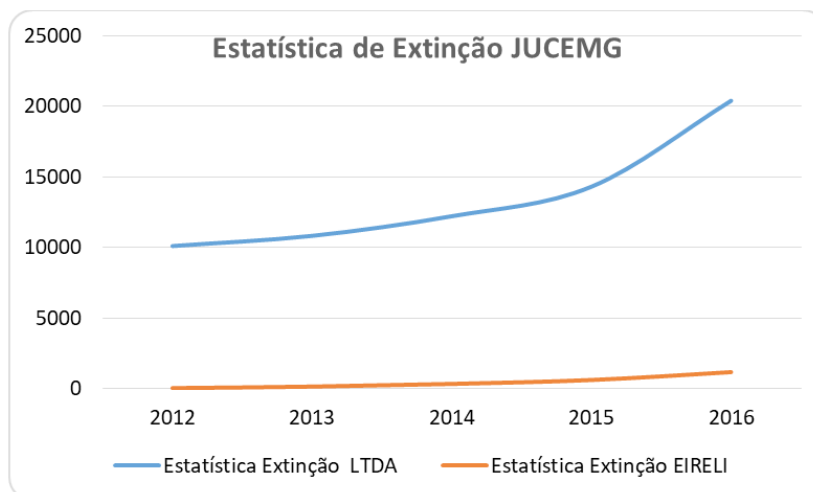


Fonte: JUCEMG

Observa-se que, nos gráficos supra apresentados, que o índice de constituição das sociedades LTDA vem caindo ao longo dos anos após a criação da EIRELI. Contudo, a constituição de EIRELIs vem

se mantendo tímida. Mas ambas convergem no sentido de que tem diminuído a constituição de LTDAs e aumentado a constituição de EIRELIs.

GRÁFICO 2 – Estatística de Extinção JUCEMG



Fonte: JUCEMG

Empreende-se, também, que o índice de extinção das sociedades LTDAs apresenta considerável aumento após a criação da EIRELI, e que as pessoas que constituíram a EIRELI as matem.

O IBGE divulgou o índice de desemprego no Estado de Minas Gerais, entre o período de 2012 e o primeiro trimestre de 2017, através do método PNDA - Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílio Contínua – Trimestral. Período compreendido desde a vigência da Lei 12.441/2011.

GRÁFICO 3 – Índice de Desemprego IBGE



Fonte: IBGE

Em análise do gráfico apresentado, nota-se acentuado aumento do índice de desemprego após a

criação da EIRELI. Na realidade, esse quadro deveria ser o contrário, ou seja, deveria haver diminuição desse índice, uma vez que o objetivo da criação da EIRELI foi exatamente trazer incentivos aos pequeno e médios empreendedores, de forma a possibilitar maior desenvolvimento da atividade econômica organiza e, conseqüentemente, o aumento de novos postos de trabalho de trabalho, tendo em vista a segurança jurídica patrimonial que este instituto oferece ao investidor.

Aplicando-se a Análise Econômica do Direito positiva, que analisa se a Lei resolve o problema para que foi criada, observa-se que o objetivo da criação da EIRELI foi de evitar fraudes na constituição da LTDA, extinguindo a figura do sócio laranja, bem como de incentivar o empreendedorismo e a livre iniciativa para os pequenos e médios empreendedores. Contudo, o autovvalor exigido, pela legislação, como capital inicial mínimo para a constituição da EIRELI, impede que os pequenos empreendedores, que almejam explorar uma atividade de forma individual, gozem dos benefícios oferecidos por este instituto, uma vez que não possuem a monta inicial de R\$ 93.700,00 (noventa e três mil e setecentos reais). Configura verdadeira afronta ao princípio constitucional da livre iniciativa, pois não possibilita que o pequeno empreendedor invista seus recursos financeiros e patrimoniais, que são escassos, no mercado formalmente, e opte por começar a explorar a atividade ou a permanecer explorando-a de forma informal, onde não há controle do Estado sobre o produto e os rendimentos advindos daquela atividade. Portanto, os objetivos almejados com a criação do instituto EIERELI não alcançaram os fins propostos.

Por sua vez, aplicando-se a Análise Econômica do Direito normativa, que indica como a norma deveria ser para alcançar sua eficiência, propõe-se que seja aplicado na constituição do capital social da EIRELI um requisito da S/A, qual seja, a aplicação do princípio da efetividade do capital social. Algumas normas da constituição do capital social da LTDA, a saber: primeiro a não limitação de um valor mínimo de subscrição do capital social no momento da constituição da empresa; segundo a responsabilidade solidária dos sócios sobre a exata estimação dos bens conferidos ao capital social, até o prazo de 05 anos da data do registro da sociedade; terceiro para que se aumente o valor do capital social este deve estar devidamente integralizado, e que o credor quirografário tenha o prazo de 90 dias para se manifestar acerca da diminuição do capital social.

Dessa forma, aplicando-se o critério de eficiência, que consiste em determinar que certos institutos são eficientes quando melhoram o bem-estar das pessoas sem piorar o de ninguém, conclui-se que com a aplicação de algumas normas da constituição do capital social da LTDA e uma norma da constituição do capital social da S/A na EIRELI, a EIRELI se tornaria mais eficiente. Porque não afetará de maneira prejudicial as pessoas, e possibilitará maior acesso para aqueles que almejam explorar uma empresa individualmente aos benefícios do direito empresarial, e assim, gerar uma maior arrecadação tributária para o Estado. Uma vez que o desenvolvimento dessas empresas formará um ciclo virtuoso, em que o empreendedor necessitaria de mais mão de obra, abriria mais postos de emprego, conseqüentemente movimentaria a economia nacional como um todo, alcançando, assim, o fim proposto com a criação da EIRELI. Dessa forma, a norma legislativa será eficiente e beneficiará as gerações presente e futuras.

CONCLUSÃO

A importância da empresa nos dias atuais são a formação de postos de trabalho, o recolhimento de tributos e a produção das utilidades de que necessitamos. Frente a este prisma, a aplicação na EIRELI das regras da constituição do capital da LTDA possibilitará que empreendedores, ao invés de optarem pelo instituto da sociedade LTDA, por ser mais fácil cumprir seus requisitos de constituição, do que os requisitos da EIRELI, optem por utilizar a roupagem jurídica de EIRELI. Visarão, assim, à regularização de sua situação cadastral e com isso colher os benefícios do direito empresarial, bem como os incentivos fiscais fornecidos pelo Estado, movimentando, dessa forma, a máquina da economia do país.

No presente trabalho de conclusão de curso, inicialmente foi feita uma breve introdução dos elementos e institutos do direito empresarial pátrio, na qual analisou-se quem são os sujeitos da atividade empresarial, principalmente no que tange as principais diferenças entre o EI, a sociedade empresária ou coletiva e a EIRELI. Após, apresentou-se os sujeitos excluídos da atividade empresarial, quais sejam: os profissionais que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística; as cooperativas; e os rurícolas, que optarem por não explorar uma empresa.

Depois, passou a se estudar os elementos propriamente ditos da EIRELI, perpassando pelo seu surgimento, e pela sua forma de constituição. Foi feita a análise das características da EIRELI, observando-se que ela é uma nova pessoa jurídica de direito privado e proporciona ao seu empreendedor proteção patrimonial através da limitação de sua responsabilidade, ressalvadas as hipóteses de incidência da desconsideração da personalidade jurídica. Destaca-se a limitação do capital à cem vezes o valor do salário mínimo vigente no país. Cada empreendedor só pode figurar em uma EIRELI. Observa-se, também a faculdade em escolher o seu nome empresarial por firma ou denominação social. Insta salientar que a EIRELI, caso preencha os requisitos legais, pode figurar como ME ou EPP, bem como optar pelo Simples Nacional. Ou seja, o Estado fornece a ela tratamento simplificado, favorecido e diferenciado como incentivo ao seu exercício.

Em decorrência dessa análise, pode-se afirmar que a EIRELI e a LTDA são os institutos conflitantes, pois ambos proporcionam uma proteção patrimonial em relação a responsabilidade dos sócios, mas principalmente se divergem nos requisitos para sua constituição, a saber: a primeira é composta apenas por 01 (um) sócio, já a segunda é composta por no mínimo 02 (dois) sócios; aquela precisa de um capital mínimo de 100 vezes o salário mínimo vigente no país integralizado para sua constituição e, pode ser constituído por bens, nesta o capital pode ser composto por bens ou dinheiro não possuindo o requisito de um valor mínimo.

A proposta para a solução do problema de pesquisa, feita através da aplicação na EIRELI de algumas normas da constituição do capital da LTDA mais o princípio da efetividade do capital social presente na S/A, foi realizada com a substituição, pontual, das normas do caput do art. 980-A, do Código Civil de 2002 pelas regras do inciso III do art. 997; § 1º do art. 1.055; art. 1.081; art. 1.082; art. 1.083; e art. 1.084, §§ 1º, 2º e 3º, todos do Código civil de 2002; mais os arts. 80 e 81 da Lei nº 6.404 que versam respectivamente sobre a forma da composição do capital social e a limitação; sobre a responsabilidade; sobre o aumento do capital social, sobre a sua redução e a hipótese de impugnação pelo credor quirografário; e sobre o princípio da efetividade do capital social. Dessa

forma, a EIRELI tornar-se-á à roupagem jurídica mais atrativa as pessoas que desejam explorar uma atividade econômica organizada, com fins lucrativos, sem a necessidade de se associar a um terceiro para explorar uma atividade.

Foram analisadas e aplicadas as regras dos art. 80 e 81 da Lei nº 6.404 de dezembro de 1976, que versam sobre o princípio da efetividade do capital social da sociedade anônima, na constituição no capital da EIRELI. No ato constitutivo da empresa o empreendedor depositará, em uma instituição bancária autorizada pela Comissão de Valores Mobiliários, no mínimo, 10% do valor destinado para compor o capital social. Esse depósito deverá ser feito pelo empreendedor, no prazo de 05 (cinco) dias contados do registro da empresa na Junta Comercial, em seu próprio nome e em favor da EIRELI em organização que só poderá levanta-lo após haver adquirido personalidade jurídica. Caso a EIRELI não se constitua dentro de 06 (seis) meses da data do depósito, o banco restituirá a quantia depositada diretamente ao empreendedor. Assim, esse depósito funcionará como uma forma de fiscalização, por parte do Estado, de que o empreendedor possui o montante por ele declarado para o exercício da empresa.

Outrossim, por meio da Análise Econômica do Direito positiva e normativa passou a analisar a eficácia da Lei 12.441/2011, através dados estatísticos de constituição e de extinção de EIRELIs e LTDA's obtidos na JUCEMG e, do índice de desemprego entre 2012 e o primeiro trimestre de 2017, obtido no IBGE. Verificou-se que o instituto EIRELI não é eficaz, uma vez que o capital inicial mínimo, exigido pela legislação, para a constituição da EIRELI impede os pequenos empreendedores que almejam explorar uma atividade de forma individual gozarem dos benefícios oferecidos por este instituto. Configura, portanto, uma afronta ao princípio constitucional da livre iniciativa.

Relacionando os índices de extinção de LTDA's com o índice de criação de EIRELIs mais o índice de desemprego, obtidos através da análise dos dados estatísticos no Estado de Minas Gerais, observa-se que os índices de extinção de LTDA's e os de criação de EIRELIs vão na contramão do índice de desemprego. Partindo do pressuposto de que, um dos objetivos da criação da EIRELI é incentivar os micros e pequenos empreendedores e, que estes sujeitos são os responsáveis por movimentar mais da metade da economia do país, o índice de desemprego deveria estar diminuindo e não aumentando. Pois, o acesso simplificado dos pequenos empreendedores ao instituto EIRELI possibilitaria que os empresários desenvolvessem sua atividade, expandindo a demanda pelos seus produtos e/ou serviços, de forma que precisariam de mais funcionários para suprir essa demanda. Ou seja, gerariam mais postos de empregos, aumentariam a receita anual das empresas, gerando, consequentemente, maior arrecadação tributária para o Estado custear as despesas do Estado Social de Direito, beneficiando a geração presente e as futuras.

Ponderou-se que as alterações propostas no presente trabalho impulsionarão o instituto EIRELI a galgar sua eficiência, haja vista que essas alterações não prejudicam a geração presente, e nem as futuras, além de beneficiar o Estado. Pois, ela gera um ciclo virtuoso, no qual o empreendedor devido ao aumento de sua empresa necessitará de mais mão de obra, abrindo mais postos de emprego. Ato contínuo, movimentará a economia nacional como um todo, desencadeando em maior desenvolvimento nacional, e consequentemente uma maior arrecadação tributária.

Assim, aplicando-se as propostas presentes neste trabalho de conclusão de curso, os pequenos e médios empreendedores possuirão mais segurança jurídica e patrimonial para investirem seus recursos, que são escassos, no exercício de uma atividade empresária. Muitos sairiam da informalidade. Assim, teriam acesso aos benefícios do direito empresarial, como proteção patrimonial e incentivos fiscais. Dessa forma, geraria maior arrecadação tributária, haja vista que com o registro da empresa nos órgãos competentes nasce à possibilidade dos entes federados e, suas respectivas entidades, fiscalizarem o exercício da atividade a assim expedirem a tributação advinda daquele fato gerador.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gustavo Henrique. Aspectos polêmicos da Lei nº 12.441/2011. Revista de Direito Empresarial. Ano 8, n7, p 53 a 65. Jul/dez.2011.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 8. Ed. Ver. Atual. E ampli. São Paulo: Método, 2014.

BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Curso avançado de direito comercial. 9. Ed. Ver. Atual. E ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. V Jornada de Direito Civil. Enunciado 468. Acesso em 17 de maio de 2017. Disponível em:> <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/451><

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Acesso em 17 de maio de 2017. Disponível em:> Instrução Normativa DREI nº 26, de setembro de 2014<

DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DE COMÉRCIO. INSTRUÇÃO NORMATIVA N 117, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2011, MANUAL DE REGISTRO EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - EIRELI. Acesso em 17 de maio de 2017. Disponível em:><http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-revogadas-03/in-117.pdf><

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. DECRETO Nº 8.948, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2016, publicado no, no dia 30 de dezembro de 2016. Acesso em 17 de maio de 2017. Disponível em:><http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=12&data=30/12/2016><

GOMES, Fábio Bellote. Manual de direito empresarial. 4. Ed. rev.atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

INSTRUÇÃO NORMATIVA DREI Nº 10, DE 05 DE DEZEMBRO DE 2013. Institui os Manuais de Registro de Empresário Individual, Sociedade Limitada, Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, Cooperativa e Sociedade Anônima. Acesso em 17 de maio de 2017. Disponível em:><http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-04/in-10-2013-alterada-pela-22-1014-180-dias-anexo-alterado.pdf>

INSTRUÇÃO NORMATIVA DREI Nº 26, DE 05 DE SETEMBRO DE 2014, MANUAL DE REGISTRO EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - EIRELI. Acesso em 17 de maio de 2017. Disponível em <http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-04/in-10-2013-anexo-5-manual-de-registro-de-eireli-08-09-2014.pdf>

INSTRUÇÃO NORMATIVA DREI Nº 38, DE 02 DE MARÇO DE 2017. Institui os Manuais de Registro de Empresário Individual, Sociedade Limitada, Empresa Individual de Responsabilidade

Limitada – EIRELI, Cooperativa e Sociedade Anônima. Acesso em 17 de maio de 2017. Disponível em:> <http://drei.smpe.gov.br/documentos/instrucao-normativa-no-38-retificacao.pdf><

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Análise dos dados da PNAD Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílio. Acesso em 13 de junho de 2017. Disponível em:>https://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default.shtm<

INSTRUNÇÃO NORMATIVA DREI Nº 38, DE 02 DE MARÇO DE 2017, MANUAL DE REGISTRO EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - EIRELI. Acesso em 17 de maio de 2017. Disponível em:> <http://drei.smpe.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas/titulo-menu/pasta-instrucoes-normativas-em-vigor-03/anexo-v-in-38-2017-manual-de-registro-eireli-alterado-pela-in-40-2017.pdf>

Junta Comercial do Estado de Minas Gerais – JUCEMG. Acesso em 01 de fevereiro de 2017. Disponível em > <https://www.jucemg.mg.gov.br/ibr/><

Lei nº 6.404, DE DEZEMBRO DE 1976. Dispõe sobre as Sociedade por Ações. Acesso em 17 de maio de 2017. Disponível em:>http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm<

Lei Nº 10.406, DE JANEIRO DE 2002, Institui o Código Civil. Acesso em 17 de maio de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

Lei Nº 12.441, DE 11 DE JULHO DE 2011, Altera a lei 10.406, de 1º de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Acesso em 17 de maio de 2017. Disponível em: >www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12441.htm<

PINHEIRO, Frederico Garcia. EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. Ordo Vocatus, ESA-GO, v.1, n 1, 2012. Acesso em 12 de outubro de 2016. Disponível em ><http://revista.oabgo.org.br/index.php/OV/article/viewFile/48/43><

PORTO, Antônio José Maristrello. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED). Acesso em 28 de fevereiro de 2017. Disponível em >http://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf<

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial Esquematizado. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI/4637. Consulta Processo Eletrônico. Acesso em 17 de maio de 2017. Disponível em:> <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4123688><

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial. 6. Ed.: Atlas. São Paulo, 2014.