

Nas sociedades unipessoais controladas por pessoa jurídica predomina, ao contrário, o perfil do controle. Elas são, em última análise, formas de organização administrativa dos grupos. A sua utilidade maior está, como se verá, na possibilidade de criação de um *profit center* juridicamente autônomo sobre cuja administração o "sócio" tenha controle absoluto, podendo determinar livremente o fluxo de recursos no interior do grupo de sociedades.

A busca da melhor disciplina para essas complexas estruturas exige uma clara identificação da posição sistemática da sociedade unipessoal no Direito Societário e no Direito Comercial em geral, para os quais a sociedade unipessoal é sem dúvida um tipo limítrofe. É o que se procurará fazer a seguir.

3. Sociedade unipessoal e empresa

A primeira fronteira atingida pela sociedade unipessoal é polimórfica. Isso é devido aos diversos significados que assume o termo "empresa", o grande concorrente, do ponto-de-vista terminológico e conceitual, da sociedade unipessoal. Polimorfismo já destacado por Asquini no trabalho, hoje clássico, intitulado *Profili dell'impresa*²⁴ e que sobrevive, ainda que reduzido em diversos aspectos, nos ordenamentos que são objeto de análise.²⁵ Dois são os "perfis" que mais interessam: a empresa concebida como empresá-

24. A. Asquini, "Profili dell'impresa" in *Rivista del Diritto Commerciale*, 1943, I, p. 1.

25. Como é sabido a discussão sobre a empresa foi particularmente rica na Itália, onde muito se escreveu sobre a sorte dos quatro perfis individuados por Asquini. G. Oppo identifica uma ligação entre os vários perfis da qual "emerge già una realtà giuridica 'totale' quanto la realtà sociale" ("Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano" in *Rivista di Diritto Civile* 1976, I, pp. 591-592). P. G. Jaeger sustenta ao contrário que os quatro perfis se reduziram a um apenas não por fusão mas por completo desaparecimento dos demais como "dati normativamente qualificanti" (in *La nozione d'impresa dal codice allo statuto*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 49). É interessante observar, portanto, que ambos os autores consideram que uma *fattispecie impresa* é identificável no ordenamento positivo italiano no perfil subjetivo do termo, seja esse redutível (P.G. Jaeger, *La nozione d'impresa*, cit., p. 49-50) ou não (G. Oppo, "L'impresa come fattispecie" in *Rivista di Diritto Civile*, 1982, I, pp. 109-110) à noção de empresário. Trata-se de uma descrição sem dúvida fiel da abrangência atual da *fattispecie* empresa no campo privatístico. Não se deve esquecer, no entanto, que à redução de abrangência no campo privatístico corresponde um ganho de importância naqueles setores influenciados pelo Direito público. Principalmente no que concerne a regulamentação pública da atividade econômica. Surge então a "grande empresa" como *fattispecie*. O elemento normativamente qualificante é, nesse caso, a pluralidade de interesses envolvidos, que justificam a intervenção pública em sede de direito concorrencial e societário.

rio (perfil subjetivo) e a grande empresa, entendida como instituição ou comunidade de interesses (perfil institucional). Em ambos os casos, as *fattispecie* empresa e sociedade unipessoal se defrontam: no primeiro (empresa-empresário), concorrendo; no segundo (empresa-instituição), completando-se. A seguir, são tratadas as duas hipóteses. A primeira, através da discussão da forma organizativa mais compatível com a limitação de responsabilidade do comerciante individual; a segunda é analisada indiretamente, quando do estudo da concepção societária mais adaptável à sociedade unipessoal: o contratualismo ou o institucionalismo.

3.1 O problema da limitação de responsabilidade do comerciante individual: origem da discussão atual

É necessário, antes de passar à análise da questão como se coloca na forma atual, verificar as origens dos preconceitos teóricos relativos à limitação de responsabilidade do comerciante individual e o contexto histórico em que surgiram. A análise está limitada à pandectística alemã do século XIX. Duas são as razões: primeiro, porque uma análise histórica completa requereria o estudo da experiência romana e medieval (sobretudo canonística) com relação à pessoa jurídica e às sociedades, não em via incidental mas principal, o que foge aos objetivos do presente trabalho. Depois, porque foi na pandectística que os problemas relevantes para a presente pesquisa encontraram elaboração teórica e, conseqüentemente, foi também ali que os preconceitos teóricos tiveram origem.

Duas são as questões tratadas. A primeira é a possibilidade de personificação (no sentido de criação de um novo centro de imputação de direitos e deveres) de um ente não-coletivo. A segunda diz respeito à possibilidade de separação de uma parte do patrimônio da pessoa natural para o exercício de uma determinada atividade. Inicialmente são expostas as idéias dos líderes das principais escolas de pensamento (a teoria ficcionista de Savigny, a teoria do patrimônio de afetação de Brinz e Bekker e a chamada "teoria da associação" de Gierke) e depois é analisada sua relevância para a discussão atual.

3.1.1 A teoria ficcionista

Para entender bem a concepção de Savigny sobre as pessoas jurídicas,²⁶ é necessário ter bem clara a realidade dogmático-jurídica

26. Faz-se referência, obviamente, à teoria exposta no *System des heutigen römischen Rechts*, II, Berlin, Bei Deit und Comp, 1840.

que o autor tinha diante de si. A ele cabia explicar as pessoas jurídicas em um sistema que reconhecia no homem o centro “natural” de direitos e deveres. Devia fazê-lo, porém, não mais com base nos postulados liberais²⁷ da escola naturalista, mas sim com base em conceitos jurídicos precisos, que a “vocaçãõ de seu tempo para a ciência jurídica” impunha. Era preciso, portanto, dar ao conceito uma tonalidade mais jurídica, liberando-o do “realismo social” a ele atribuído pelo racionalismo jurídico.²⁸

A opção de Savigny pela explicação ficcionista ou normativa da pessoa jurídica justifica-se. A ficção é para ele um meio de afirmar o caráter artificial de tal atribuição, sem negar a realidade própria dos agrupamentos humanos aos quais é atribuída a personalidade jurídica. Savigny nunca negou a *soziale Realität des Verbandes* (realismo social da associação). Acreditava, no entanto, que tal realismo, por ser excessivamente múltiplo, não pertencia ao conceito de pessoa jurídica.²⁹

A capacidade jurídica conferida a esses entes não é, segundo Savigny, plena. Savigny a reduz à capacidade patrimonial, abrindo caminho para a concretização da superposição mencionada *supra* entre personalidade jurídica e limitação de responsabilidade. Para ele, a ficção do legislador não pode ter qualquer influência sobre as razões éticas e prenormativas de relações jurídicas anômalas como as que envolvem direitos das pessoas ou o direito de família.³⁰

As concepções de Savigny são explicáveis menos à luz de rígidas posturas dogmáticas e mais em função das condições econômi-

27. No sentido de não ligação a nenhum direito tradicional a ele atribuído por H. Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*, Frankfurt, Klostermann, 1962, p. 23, que esclarece as conseqüências de uma tal afirmação: “Die Hemmungen, die dem Streben nach systematischer Einheit die historische Gestalt des römischen Rechts entgegenzusetzen musste, wurden damit überwunden”.

28. Cfr. F. Wieacker, “Zur Theorie der juristischen Person des Privatrechts” in *Festschrift Huber*, Göttingen, Schwartz, 1973, p. 363.

29. Cfr. W. Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, I, 2, *Die juristische Person*, Berlin — Heidelberg, New York — Tokio, Springer, 1983, p. 4. O autor vê, ao contrário, na teoria de Windscheid uma ficção no senso próprio do termo porque ali se nega efetivamente a realidade prejurídica das corporações: “Der Unterschied zur Lehre Savignys besteht darin, dass nach Savigny den als juristische Person in Frage kommenden sozialen Gebilden, deren Existenz nicht in Frage steht, durch die Fiktion nur die Eigenschaft der Rechtsfähigkeit = Vermögensfähigkeit beigelegt wird, während Windscheid nicht von der Wirklichkeit der Gebilde, sondern von der von ihm angenommenen Subjektlosigkeit der Rechte ausgeht und die Fiktion der juristischen Person nach Windscheid nur ein Bedürfnis der juristischen Technik befriedigt” (p.16).

30. Cfr. F. C. Savigny, *System*, cit., vol. I, p. 340 e o comentário de F. Wieacker, “Zur Theorie”, cit., p. 362.

cas e sociais vigentes à época. Em 1835 sobretudo na Alemanha vigorava ainda um modo de produção pré-industrial, caracterizado pela inexistência de mercado nacional e de sistema bancário e creditício. Isso fazia com que existisse, de um lado, grande necessidade de instrumentos que permitissem o agrupamento de recursos e, de outro, grande preocupação com a solvência das pequenas (e freqüentemente subcapitalizadas) empresas.³¹ Daí a preocupação em facilitar a criação de novos centros de imputação de direitos e deveres e a preocupação em negar a possibilidade de separação patrimonial livre.

Dito isso, fica mais fácil compreender a posição à primeira vista paradoxal de Savigny quanto às sociedades unipessoais. De um lado, com sua teoria ficcionista e a negação do “realismo social” que ela pressupõe, abre caminho para posições posteriores permisivas com relação à sociedade unipessoal. De outro lado, nega-se a admitir ele mesmo a possibilidade de constituição unipessoal.³²

Esse aparente paroxismo explica-se pelo intuito de limitar a formação indiscriminada de centros de imputação. Mas existe também uma razão teórica. O reconhecimento da sociedade unipessoal tem, como se verá, muito menos influência sobre o conceito de pessoa jurídica (discutido por Savigny) que sobre o conceito de sociedade. E a questão teórica relativa à definição de sociedade e à possível inserção da sociedade unipessoal nesse conceito sequer se punha à época, dado o forte contratualismo reinante, herdeiro direto das concepções romanas sobre sociedade.

Tanto isso é verdade, que a discussão prática sobre a unipessoalidade societária apresentava-se quase que exclusivamente com relação a um instituto do Direito anglo-saxão. Trata-se da *corporation sole*. Savigny rejeita-a expressamente,³³ com base no fato de que a personalidade jurídica envolve relações patrimoniais (sendo portanto uma *Vermögensfähigkeit*), limitando-se ao campo do Direito privado. A *corporation sole*, instituto do antigo Direito inglês, possuía natureza

31. Cfr. E. Schanze, *Einmanggesellschaft und Durchgriffhaftung als korporationalisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung*, Frankfurt, Metzner, 1975, pp. 46-47, com outras referências bibliográficas.

32. F. C. Savigny, *System*, cit., vol. II, pp. 275-276, onde o autor diz serem necessários ao menos três componentes para a constituição da sociedade. É importante notar, no entanto, que mesmo aqui a posição de Savigny não é inteiramente contrária à sociedade unipessoal. Isso porque o autor admite a permanência da sociedade reduzida a unipessoal, solução que será a porta de entrada jurisprudencial para o reconhecimento total da sociedade unipessoal (p. 276, nota b onde o autor cita IX, § 4, 2, exatamente a mesma fonte que será utilizada pelo *Reichsgericht* em 1888 para reconhecer a admissibilidade da permanência da sociedade reduzida a unipessoal).

33. F. C. Savigny, *System*, cit., p. 237, v. também o comentário de W. Flume, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 10.

fortemente publicística, como meio de perpetuar certas funções ocupadas por uma pessoa, como o rei ou o pároco, e os privilégios a elas ligados.³⁴

3.1.2 As teorias do patrimônio de afetação

Sob esse nome, agrupam-se as teorias de Brinz e Bekker, que procuraram uma via alternativa, crítica com relação à teoria ficcionista, para escapar do impasse criado pelo naturalismo ao concentrar a reflexão jurídica sobre o homem.

Ambos os autores reafirmam o princípio naturalista segundo o qual apenas as pessoas humanas podem ser sujeitos de direitos e obrigações. Admitem, como os ficcionistas, a existência de patrimônios que não podem ser atribuídos aos homens. Ao contrário desses, no entanto, não vêem uma solução para o problema na extensão do conceito de sujeito de direito.³⁵

Para Brinz, através de um sujeito ficto, apenas uma situação ficta pode ser criada.³⁶ Procura, portanto, alargar o conceito de titular de um patrimônio (*Vermögenssträger*). Segundo o autor, para a existência de um patrimônio é necessária não apenas a existência de bens, mas também uma relação de “atribuição”. Essa relação não existe exclusivamente entre pessoas e bens, mas também entre fins e bens. O ordenamento pode determinar que uma coisa “zu etwas oder für etwas ist und gehört” (a alguma coisa ou para alguma coisa é ou pertence).³⁷ Brinz não é contrário a que esse patrimônio seja em seguida personificado. Na realidade, ele também admite uma ficção em um segundo momento, quando se trata de personificar tal patrimônio. O autor, consciente da aparente incoerência dessa sua declaração com a crítica precedente, declara que desse modo a personificação é subordinada ao patrimônio de afetação e não o contrário, tornando-se claro que as coisas pertencem não a um determinado ente, ficto, mas sim a um fim.³⁸

Evidentemente, partindo de uma tal definição, o autor deve negar a distinção entre fins e comunidade de pessoas que serve de base à classificação das pessoas jurídicas. Para ele, o patrimônio de afe-

34. Cfr. W. Blackstone, *Commentaries on the law of England*, vol. 1, London, Cadell, 1783, pp. 469-470.

35. Cfr. W. Henkel, *Zur Theorie der juristischen Person im 19. Jahrhundert*, Göttingen, 1973, p. 163.

36. Cfr. A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, II, 1, Erlangen, 1860, p. 982.

37. A expressão é de W. Henkel, *Zur Theorie*, cit., p. 149; v. também A. Brinz, *Lehrbuch*, cit., p. 980.

38. Cfr. A. Brinz, *Lehrbuch*, cit., p. 997.

tação deve ser diferenciado segundo a intensidade da “atribuição”. Os casos de reconhecimento são também mais limitados que na teoria ficcionista, pois se reconhecem casos de afetação natural, como o Estado, as comunidades e as próprias corporações, sem necessidade de autorização estatal. A esse maior liberalismo corresponde uma menor diferenciação com respeito à responsabilidade. Para o autor, a pessoa humana pode estar no máximo em uma relação de representação com o patrimônio. Sua responsabilidade subsiste com relação ao fim para o qual o patrimônio existe.³⁹

É por causa das dificuldades teóricas em admitir a atribuição de um patrimônio a um fim,⁴⁰ e também por causa dos problemas práticos criados pela não-diferenciação quanto à responsabilidade, que Bekker tenta uma solução intermediária entre a teoria do patrimônio de afetação e as teorias ficcionistas.⁴¹ O autor procura colocar o patrimônio de afetação no centro da discussão sobre a personalidade jurídica, sem contudo negar a possibilidade e utilidade do emprego desse último conceito.⁴²

Sua construção não é, porém, menos artificiosa. O autor identifica o conteúdo da personalidade jurídica na disponibilidade e possibilidade de fruição de direitos (*Verfügungsbefähigung und Rechtgenusses*). Afirma que o que é exclusivo do homem não é a possibilidade de fruição, mas sim a própria fruição dos direitos. Possibilidade de fruição podem ter também coisas materiais ou relações imateriais.⁴³ O ponto fraco é óbvio. A atribuição da possibilidade de fruição feita pelo legislador reveste-se de discricionariedade ainda maior que o das teorias ficcionistas.

A personalidade jurídica é para ele *Zwecksatzung mit Apparat*. Através do termo *Apparat*, o autor tenta exprimir o conceito de administração, as pessoas através das quais o objetivo pode ser atingido. Com *Zwecksatzung*, ao contrário, o autor vislumbra um *Artenwechsel der Verfügung*, ou seja, aquele (ou aqueles) que constitui o patrimônio de afetação e determina o seu fim abre mão, através desse ato, de uma parte de seu poder de disposição (não apenas

39. Cfr. A. Brinz, *Lehrbuch*, cit., p. 1.132.

40. Cfr. F. Wieacker, “Zur Theorie”, cit., p. 365.

41. Dois são os seus trabalhos a respeito do tema: “Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen und Aktiengesellschaften” in *ZHR* 1861, p. 499 e “Zur Lehre vom Rechtssubjekt” in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* XII, vol. 12, Jena, 1872.

42. Cfr. T. Raiser, *Das Unternehmen als Organisation*, Berlin, de Gruyter, 1969, p. 75.

43. Cfr. E. I. Bekker, *Zur Lehre*, cit., p. 12.

seu, mas de todos) sobre os bens. Em sua construção, o fim serve como modo de restringir o poder do fundador (ou fundadores) da sociedade.⁴⁴

É interessante notar que, liberando a construção da necessária atribuição do patrimônio a um fim, o autor consegue distinguir a disciplina desses patrimônios segundo o tipo de vínculo existente com seu titular. Na sociedade por ações, a separação patrimônio-titular é máxima, sendo-lhe possível, portanto, atribuir responsabilidade limitada. No caso do comerciante individual, ao contrário, a identidade entre objetivo particular e objetivo patrimonial não permite tal conclusão.⁴⁵

Na diferenciação sociedade anônima-comerciante individual, verifica-se na teoria ficcionista de Savigny a mesma correspondência às exigências econômicas da época observada acima. Portanto, a diferença permanece meramente de princípio; ou seja, mesmo chegando a resultados práticos semelhantes com relação ao comerciante individual, Bekker afirma o princípio contrário ao de Savigny, ou seja, a possibilidade de separação do patrimônio pessoal.

A prevalência real do princípio da unidade do patrimônio no século XIX é, assim, evidente. Trata-se do princípio que mais se adaptava aos ideais individualistas da época.⁴⁶ A possibilidade efetiva de separação do patrimônio individual em duas massas diversas atribuídas ao mesmo sujeito teve de esperar o século XX para ter reconhecimento positivo.

3.1.3 A concepção de Gierke

Gierke concentra suas críticas no individualismo incorporado pela pandectística, que leva a reconhecer o poder absoluto do Estado ao lado de uma soma de vontades autônomas dos indivíduos. Afirma que esse individualismo burguês, de inspiração francesa, é contra a tradição e a história do povo germânico, construída a partir dos corpos econômicos intermediários.⁴⁷

44. Cfr. E.I. Bekker, *Zur Lehre*, cit., p. 17, v. também o comentário de W. Henkel, *Zur Theorie*, cit., pp. 160-161.

45. Cfr. T. Raiser, *Das Unternehmen*, cit., p. 75.

46. Cfr. E. Schanze, *Einmanggesellschaft und Durchgriffhaftung*, cit., p. 47; e sobretudo T. Raiser, *Das Unternehmen*, cit. 22, pp. 81-82, que vê na teoria do patrimônio de afetação um capítulo da luta pela autonomia do Direito Comercial com relação ao Direito romano no século XIX.

47. "Das germanistische Recht konnte daher nicht, wie das römische, von der Nebeneinanderstellung einer absoluten Willensordnung des Staates und einer Summe souveräner Einzelwillen ausgehen. Sein Ausgangspunkt vielmehr musste ein einheitlicher Willensbegriff sein, der die Merkmale der Freiheit und der Beschränkung, des Fürsichseins und des Füreinanderseins, des Individuellen und des Gemeinheits-

Sua *Genossenschaftstheorie* deve ser compreendida à luz dessa concepção político-ideológica, determinada pelas vicissitudes históricas de seu tempo e também pelas peculiaridades do processo de unificação alemão. São exatamente essas premissas sócio-políticas que explicam a convivência em sua teoria das corporações de idéias sociais avançadas com concepções nacionalistas e patrióticas ultrapassadas.⁴⁸

Descrever a teoria de Gierke como uma teoria da pessoa jurídica não é totalmente correto. Na verdade, para ele a pessoa jurídica tem pouca importância. Mais relevante é a realidade que está à base desse instituto jurídico.⁴⁹ É por isso que a principal característica destacada na teoria de Gierke é o retorno da concepção do fenômeno associativo como "realidade social".⁵⁰ O mérito de sua teoria está menos na coerência dogmática e mais no fato de ter chamado atenção para o perfil interno das associações. Muitos dos aspectos por ele levantados são ainda hoje elementos centrais da teoria societária. A valorização da discussão sobre a estrutura e organização

chen gleichmässig umschloss. Es war daher der freie, aber sittliche gebundene, der *sittlich freie Wille*, welche die Seele der germanistischen Persönlichkeit bildete. Und Persönlichkeit bestand in der Anerkennung eines sittlich freien Wesens als der Träger von Recht" — v. O. Gierke, *Deutsches Genossenschaftsrecht*, II, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1873, p. 33. A afirmação é feita no volume segundo quando da análise do Direito germânico antigo, para fundamentar a impossibilidade de existência de uma personalidade jurídica de Direito privado (no sentido proposto por Savigny). A referência ao "sittlich freie Wesen" é, no entanto, sem dúvida o ponto de partida para a construção da *Verbandsrealität* dos volumes III e IV. Sobre a filosofia político-social que está a base do pensamento de Gierke v. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1952, pp. 267-269.

48. É interessante a observação de Wieacker sobre a obra e a personalidade de Gierke: "Dass Gierke nicht müde wird, aus den Bildern des Organismus, der Organe und der Verbandspersönlichkeit unmittelbare rechtliche Folgerungen zu ziehen, stellt ihn zu der älteren Tradition der romantischen Staatsmetaphysik; dass es aber diese Anschauungen mit starken Wirklichkeitssinn aus der historischen Wirklichkeit und dem Sozialleben seiner Zeit belegt, macht ihn zum Vorläufer einer sehr lebensnahen naturalistischen Rechtssoziologie. Gierkes Bewusstsein selbst hat diese Entscheidung nicht vollzogen, da er die metodische Strenge des Gedankens durchweg den kraftvollen Ausdruck eines neuen Lebens- und Organismusbegriff gegen die juristische Logik und mit den romanischen Rechtsquellen für einen sozialen Arbeitsweg kämpft. So überwiegt in diesen "grossen Menschen mit seinem Widerspruch" auf die Entscheidung für die Gesellschaft der Zukunft. Und doch ist es sein (typisch deutsches) Schicksal, das sein Tatwille sich nicht lossagen will von der romantischen Tradition wie von der nationalstaatlichen Gegenwart, so dass sein Lebenswerk auf den ersten Blick als veraltet erscheinen kann. Otto v. Gierke ist, wie einige andere bedeutende deutscher Denker, von "gestern und morgen", er hat "noch kein Heute" — *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 269.

49. Cfr. W. Flume, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 17.

50. Cfr. F. Wieacker, "Zur Theorie", cit., p. 367.

da sociedade é um exemplo.⁵¹ Outro exemplo é o organicismo, conseqüência direta da afirmação da vontade própria da sociedade.⁵² Também à sua decidida crítica à possibilidade de definir uma personalidade jurídica exclusivamente de direito privado⁵³ (a *Vermögensfähigkeit* de Savigny) prende-se a discussão a respeito da capacidade delitual da pessoa jurídica.⁵⁴

Quanto aos passos necessários à afirmação dessa ampla capacidade das pessoas jurídicas, a teoria é de difícil avaliação, do ponto-de-vista jurídico, e não totalmente convincente, do ponto-de-vista lógico. Procedendo de maneira inversa, ou seja, partindo do reconhecimento da capacidade jurídica para depois chegar à justificativa da realidade existente, pode-se dizer que o primeiro passo de Gierke é tão ficcionista quanto o das teorias criticadas. Na realidade, quanto mais Gierke revela a capacidade dos fenômenos associativos de terem vontade própria, tanto mais a questão do reconhecimento da sua capacidade é deixada a cargo do legislador.⁵⁵ Ocorre que esse tipo de questão não pode ser transcurado, principalmente quando se parte de uma crítica às teorias ficcionistas. A diferença com relação à teoria de Savigny, que como visto também não nega a "realidade" do fenômeno associativo, estaria apenas naquilo que se "finge": Savigny "finge" que esse fenômenos são iguais aos homens, os únicos que, por natureza, são sujeitos de direito; Gierke "finge" que a capacidade de ter vontade própria atribui "realidade" ao fenômeno associativo, segundo ele o único parâmetro para atribuição de personalidade jurídica.⁵⁶

Mas também o critério utilizado por Gierke para a identificar uma "vontade própria" no fenômeno associativo parece insuficiente e muito idealizado. E aqui se chega ao ponto mais relevante para

51. Cfr. F. Rittner, *Die werdende juristische Person*, Tübingen, Mohr, 1973, p. 184.

52. Cfr. F. Wieacker, "Zur Theorie", cit., pp. 369-370.

53. Comentando o antigo Direito germânico, afirma: "Dieser unfassenderen Rechtsidee musste von vorherin auch ein unfassenderer Personenbegriff korrespondieren. Persönlichkeit konnte nicht wie bei den Römern Privatrechtsfähigkeit sein. Vielmehr musste sich im Personenbegriff die Fähigkeit zu öffentlichem und privatem Recht vereinigen, wobei Anfangs beides ungeschieden darin enthalten sein, später darin zwei verschiedene Seiten derselben Persönlichkeit gefunden werden mussten" — O. Gierke, *Deutsches Genossenschaftsrecht*, cit., p. 33.

54. Cfr. F. Wieacker, "Zur Theorie", cit., p. 371.

55. Cfr. F. Rittner, *Die werdende juristische Person*, cit., p. 75.

56. Cfr. W. Flume, *Allgemeiner Teil*, cit., que afirma à página 18: "So ist auch die Lehre Gierkes von der realen Verbandspersönlichkeit in Wirklichkeit eine "Fiktionstheorie", wenn diese Lehre die Persönlichkeit der juristischen Person kraft Willens — und Handlungsfähigkeit als Wirklichkeit behauptet".

a presente discussão. O autor identifica o elemento que confere vontade própria à sociedade na pluralidade de componentes.⁵⁷

Em conseqüência, Gierke compara a redução a um só sócio à morte da pessoa física. Uma sociedade não pode para ele permanecer com apenas um sócio, porque não chega a ter uma vontade comum (*Gemeinwillen*) distinta da de seu sócio.⁵⁸

O mesmo não ocorre com relação às associações e fundações, cujo vínculo ao objetivo (e não entre as pessoas) permite inclusive o desaparecimento de todos os seus membros.⁵⁹ Com efeito, é com base em uma visão associativa das corporações (*anstaltlichen Auffassung der Korporation*) que Gierke critica os trechos do Digesto (D.3,4,7,2) e do *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (A.L.R. II, 6, SS 177, 179) que admitem a sobrevivência da *Körperschaft* com um só membro. Essas tendências seriam contrárias ao *modernen Genossenschaftsrecht*, ao qual repugna qualquer ligação direta membro-patrimônio.⁶⁰ A sobrevivência seria possível como patrimônio separado especial e mesmo nesse caso apenas na medida e durante o tempo necessário para a obtenção dos resultados pretendidos, devendo ser em seguida transferido a um terceiro patrimônio ou misturado com o patrimônio particular de seu titular.⁶¹ Com relação às sociedades de capital, ao contrário, nem mesmo a permanência por um período limitado como patrimônio separado seria admissível. A redução a um só sócio implica a nulidade da sociedade.

3.1.4 Relatividade histórica e valor atual da discussão

É difícil transportar as teorias expostas acima a realidades históricas diversas. Cada uma parte de princípios que hoje nos parecem juridicamente bastante arbitrários e que encontram justificativa apenas nas condições sócio-econômicas da época. É o caso, par-

57. O. von Gierke identifica a alma da corporação (sociedade) na vontade comum "... ihre Seele ist ein einheitlicher Gemeinwille, ihr Körper ein Vereinsorganismus" — v. *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig, 1895, p. 474.

58. O realismo antropomórfico de Gierke torna-se bastante evidente na sua metafórica descrição da morte da pessoa jurídica: "knüpft das Recht, wie den Untergang der Einzelpersönlichkeit an die Zerstörung des natürlichen Organismus den Tod, so den Untergang der Verbandspersönlichkeit regelmässig an die Zerstörung ihres sozialen Organismus" — *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887, p. 830; v. também E. Schanze, *Eimanngesellschaft und Durchgriffhaftung* cit., pp. 43-44.

59. Cfr. O. Gierke, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., p. 834.

60. Cfr. O. Gierke, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., pp. 835-836.

61. Cfr. O. Gierke, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., p. 836.

ticularmente evidente na teoria de Savigny, do princípio da unidade do patrimônio. A precariedade do sistema creditício da época e a necessidade de encontrar meios capazes de agregar capital (como por exemplo as grandes sociedades anônimas) está à base de sua formulação.

O mesmo se pode dizer das demais teorias. Ainda que partindo de princípios diametralmente opostos dos princípios da teoria ficcionista, as teorias do *Zweckvermögen* terminam por negar a possibilidade de separação patrimonial. No caso de Brinz, através de uma obscura regra geral de responsabilidade do representante com relação ao fim, que admite tanto uma interpretação absolutamente restritiva quanto uma responsabilidade ilimitada genérica. Em Bekker, através da também arbitrária distinção entre graus de pertinência, que justifica a limitação de responsabilidade na sociedade anônima, mas não para o comerciante individual. Percebe-se nesta última afirmação o papel determinante assumido pelo fator econômico, que termina por tornar importante o elemento pessoal para a determinação da regra de responsabilidade, em uma teoria que se preocupa exatamente em negar o valor explicativo de tal elemento.

Finalmente, em Gierke pode-se verificar a preocupação com os corpos intermédios, elemento fundamental da sua concepção nacionalista das relações sociais. Tal concepção explica-se, em parte, pelas circunstâncias do processo da unificação alemã, nação que por tradição não se construiu em torno de um pólo central de poder e cuja unificação constituiu um movimento eminentemente centrífugo.

Em consequência, parece bastante arriscado procurar em qualquer dessas teorias princípios para a decisão sobre o reconhecimento ou não da limitação de responsabilidade do comerciante individual e sobre a forma preferida, personificada ou não, de sua organização. A regra da unidade do patrimônio perde seu caráter absoluto se confrontada com as condições econômicas da segunda metade do século XX, onde a questão do crédito transformou-se de um problema de oferta em um problema de demanda. Relativiza-se também o realismo de Gierke em presença dos Estados unificados atuais e da existência autônoma do direito público (cuja negação é o ponto de partida para a afirmação da "realidade" da vontade autônoma dos agrupamentos).

O fato de que as teorias não sejam relevantes como tentativas de explicação global do fenômeno não diminui seu valor para o esclarecimento da limitação de responsabilidade do comerciante individual. Essas teorias são, com efeito, capazes de ajudar a formulação de um modelo complexo, que não incorpora totalmente nenhu-

ma delas, mas se constrói a partir de todas, levando em consideração os pontos problemáticos revelados por cada teoria.⁶²

Assim é que, em Savigny, é de particular importância o destaque dado aos pressupostos normativos para o reconhecimento da personalidade jurídica.⁶³ É através do reconhecimento da possibilidade de subsistência da sociedade que se tornou unipessoal e da afirmação da suficiência das garantias legais exigidas para a atribuição da personalidade jurídica que se abriu caminho para o reconhecimento generalizado da sociedade unipessoal.⁶⁴ Como já visto, no entanto, o próprio Savigny não elaborou esses pressupostos com relação à sociedade unipessoal, cuja constituição não admitia. Isso se fez sobretudo depois, como decorrência das reflexões doutrinárias sobre a organização societária.

Na teoria de Gierke, ao contrário, deve-se destacar o fato de ter sido chamada a atenção para a realidade interna das sociedades.⁶⁵ Com relação à sociedade unipessoal em particular, é relevante sua visão não-unitária do problema da subjetividade jurídica. Sua crítica à possibilidade de tratamento unívoco do problema da imputação de direitos e deveres à pessoa jurídica foi mais tarde retomada por Müller-Freienfels, com quem assumiu sua forma atual.⁶⁶

Entre os teóricos do patrimônio de afetação, destaca-se a preocupação com a relação entre responsabilidade e subjetividade jurídica. Com efeito, na tentativa de distanciar-se da discussão a respeito da personalidade jurídica, devem enfrentar o problema de como admitir a limitação de responsabilidade sem garantir uma esfera negocial autônoma para o patrimônio de afetação criado. A ques-

62. Cfr. F. Wieacker, "Zur Theorie", cit., p. 372, para quem "Theoretischen Fragen in Wahrheit Entfaltungstufen der Problemreflexion sind (*ambulantio saluti*)".

63. Cfr. F. Wieacker, "Zur Theorie", cit., p. 371.

64. Cfr. E. Schanze, *Einmannngesellschaft und Durchgriffhaftung*, cit., pp. 4-52 citando as famosas decisões do Reichsgericht de 1888 (in *RGZ* 23, 202), que fazem referência aos textos romanos no mesmo sentido utilizado por Savigny e de um caso *Salomon vs. Salomon & Co.* (in *Law Reports, Appeal Cases* 1897, p. 413) onde os juizes fazem referência à irrelevância do número de sócios "provided, as it appears, the requirements of the statute have been complied with and the company has been valid constituted" (p.44). Ambas as decisões demonstram, com efeito, a falta de uma resposta às exigências práticas já a época reveladas, uma clara utilização dos pressupostos ficcionistas (ainda que, como no caso da decisão inglesa, as decisões inconsciente).

65. Cfr. F. Wieacker, "Zur Theorie", cit., p. 371; W. Flume, *Allgemeiner Teil*, cit., p. 18; E. Schanze, *Einmannngesellschaft und Durchgriffhaftung*, cit., p. 53.

66. Cfr. E. Schanze, *Einmannngesellschaft und Durchgriffhaftung*, cit., p. 61, v. também infra, capítulo II, n. 3.3.1, d.

ção principal é evidentemente formulada em sentido inverso: como admitir que um terceiro, que negocia diretamente com o titular do patrimônio (já que, por hipótese, o patrimônio não é sujeito de direitos) possa ter conhecimento da situação de limitação de responsabilidade.⁶⁷ É interessante notar que Brinz, após ter construído sua teoria independentemente do conceito de pessoa jurídica, a ele retorna. O autor afirma que o importante é destacar a submissão da personalidade ao escopo.⁶⁸ Essa problemática é extremamente relevante para a discussão a ser exposta a seguir sobre a “empresa individual com responsabilidade limitada”. Como se verá, tais entes, normalmente qualificados como patrimônio separado, por implicar uma subjetividade jurídica mais limitada que a solução personificada, gozam apenas de uma parcial limitação de responsabilidade.⁶⁹

3.2. O problema da limitação de responsabilidade do comerciante individual em sua forma atual

Com base nas considerações feitas acima, parece conveniente proceder a uma análise concreta das experiências recentes com a “empresa individual com responsabilidade limitada” para que seja possível comparar soluções societárias e não-societárias para a limitação de responsabilidade do comerciante individual. Analisando os efeitos práticos de ambos os esquemas, podem-se individuar efetivamente as vantagens e desvantagens de cada solução. Essa crítica permite esclarecer os escopos perseguidos através da organização societária e o substrato teórico mínimo sobre o qual deve basear-se, sendo então possível determinar qual significado “convém” atribuir ao termo “sociedade unipessoal”, objeto específico do presente estudo.⁷⁰

67. Cfr. O. Kuhn, *Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften*, Tübingen, Mohr, 1964, p. 65.

68. Cfr. F. Wieacker, “Zur Theorie”, cit., p. 371.

69. A referência é feita não apenas ao instituto proposto na França ou ao adotado em Portugal, que estudaram-se ao seguir, mas também ao instituto da *Eimmannvorgesellschaft* alemã, entendida como patrimônio separado — v. *infra* cap. II, n. 3.3.1.

70. Ou seja, transforma-se — usando as palavras de F. D'Alessandro — a questão de um problema de *Sein* em um problema de *Sollen* (cfr. *Personae giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, Cedam, 1989, p. 46). Referida transformação não diminui, de modo algum, o “rigor científico” da análise. Transformar o problema em uma questão linguística não implica necessariamente diminuir sua “cientificidade”, desde que se aceite a concepção moderna de ciência, que deslocou o problema científico central da procura da “verdade” à busca do “rigor”: cfr. N. Bobbio, “Scienza del diritto e analisi del linguaggio” in *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1940, p. 355.

Não se trata de procurar uma “definição especulativa”, ou seja, não se quer fazer uma escolha arbitrária do sentido a ser atribuído aos conceitos (ou, querendo, do conteúdo a ser atribuído a um determinado esquema organizativo). Pretende-se, ao contrário, fundar tal escolha em elementos concretos, representados exatamente pelos dados comparativos. Mas, exatamente por serem diversos, tais dados permitem a verificação de sua coerência interna e, conseqüentemente, da admissibilidade tanto de suas regras específicas quanto dos princípios que estão à sua base.

3.2.1 A separação patrimonial do comerciante individual: colocação do problema

A expressão “patrimônio separado” é equívoca. Tem na doutrina atual dois sentidos: em primeiro lugar, fala-se em patrimônio separado com relação àquelas massas patrimoniais que ficam sujeitas a um regime distinto dos demais componentes do patrimônio de uma pessoa. Assim por exemplo o dote e os bens dos cônjuges em comunhão.⁷¹

Mas o sentido mais comum em que é entendida a expressão “patrimônio separado” é o que de alguma forma vincula a expressão à limitação de responsabilidade.⁷²

Deve-se dizer “de alguma forma”, pois limitação de responsabilidade tem por sua vez vários sentidos. Pode significar impossibilidade de responsabilizar o “patrimônio separado” pelas dívidas do seu titular (é o caso do bem de família por exemplo). Pode ainda significar que os credores por dívidas oriundas dos bens separados não terão acesso aos bens de seu titular (é o caso do espólio em relação ao herdeiro). Pode por fim significar ambas as coisas, ou seja, a limitação em ambos os sentidos.

É esse o significado que mais interessa a este estudo, já que é o mais ligado à gênese da separação patrimonial, individualizada na sua afetação a determinada atividade. A separação patrimonial instrumental a essa afetação é exatamente aquela que permite ao comerciante limitar seu risco (impedindo que dívidas oriundas de sua atividade comercial ameacem seu patrimônio pessoal) e garante os

71. Esse é o sentido atribuído ao termo, na doutrina brasileira por V. Rao, *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo, Max Limonad, 1960, p. 367 e por O. Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1991, p. 209.

72. V. nesse sentido S. M. Machado, *Problemas de Direito Mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 97, que citando Ferrara afirma que “o único critério seguro para reconhecer a existência do patrimônio separado é o da responsabilidade pelas dívidas”.

credores por dívidas oriundas da atividade praticada com o patrimônio separado (assegurando que aquele patrimônio é a garantia de sua dívida e que portanto eles não terão a “concorrência” dos credores particulares do titular do patrimônio). Nesse sentido é mais generalizadamente entendida a expressão “patrimônio separado”. E é contra esse uso que tradicionalmente se levantam os defensores da unidade do patrimônio.

A teoria da unidade do patrimônio do indivíduo (comerciante) reinou na França do século passado. O subjetivismo antropocentrista do Código Napoleão impedia que se distinguísse personalidade e patrimônio. A cada pessoa podia corresponder um só patrimônio. Aquele que desejasse limitar sua responsabilidade deveria necessariamente submeter-se a forma societária e a seus requisitos (entre eles, a existência de mais de um sócio).⁷³

Nessa concepção, o patrimônio acabava por pouco distinguir-se da personalidade.⁷⁴ É nessa confusão sujeito-objeto que se baseiam as principais críticas teóricas.⁷⁵ Mas é sobretudo na necessidade de permitir aos comerciantes a “afetação” de parte de seu patrimônio a fins específicos, permissão que de resto está absolutamente em linha com os princípios da autonomia da vontade estabelecidos pelo próprio Código Civil francês, que se baseiam as principais críticas ao princípio da unidade do patrimônio.⁷⁶

A superação dos preconceitos existentes contra a separação patrimonial do comerciante individual não é obra, portanto, exclusivamente da falta de coerência sistemática das teorias que os defendiam. Aliás, no Direito Comercial moderno, poucos são os institutos rejeitados exclusivamente por incoerência sistemática. Normalmente, a incoerência sistemática é, e é conveniente que seja, consequência de considerações de ordem econômica.

O sistema do Direito Comercial e sobretudo o sistema societário não é auto-integrado. Não é possível simplesmente, como se fez na época das codificações e de certa forma ainda se faz no sistema civil atual, considerar que a regra de analogia baste para resolver todos os casos não-previstos e ao mesmo tempo permitir a evolução do direito.

73. V. a respeito G. Ripert-R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1986, cap. II, Seção II, § 2, p. 168.

74. Para os unitaristas, quatro são os princípios a reger o patrimônio: a) só as pessoas, naturais ou jurídicas, podem ter patrimônio, (b) toda pessoa tem necessariamente um patrimônio, (c) cada pessoa só pode ter um patrimônio, (d) o patrimônio é inseparável da pessoa — v. O. Gomes, *Introdução*, cit., p. 227.

75. V. crítico O. Gomes, *Introdução*, cit., p. 227.

76. Cfr. S. M. Machado, *Problemas*, cit., p. 99.

A legislação comercial e societária forma um todo indissolúvel com as práticas comerciais costumeiras e os imperativos de ordem econômica. Quanto às primeiras, vêm previstas expressamente como fonte do direito nos arts. 130 e 131, n. 4, do Código Comercial. Já a influência do fator econômico é tão marcante que chega ao ponto de colocar ramos inteiros do Direito, como o Direito Concorrencial e do Mercado de Capitais, em uma zona cinzenta entre o Direito Econômico e o Comercial.

Daí as legislações recentes que trataram do assunto da limitação de responsabilidade do comerciante individual manifestarem expressa preocupação com os fatores de ordem econômica que justificam sua introdução. Entre eles figura o incentivo às empresas que isso acarretaria, tanto porque é historicamente comprovado que muito do sucesso da sociedade anônima é devido à limitação de responsabilidade como porque a limitação de responsabilidade constitui “uma força de resistência mais segura à tentação de confundir contabilidade comercial e pessoal”.⁷⁷

O incentivo econômico, no caso da empresa individual, dirige-se mormente aos pequenos e médios empresários, maiores usuários da forma empresarial unipessoal. Nesse sentido, a referência expressa da Exposição de Motivos da Décima Segunda Diretiva Comunitária. A admissão da sociedade unipessoal com responsabilidade limitada faz parte do programa comunitário de incentivo à pequena e média empresa. Sobre os motivos de apoio a tal tipo empresarial, diz textualmente a versão italiana: “L’incoraggiamento dell’accesso degli imprenditori unici alla forma societaria, che rappresenta il contesto migliore per lo sviluppo degli affari nel mercato interno, rientra in questa politica. La Risoluzione del Consiglio de 22 Dicembre 1986 sul programma d’azione per la crescita dell’occupazione sottolinea parimenti la necessità di incoraggiare l’impresa individuale”.⁷⁸

Do ponto-de-vista econômico, o problema que se coloca é saber até onde a limitação de responsabilidade pode implicar uma perda de crédito por parte da empresa, decorrente da diminuição da garantia patrimonial oferecida aos credores. Tal crítica pode ser contestada empiricamente, afirmando que é impossível determinar se o desaparecimento da concorrência dos credores pessoais do sócio sobre o passivo social (outra decorrência da limitação de responsa-

77. V. C. Champaud, “L’entreprise personnelle à responsabilité limitée” in *Revue trimestrielle de Droit Commercial*, 1979, p. 579.

78. Cfr. “Relazione Introduttiva alla Proposta di Dodicesima Diretiva del Consiglio in materia di diritto delle società”, in *Rivista delle società*, 1988, p. 823.

bilidade) não contrabalança ou até supera essa aparente desvantagem⁷⁹. De todo modo parece claro que a contrapartida mínima da limitação de responsabilidade é a garantia do capital social. Assim sendo, deve ser escolhida uma forma jurídica que permita a total separação econômica de esferas.

3.2.2 Formas de limitação de responsabilidade do comerciante individual

Afirmada a utilidade jurídico-econômica da limitação de responsabilidade, o problema que em seguida se apresenta é o de determinar qual a melhor forma de instrumentalizar a introdução de tais objetivos. Para isso uma ressalva inicial é de rigor. As categorias civilísticas de patrimônio separado e universalidade até agora utilizadas não se adaptam perfeitamente ao fenômeno empresarial. Isso porque “se incluem nela as oportunidades e probabilidades, como a clientela, a fama, a propaganda, e pois a empresa é mais que a soma de direitos”.⁸⁰ Conseqüência disso, de resto já analisada no item n. 2 desse capítulo, é que não pode haver “direito real” sobre a empresa.

Assim sendo, qualquer utilização de conceitos civilísticos como patrimônio separado à organização de uma empresa requer as adaptações necessárias a essa *fattispecie* específica.

É portanto necessário analisar cuidadosamente as formas alternativas de organização empresarial. Sobre tudo as não-societárias, cuja gênese não está ligada necessariamente à organização de estruturas empresariais.

A ligação entre sociedade e empresa, com efeito, é tradicional a ponto de a organização jurídica do fenômeno econômico empresa ser identificada com a própria sociedade. A empresa é vista como conceito econômico, como “organização objetiva dos fatores de produção”, e a sociedade como conceito jurídico, ou “organização jurídica da exploração empresarial”.⁸¹

As tentativas de encontrar um sucedâneo ou, ao menos, um concorrente para a sociedade, como forma de organização, aparecem

79. Cfr. A. Grisoli, *La società con un solo socio*, Padova, Cedam, 1971, p. 64, nota 3.

80. Cfr. F.C. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, tomo V, p. 366 e V. Rao, *O direito e a vida dos direitos*, cit., p. 366.

81. Cfr. F. K. Comparato, “Exclusão dos sócios nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada” in *RDM* 25/39.

no campo das organizações unipessoais, sobretudo pelos problemas teóricos relacionados ao reconhecimento de uma sociedade com apenas um sócio. Cumpre analisar a razoabilidade das críticas e a viabilidade das propostas alternativas, em função da *supra* invocada natureza específica do fenômeno empresarial.

a) *As críticas à fórmula societária* — No primeiro grupo estão as críticas mais tradicionais à sociedade unipessoal. Trata-se do que a recente lei portuguesa sobre o “estabelecimento comercial com responsabilidade limitada”⁸² chama de “coerência sistemática”. A exposição de motivos tenta demonstrar como a solução do problema da limitação de responsabilidade do comerciante individual em termos societários é distante da tradição do direito societário português, que além de não admitir a unipessoalidade superveniente é também fortemente contratualístico. Essa é a principal razão enunciada pelo legislador português para a escolha da nova fórmula: considerou-se muito menos traumática a introdução da limitação de responsabilidade do comerciante individual, através de um forma não-societária de patrimônio separado,⁸³ qual seja, o estabelecimento individual com responsabilidade limitada.

82. Decreto-lei n. 248/86, Exposição de motivos, n. 1 in *Boletim do Ministério da Justiça*, Suplemento ao número 359, Lisboa, 1986, julho e agosto, p. 384 (385).

83. É interessante reproduzir a comparação feita pelo legislador com a situação do Direito alemão, que teria permitido a introdução da sociedade unipessoal com responsabilidade limitada naquele país:

Foram duas, no essencial, as razões que levaram o legislador alemão a optar pela solução consagrada na GmbH Novelle de 1980:

a) A grande difusão que a *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* unipessoal conhecia na prática: há longo tempo admitida pela doutrina e jurisprudência, o próprio legislador a tinha já reconhecido (assim, o § 15 da *Umwandlungsgesetz* de 6 de novembro de 1986). Mas há mais. A práxis não legitimava apenas a sociedade de responsabilidade limitada que em certo momento, em virtude de vicissitudes normais de sua existência jurídica, ficara reduzida a um só sócio: ia bastante mais longe, pois coonestava as próprias sociedades *ab initio* constituídas por um único sócio verdadeiro, secundado (por via das aparências) por um ou mais testas-de-ferro (*Strohmann*).

b) A maior facilidade em delinear um regime jurídico para essa situação: com efeito, a admissão da sociedade de responsabilidade limitada de um único sócio (*Einmann-GmbH*) apenas implicaria a adaptação de algumas normas do regime da GmbH, ao passo que a outra opção — criação da empresa individual de responsabilidade limitada — levantaria muito mais graves dificuldades”.

Em seguida, o legislador comenta as implicações institucionalistas de tal escolha e, afinal, faz a comparação com o ordenamento português:

“Quanto, porém, ao nosso país, as coisas não se apresentavam do mesmo modo: as razões apontadas no número anterior não valem aqui com a mesma intensidade.

“É certo que a idéia de sociedade com um único sócio encontra hoje aceitação generalizada tanto na doutrina quanto na prática, e até o Novo Código das Socieda-

O pragmatismo da crítica (aliás, expressamente assumido pelo legislador português) é evidente.

Totalmente diferente é a justificativa do projeto francês de limitação de responsabilidade do comerciante individual, cronologicamente anterior à lei portuguesa. Trata-se do chamado projeto Champaud, que leva o nome do presidente da comissão constituída em 26 de outubro de 1977 pelo Ministro da Justiça francês para estudar a possibilidade e a forma mais conveniente de introduzir a limitação de responsabilidade do empresário individual no ordenamento francês. O relatório final, de fevereiro de 1978, apresenta pontos de grande interesse, sobretudo pela análise das razões jurídicas que aconselham a escolha da forma "não-societária".

O legislador francês, ao contrário do português, parece plenamente convencido, por razões dogmáticas, da superioridade da fórmula não-societária. Argumenta que é preciso evitar as ficções societárias, consistentes em Assembleias Ordinárias, gestão colegiada etc. e que sobretudo nas sociedades unipessoais representam mera formalidade, contribuindo mais "para enganar terceiros que para assegurar-lhes coerência, integridade e objetividade das decisões de gestão do patrimônio afetado à empresa social".⁸⁴

b) *As tentativas de construção em forma não-societária* — As mais recentes e mais famosas tentativas de resolução do problema em forma não-societária são exatamente a francesa e a portuguesa.

des Comerciais, vencidas algumas hesitações, lhe dará consagração igual àquela que um importante setor da doutrina nacional de há muito vinha preconizando.

"Mas, em contrapartida, não deixa de ser verdade que entre nós (diferentemente do que acontece na Alemanha) nunca se admitiu — entre outras razões por fidelidade à idéia de sociedade contrato — a unipessoalidade originária. E não menos certo é, por outro lado, que (e também ao invés do que se passa naquele país) as contribuições doutrinárias portuguesas sobre a regulamentação jurídica específica das sociedades de um único sócio são escassas. A hipótese configurada no artigo 488 daquele novo Código repercutiu um regime excepcional, que não altera essa forma de ver as coisas.

"Eis porque, tudo pesado, não parece que a figura da sociedade unipessoal, nos latos termos em que passou a ser admitida no Direito alemão e francês, seja em Portugal o instrumento jurídico mais apropriado para a solução do problema da limitação de responsabilidade do empresário individual. Mais lógico e mais conforme com os princípios tradicionais do nosso Direito se apresenta o outro caminho apontado: a criação de um novo instituto jurídico — o estabelecimento mercantil individual com responsabilidade limitada. Essa se afigura ser a solução preferível, apesar da inovação que representa e das acrescidas dificuldades de regulamentação que de termina" — *Boletim*, cit., pp. 388 a 390.

84. Cfr. C. Champaud, "L'entreprise personnelle", cit., p. 607.

A francesa, não aprovada, merece destaque pela originalidade do projeto apresentado, que propõe a criação de três massas patrimoniais. A primeira, destinada à empresa, não poderia servir para garantir os credores pessoais do sócio. A segunda porção não seria destinada *ab initio* à empresa, mas poderia sê-lo por iniciativa dos credores insatisfeitos (*i.e.* que não conseguiram receber seus créditos) ou do próprio empresário individual. A terceira parcela é o assim chamado *patrimoine indisponible e insaisissable*, o mínimo necessário à sobrevivência do empresário e de sua família. Para proteger a integridade desse patrimônio prevê-se até mesmo a nulidade das garantias pessoais prestadas. Em compensação, para a tutela dos credores prevê-se a adesão obrigatória a uma *Caisse de Garantie*, uma caixa comum à qual os empresários devem contribuir em proporção ao seu pecúlio.

Os objetivos econômicos são evidentes. Em primeiro lugar, evitar o abalo de crédito descrito acima, através da existência de uma parte "flexível" do patrimônio. Em segundo lugar, eliminar os privilégios dos credores com maior poder de barganha, como os bancos, que podem exigir garantias pessoais do empresário individual. O próprio projeto reconhece, no entanto, que uma garantia efetiva não foi criada. Sendo as quotas da *Caisse de Garantie* transferíveis, é óbvio que os credores economicamente mais fortes poderão exigilas como garantia.⁸⁵

A empresa individual, no projeto francês, não é dotada de personalidade jurídica. Tal característica dificulta sua transferência, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. A regra, na verdade, é a liquidação da empresa por morte do titular,⁸⁶ podendo ser modificada apenas em caso de previsão específica no estatuto da empresa. Já a cessão *inter vivos* é possível, desde que tenha como objeto a empresa inteira. Nesse caso, considera-se existente uma cessão de débito e atribui-se direito de oposição aos credores.⁸⁷

As desvantagens de um tal sistema são claras. Em primeiro lugar, a perda de liquidez da empresa. O interesse do empresário a uma forma organizativa de difícil transferência só poderia ser reduzido. Somando-se a tudo isso o sistema exageradamente complicado de separação patrimonial,⁸⁸ entende-se perfeitamente o porquê

85. Cfr. C. Champaud, "L'entreprise personnelle", cit., p. 605.

86. C. Champaud, "L'entreprise personnelle", cit., p. 630.

87. C. Champaud, "L'entreprise personnelle", cit., p. 636.

88. A respeito do funcionamento prático do sistema v. R. Weigmann, "La società unipersonale: esperienze positive e prospettive di diritto uniforme" in *Contratto e impresa*, 1986, p. 830 (841).

de sua rejeição e da prevalência da solução societária na lei n. 85.697, de 11 de julho de 1985, que introduziu no ordenamento francês a sociedade unipessoal com responsabilidade limitada.

Já a lei portuguesa tem um menor preconceito contra a forma societária. Seu maior pragmatismo revela-se não apenas na exposição de motivos, mas também nas regras específicas. Nota-se um grau muito maior de aproximação das regras societárias. É o caso, por exemplo, das regras relativas às formalidades e aos efeitos da constituição do estabelecimento (arts. 2-7), das regras sobre a integralização, modificação e proteção do capital social (arts. 12-26).

Os problemas relativos à circulação permanecem, porém, os mesmos do projeto francês. E não poderia esperar-se outra coisa de um organismo dotado de um limitado grau de autonomia negocial e patrimonial relativamente ao seu titular.⁸⁹

A morte do titular não implica a liquidação imediata da sociedade, como no projeto francês. No entanto, se em noventa dias os herdeiros não conseguirem chegar a um acordo sobre o destino a ser dado ao estabelecimento, qualquer um pode requerer sua liquidação (art. 23, n. 3). A continuação da empresa pode, conseqüentemente, ser considerada na prática uma exceção.

Problemas existem também com relação à circulação *inter vivos*. Não na medida dos existentes com relação ao projeto francês, pois a transferência não é considerada cessão de crédito. Mas tanto lá como aqui é possível apenas a venda total do estabelecimento (art. 21). Não existe qualquer dispositivo relativo à cessão parcial, o que faz pensar que não seja possível sem mudança de forma (ou seja, conversão para a forma societária).

Como no projeto francês, a limitação de responsabilidade está sujeita a restrições. Funciona em um único sentido, impedindo que os credores do "estabelecimento" tenham acesso aos bens particulares do comerciante (art. 11, n. 1). O "estabelecimento", ao contrário, responde pelos débitos particulares do sócio caso seus bens sejam insuficientes (art. 22). Trata-se de solução tida pela doutrina como coerente com a caracterização do "estabelecimento" como patrimônio separado no ordenamento português.⁹⁰ Parece, no entan-

89. Cfr. *Boletim*, cit., pp. 390 e ss., Exposição de motivos n. 7, onde o legislador preocupa-se em definir o "estabelecimento" como patrimônio separado, negando-lhe qualquer tipo de personificação — com relação à definição do estabelecimento com patrimônio separado v. em sentido crítico J. O. Ascensão, "Estabelecimento comercial e estabelecimento individual de responsabilidade limitada" in *Revista da ordem dos advogados* (Portugal), 1987, p. 10.

90. J. O. Ascensão, "Estabelecimento comercial", que faz a afirmação, bastante discutível, segundo a qual a responsabilidade do estabelecimento pelos débitos

to, que tal construção só seria verdadeiramente coerente se o patrimônio separado não fosse dotado de subjetividade jurídica própria. Não é o que ocorre. O estabelecimento participa do comércio em nome próprio (v. art. 9). Parece assim bastante arriscado admitir a concorrência de outros credores sobre essa garantia, sobretudo considerando-se os interesses dos credores que negociaram com o estabelecimento com base na garantia oferecida pelo capital social.

É interessante destacar, finalmente, a solução proposta pelo legislador peruano, em muitos aspectos mais equilibrada que a francesa e a portuguesa. Em primeiro lugar, vincula aplicação da lei diretamente às dimensões da empresa ao fazer referência, em seu art. 1º, à pequena empresa, que por sua vez vem definida segundo as suas dimensões econômicas. O legislador peruano copia claramente as regras das sociedades, adaptando-as quando necessário: assim, são órgãos sociais obrigatórios o titular e a gerência (art. 36). De outro lado, tenta obviar os problemas de transferência da empresa. Prevê que o direito do titular sobre o patrimônio é um bem móvel incorpóreo (art. 25), que pode ser transferido por ato *inter vivos* ou sucessão *mortis causa* (art. 27). Para o caso da sucessão *mortis causa*, os herdeiros têm um prazo de quatro anos para decidir a respeito do destino do empreendimento, período durante o qual a empresa será administrada por aquele a quem corresponderia a inventariança do espólio (art. 31). Dentro desse período, a empresa deverá ser transferida a um terceiro, adjudicada a um dos herdeiros ou então transformada em uma sociedade comercial de responsabilidade limitada.

O grande mérito é, ao mesmo tempo, o grande defeito da legislação peruana: a especificidade das regras. O legislador reescreveu uma lei de sociedades para o empresário individual, quando poderia ter atingido o mesmo objetivo através da introdução de disposições específicas que criassem e regulassem a sociedade unipessoal.⁹¹ Decorrencia direta desse problema é a questão da aplicação individual de regras. Adotando a formulação societária, as regras e princípios organizativos do Direito das Sociedades serão sempre aplicáveis. Não ocorre o mesmo quanto à solução não-societária: as lacunas legais dão excessiva liberdade organizativa às partes, criando um clima de incerteza para terceiros, credores ou não.

do comerciante não inquina a sua qualificação como patrimônio separado porque "essa depende apenas da imunidade do patrimônio pessoal".

91. A semelhança é tão grande a ponto de induzir o observador estrangeiro a considerar a sociedade — é o que acontece com D. Moeremans, "Recepción", cit., p. 171.

c) *Conclusão: sociedade unipessoal versus empresa individual*

De um certo modo já foi adiantada a conclusão a ser tirada. Deve primeiramente ser afastada de plano a escolha de uma ou outra forma baseada em considerações de ordem principiológica. Como se verá no tópico seguinte, teorias como a do contrato-organização permitem superar qualquer óbice teórico ao reconhecimento da sociedade unipessoal (v. *infra* cap. I, n. 4). Ademais, hoje a doutrina predominante renega a idéia da unidade do patrimônio, que impedia o reconhecimento de formas não-personalizadas de patrimônio especial. Falar em princípio da unidade do patrimônio implica confundir as noções de patrimônio e a de personalidade. Se o patrimônio é necessariamente uno, ele não seria um conjunto de bens, mas sim a própria aptidão para ter direitos e contrair obrigações. Nesse momento, tornar-se-ia um conceito inútil.⁹² A doutrina moderna, seguindo e desenvolvendo a teoria de Brinz, tende a considerar o vínculo do patrimônio *objetivo* e não *subjeto*. Define-se patrimônio como “o conjunto de bens coesos pela afetação a fim econômico determinado”,⁹³ admitindo portanto patrimônios gerais e patrimônios especiais.

Afastada também deve ser a contraposição entre patrimônio separado e personalidade jurídica. Isto porque este último termo permite captar apenas um dos aspectos envolvidos pela realidade empresarial (a capacidade negocial), nada dizendo em relação ao regime de responsabilidade (existem pessoas jurídicas com e sem responsabilidade limitada), fundamental para objetivos do presente trabalho (v. a respeito *infra* cap. II, n. 3.1.1, b).

Dá a contraposição ser sempre feita entre *fattispecie* que envolvam ambos os aspectos (capacidade negocial e limitação de responsabilidade). E são eles a empresa individual e a sociedade unipessoal, respectivamente um patrimônio separado qualificado por regras sobre capacidade negocial e uma pessoa jurídica dotada de responsabilidade limitada (vale lembrar que neste trabalho a referência é sempre às sociedades por quotas e por ações).

Afastados os problemas principiológicos, a análise de ambas as formas organizativas (sociedade unipessoal e empresa individual) deve ser feita com base em elementos sistemáticos e aplicativos. Como visto, os dois textos legislativos analisados fizeram surgir duas críticas à sociedade unipessoal com responsabilidade limitada. A primeira refere-se ao seu caráter potencialmente fraudulento. Trata-se de crítica que não se sustenta. Basta observar que tudo depende da normativa escolhida para proteger os terceiros, que pode ser introduzida tanto através do *nomen iuris* sociedade unipessoal quanto

92. Cfr. O. Gomes, *Introdução*, cit., p. 209.

93. Cfr. O. Gomes, *Introdução*, cit., p. 210.

através da empresa. Aliás, se um juízo apriorístico devesse ser feito, seria necessariamente favorável à sociedade, forma organizativa dotada de plena subjetividade jurídica e com vocação específica para a separação de esferas.

A segunda crítica, de ordem sistemática, refere-se à inadaptabilidade da sociedade unipessoal a ambientes fortemente contratuallísticos, onde seria mais indolor a introdução de um tipo organizativo não-societário.

Trata-se, porém, de argumento que pouco prova. Como se verá mais adiante, mesmo nos sistemas mais contratuallísticos, como o italiano, vem-se hoje admitindo a sociedade unipessoal, com base na teoria do contrato-organização.

Mas o argumento mais forte a favor da solução societária parece vir da prática. Com efeito, argumentos de caráter sistemático podem sustentar-se somente em situações ideais. No caso ora em análise, dever-se-ia imaginar uma realidade de empresários que exercitam todos a atividade em nome próprio e querem escolher a forma organizativa mais conveniente para o exercício do comércio. Nesse caso, e somente nesse caso, poder-se-ia pensar em escolhas de política legislativa, como a de manter a coerência sistemática, ainda que em prejuízo de um maior incentivo à pequena e média empresa.

Uma tal situação, porém, não existe. E são os próprios legisladores a admiti-lo. A introdução de uma forma de limitação de responsabilidade do comerciante individual decorre exclusivamente do reconhecimento de uma situação de fato, consistente na utilização de sociedades fictícias, com um ou mais homens-de-palha (*Strohmann*), introduzidos com o único objetivo de permitir a limitação de responsabilidade.⁹⁴

94. Cfr. C. Champaud, “L’entreprise personnelle”, cit., p. 594, que analisando a situação francesa, afirma: “On peut estimer que les 2/3 de quelques 140.000 S.A. françaises (elles ne sont que 2 a 3.000 en Allemagne) sont, en fait, des entreprises personnelles. Une enquête réalisée en 1972 auprès de 200 experts comptables révèle que 53% au moins des 8.000 sociétés qu’ils connaissent parfaitement bien étaient, en réalité, des entreprises purement individuelles revêtues d’une forme sociale”.

Na Alemanha, estima-se que antes da introdução da GmbH Nouvelle de 1980 um quarto das GmbH fossem na realidade sociedades unipessoais: v. H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht*, vol. 1, München, Beck, 1980, p. 6, nota 7.

A luz de uma tal situação de fato parece indispensável a existência de um coordenamento entre os novos instrumentos e a realidade concreta. Nesse sentido a crítica de Ascensão ao texto português: “Há uns anos tornou-se célebre essa *houtade* de Pittigrilli: a melhor maneira de acabar com uma tentação é ceder-lhe. Talvez nela se tenha inspirado o legislador português. Preocupado com o número de sociedades fictícias, com as quais se procurava afinal obter o resultado da limitação de responsabilidade mediante sócios pintados, o legislador entendeu que a melhor maneira de

Frente a uma tal situação, é necessário levar em consideração, em primeira linha, as vantagens relativas de cada uma das hipóteses. Em caso de instituição de uma forma que não ponha à disposição do empresário as mesmas vantagens da sociedade, esse continuará a fazer uso das sociedades fictícias.⁹⁵ E o interesse perseguido pelo empresário não é, evidentemente, apenas a limitação de responsabilidade. Se fosse, em muitos dos ordenamentos citados a figura do bem de família já serviria como parcial substituto à empresa individual ou à sociedade unipessoal. Na verdade, da maneira como é concebido nos sistemas que o reconhecem, o bem de família permite a separação de um ou mais bens (normalmente imóveis) necessários à sobrevivência da família e que não podem servir de garantia aos credores.⁹⁶

Para o empresário, é de importância fundamental dispor de um instrumento que lhe permita ao mesmo tempo organizar-se administrativamente, ter acesso ao crédito, e que seja enfim separado de sua pessoa. Os exemplos estudados demonstram que se o primeiro objetivo (e conseqüentemente o segundo, que acompanha a criação de uma organização adaptável à separação patrimonial) pode ser conseguido até mesmo com uma forma não-societária, através da criação de uma organização de tipo societário, o último, pela subversão sistemática que importaria, não é normalmente admitido.

A conseqüência das fórmulas não societárias é uma drástica redução da capacidade de circulação da empresa e de sua liquidez. Esses problemas traduzem-se na impossibilidade de venda parcial da empresa sem transformação de forma, ou seja, sem transformá-la previamente em sociedade. Torna-se, portanto, mais difícil a venda parcial com manutenção do controle, objetivando mera capitalização. De outro lado, reduz-se a possibilidade de preservação da empre-

acabar com elas seria acabar com a ilimitação de responsabilidade do comerciante em nome individual. Criou-se para isso a E.I.R.L. — sem, curiosamente estabelecer nenhuma ponte pela qual se integrassem nestas as sociedades fictícias existentes” — “Estabelecimento comercial”, cit., p.7.

95. V. A. Grisoli, *La società con un solo socio*, cit., p. 68, v. também as dúvidas levantadas por J.O. Ascensão para o qual o mesmo tipo de raciocínio levaria a defender a eliminação dos impostos para resolver o problema da fraude fiscal — v. “Estabelecimento comercial”, cit., p. 7. Trata-se no entanto de um evidente exagero, na medida em que não é possível sequer comparar os efeitos jurídicos e econômicos da eliminação dos impostos e do reconhecimento da sociedade unipessoal.

96. Para o Direito francês v. a Loi du 12 juillet 1909, *sub* artigo 2.093, Code Civil. No Brasil, a figura é reconhecida nos artigos 70 a 73 do Código Civil. Na verdade, após a edição da lei n. 8.009 de 29.3.90, a residência do casal constitui bem impenhorável por disposição legal (art. 1º), não precisando ser constituído e registrado como tal por disposição de vontade das partes.

sa em caso de morte do empresário. Objeto da sucessão são diretamente os bens da empresa e não, como nas sociedades de capital, “os bens de segundo grau” representados pelas ações e pelas quotas.

Foi exatamente com base na convicção de que a circulação e a continuidade da empresa são dois elementos jurídicos básicos para que a forma organizativa seja realmente atrativa e proporcione verdadeiro incentivo às pequenas e médias empresas que a Comissão da Comunidade Européia optou pela forma societária como modelo base de organização da empresa individual.⁹⁷ Evidentemente, como ato relativo a uma comunidade de Estados, foi necessário levar em conta, para a escolha, a situação dos diversos ordenamentos que deveriam sofrer seus efeitos. Verificou-se que a maioria (França, Alemanha, Bélgica, Holanda e Dinamarca) já reconhecia a forma societária com responsabilidade limitada e que apenas Portugal admitia uma forma não-societária. Na versão final, adotou-se uma forma de compromisso político, estabelecendo a forma societária como paradigma para os Estados que não a reconheciam, mas admitindo a manutenção (art. 7) da forma não-societária nos ordenamentos que já a reconheciam antes da emanção da Diretiva (Portugal).

Também com respeito à limitação de responsabilidade, as sociedades não-societárias apresentam problemas. Como visto acima, a definição como patrimônio separado é equívoca, não permitindo identificar com precisão a regra de responsabilidade. Patrimônio separado pode existir tanto quando não há responsabilidade do titular por dívidas oriundas da atividade realizada com o patrimônio como quando o patrimônio separado não responde pelas dívidas particulares de seu titular, ou ainda quando ocorrem ambas as limitações. Enquanto a solução portuguesa leva a uma limitação unilateral (o comerciante individual não responde pelas dívidas do estabelecimento, mas o contrário não é verdadeiro), na França, apenas alguns bens particulares do sócio não respondem pelos débitos da empresa. Esse tipo de limitação apenas parcial não atinge o duplo obje-

97. “Afin de améliorer le cadre juridique des très petites entreprises, la Commission a présenté au Conseil en mai 1988 une proposition de directive visant à permettre, dans l’ensemble de la Communauté, la création de sociétés à un seul associé. Cette mesure est destinée à aider les individus à créer leur propre entreprise et à encourager aussi le travail indépendant. Elle permet à un homme d’affaire de passer du status de commerçant individuel à celui de société sans l’obligation de trouver des partenaires fictifs ou de gérer une société multipersonnelle. Cette proposition prévoit une distinction entre les avoires professionnels et personnels, une information claire des tiers sur les status de l’entreprise et facilite le transfert de l’entreprise en cas de décès du propriétaire ou dans d’autres circonstances. La société à un seul associé peut ainsi constituer une étape significative dans le développement d’une entreprise” — *Une politique de l’entreprise pour la Communauté*, agosto de 1989, Comissão CEE, p. 24.

tivo de impedir que a ruína empresarial traga consigo a ruína pessoal (irresponsabilidade do patrimônio pessoal pelas dívidas empresariais) e garantir aos credores sociais a integridade do patrimônio empresarial, impedindo a concorrência dos credores particulares (irresponsabilidade do patrimônio empresarial pelas dívidas particulares).

Todos esses problemas decorrem na verdade da já mencionada inadaptabilidade do instituto civilístico do patrimônio separado ao fenômeno empresarial. Inadaptabilidade consistente exatamente na impossibilidade de existência de “direito real” sobre a empresa, com reflexo direto nas formas de transmissão. É necessária uma forma jurídica que permita intermediar a relação entre empresário e empresa. Forma que deve também permitir levar em conta ativos não componentes do “patrimônio”, como a clientela, por exemplo.

Soluções parciais como o patrimônio separado não parecem capazes de resolver o problema da proteção dos credores, nem tampouco de fornecer um meio de incentivo à atividade do pequeno comerciante individual. Caso se queira insistir na forma não-societária, a solução mais aceitável e realista parece ser a de uma organização tão vizinha à societária e dotada de uma capacidade jurídica tão ampla, que chamá-la ou não de sociedade torna-se uma questão terminológica.

A conclusão no sentido da prevalência da forma societária não implica que essa esteja isenta de problemas. O principal deles parece ser a “ambigüidade funcional de fundo” da sociedade unipessoal com responsabilidade limitada, consistente exatamente no fato de que ela se apresenta objetivamente não apenas como expressão de um favor para a pequena e média empresa individual, mas também como instrumento de racionalização organizativa dos grandes grupos, capaz de lhes permitir a diversificação através de uma linha direta, simples e econômica, e de erigir obstáculos (de responsabilidade), permitindo circunscrever os episódios de crise.⁹⁸

Essa possibilidade de utilização ambígua cria suspeitas sobre a eficácia de uma disciplina unitária para a sociedade unipessoal que não leve em conta tais diferenças. O que se sustenta é muito simples: enquanto nos grupos a hipótese típica é a do sócio único, que é ele próprio uma empresa (*Unternehmen*), com interesses empresariais próprios e que pode, eventualmente, perseguir objetivos conflitantes com os da sociedade unipessoal, as sociedades unipessoais não de grupo caracterizam-se pela coincidência total (ao menos *a priori*) entre interesse empresarial do sócio único e interesse social.⁹⁹

98. Cfr. a opinião de G. Scognamiglio resumida por L. Balsano in “Un seminario sulle imprese unipersonali a responsabilità limitata” in *Giustizia Civile*, 1988, II, p. 228 (229).

99. Cfr. P. Behrens, *The one man company, Report on German Law*, XIII International Congress of Comparative Law, Canada, 1990, pp. 5 ss.

Evidentemente, para ser coerente com a assertiva acima, o conceito de grupo utilizado deve ser mais amplo, não incluindo apenas as sociedades unipessoais cujo sócio único é uma outra sociedade, mas também aqueles casos de sócio único, pessoa física que tem interesses empresariais em outras sociedades nas quais detém uma participação relevante. Em ambos os casos, existe a pluralidade de interesses empresariais, sendo provável a utilização de uma sociedade no interesse da outra. O conflito de interesse decorre, nesse caso, *ipso iure* da posição do sócio e conseqüentemente exige regras mais rigorosas de salvaguarda dos direitos de terceiros.¹⁰⁰ Foi reconhecendo essas diferenças que a XII Diretiva Comunitária deu liberdade aos países membros para prever regras mais rigorosas relativamente às sociedades unipessoais de grupo (entendida no sentido mais amplo especificado acima). O assunto será tratado mais profundamente no terceiro capítulo.

3.2.3 A limitação de responsabilidade do comerciante individual no Brasil

Nas páginas anteriores foram abordadas duas questões intimamente ligadas: a conveniência e as conseqüências econômico-jurídicas da limitação de responsabilidade do comerciante individual e a melhor forma de organizar a limitação de responsabilidade do comerciante individual.

Verificou-se que o debate hoje na Europa desenvolve-se predominantemente em torno da segunda questão. No Brasil, ao contrário, ainda não se chegou a um consenso a respeito da primeira.

a) *Patrimônio separado* — No Brasil, já há muito tempo se debate a respeito da conveniência ou não de se fazer uma exceção ao princípio da responsabilidade integral da pessoa pelos seus débitos.¹⁰¹

Pela própria forma como se colocava a primeira questão, a segunda, dela dificilmente cindível, vinha respondida em termos não-societários. As opiniões favoráveis à limitação de responsabilidade tendiam, de início, a defender a limitação de responsabilidade através da forma não-societária. Os poucos projetos legislativos apresentados, nenhum deles aprovado, eram todos nesse sentido.¹⁰² A

100. Cfr. V. Emmerich-J. Sonnenschein, *Konzernrecht*, München, Beck, 1989, p. 47.

101. Cfr. contra W. Ferreira, *Tratado de Direito Comercial — O estatuto do comerciante*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1960, pp. 261 ss.; W. Bulgarelli, *A teoria jurídica da empresa*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 416, a favor, S. M. Machado, *Limitação de responsabilidade do comerciante individual*, São Paulo, 1956; J. M. Othon Sidou, “A atividade negocial no anteprojeto do Código Civil” in *RT* 465/11; E. S. Carmo, “Sociedade unipessoal por quotas de responsabilidade limitada” in *RF* 303/ 23.

102. Cfr. W. Ferreira, *Tratado*, cit., p. 261 e J. M. Othon Sidou, “A atividade negocial”, cit., p. 14, esse último comentando o projeto “Orlando Gomes”.

isso contribuía também o tom bastante contratualista do Direito positivo em geral relativamente às sociedades (v. *infra* cap. I, n. 4.4).

Considerações de ordem sistemática impediram a aceitação da forma não-societária para a organização da atividade do comerciante individual. A principal delas encontra-se no próprio art. 16 do Código Civil: elencando referido dispositivo, de forma taxativa, apenas as sociedades (civis e comerciais), as associações e as fundações como pessoas jurídicas, surgiu o problema de como garantir ao empresário a subjetividade necessária para o exercício de suas atividades.

O velho problema da unidade do patrimônio retornava com outra face. Admitida a possibilidade de existência de patrimônios especiais não-personificados, coloca-se o problema de como atribuir a necessária subjetividade ao patrimônio separado. Ainda que fosse possível, como demonstrado, aproximá-lo da forma societária, atribuindo-lhe capacidade negocial, a perpetuidade e a transferibilidade não poderiam ser conseguidas sem a plena personificação. Tais características são obviamente de interesse para o empresário que pretende separar uma parte de seu patrimônio pessoal para a atividade empresarial. Em consequência, surge o dilema: personificar o patrimônio, adotando a forma societária, ou mantê-lo na forma não-societária e não-subjetivada (plenamente), o que diminui enormemente sua utilidade. Por esse motivo, afirmou-se anteriormente que o problema da unidade do patrimônio assume outra face: feita a distinção entre pessoa jurídica e patrimônio separado, o patrimônio passa a não ser mais necessariamente uno. O conceito, no entanto, ao menos para os fins empresariais, perde muito de sua utilidade, ao dificultar a transmissão e a perpetuação da empresa.¹⁰³

O legislador processual de 1973 pareceu tomar partido expresso na questão. O art. 591 do Código de Processo Civil contém a regra geral de responsabilidade patrimonial integral do devedor pelos seus débitos, à exceção das previsões legais contrárias. Essas exceções legais expressas são as previstas no art. 649 do mesmo código. Nelas não se encaixa a hipótese de patrimônio separado para fins de exercício de atividade de empresa. Nenhuma disposição existe quanto aos bens destinados a uma determinada atividade comercial.

O único dispositivo que poderia aproximar-se da hipótese aqui discutida é o inc. I do art. 649 do Código de Processo Civil, que diz serem impenhoráveis os bens inalienáveis e os bens declarados, por ato voluntário, não-sujeitos à execução. Poder-se-ia ter a impressão que o legislador teria aberto uma brecha para a separação voluntária de patrimônios. Não foi o que ocorreu, no entanto. Em

103. V. *supra* cap. I, n. 3.2.2.c; v. também opinião de C. M. Silva Pereira, *Instituições do Direito Civil*, vol. 1, 12ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1991.

primeiro lugar, o dispositivo refere-se aos bens absolutamente impenhoráveis. Assim sendo, caso um comerciante pretendesse utilizá-lo para formação de seu "patrimônio separado", qualificando como não-sujeitos à execução os bens nele compreendidos, a consequência seria pura e simplesmente que esses bens não seriam tampouco penhoráveis pelas dívidas comerciais. Ou seja, na prática, o comerciante não teria bens livres para dar em garantia e, conseqüentemente, não teria crédito.

Mas essa hipótese, além de sua inviabilidade prática, é também sistematicamente inadmissível. Com efeito, uma tal interpretação seria incompatível com o art. 591 do Código de Processo Civil, segundo o qual as exceções à responsabilidade patrimonial integral decorrem da lei e não da vontade das partes. Isso porque nesse caso a impenhorabilidade estaria sendo claramente utilizada como artifício para obter a limitação de responsabilidade. A conclusão é, portanto, pela inexistência de reconhecimento legislativo do patrimônio separado (como *retro* definido) no Brasil.

b) *Sociedade unipessoal* — Diversa é a situação relativamente à sociedade unipessoal. Na lei societária de 1976, o legislador abriu a porta para a introdução da fórmula societária. O institucionalismo ali introduzido, ainda que limitado nos seus efeitos (v. *infra*, cap. I, n. 4.4), fez duas concessões à sociedade unipessoal com responsabilidade limitada: em primeiro lugar, admitindo a constituição unipessoal quando o sócio único é uma sociedade comercial (art. 251); em segundo lugar, admitindo, nos demais casos, a manutenção por um ano da sociedade reduzida a um só sócio (art. 206, I, d).

Da mesma forma que o já citado parágrafo do Digesto (D. 3, 4, 7,2) serviu, na Alemanha do século passado, de porta de entrada para o reconhecimento jurisprudencial da sociedade unipessoal, esses dispositivos passaram desde então a servir de base para uma série de decisões relativas às sociedades por quotas de responsabilidade limitada reduzidas a um só quotista. Essas decisões ampliaram consideravelmente a aceitação da sociedade unipessoal no país.¹⁰⁴ Outro fator que muito contribuiu para a difusão das sociedades unipessoais, dessa vez exclusivamente entre as sociedades anônimas (já que entre as limitadas jamais houve imposição de número mínimo de quotistas), foi a redução do número mínimo de acionistas para a

104. V. Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 7.12.89 in *RT* 651/79 e j. 31.10.89 in *RT* 649/70; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, j. 1.11.88 in W. Bussada, *Código Civil Brasileiro interpretado pelos tribunais*, vol. IV, Tomo XII, sub. artigo 1.399, n. 2.152, p. 256; Supremo Tribunal Federal, j. 23.4.85 in *RTJ* 114/851, j. 3.4.79 in *RTJ* 92/884. Tais decisões serão analisadas mais detalhadamente *infra* cap. II, n. 3.2.2.

constituição da sociedade de 7 para 2 (art. 80, inc. I, da lei acionária de 1976). Dessa maneira, facilitou-se tremendamente a constituição das chamadas *Strohmannengesellschaften*, sociedades de dois sócios sendo um fictício, meramente nominal.¹⁰⁵

c) *Conclusão* — Se fosse necessário hoje descrever a situação do sistema brasileiro, deveria ser dito que não existe o reconhecimento legislativo de qualquer forma de limitação de responsabilidade do comerciante individual. O que existe é apenas uma forma de limitação de responsabilidade — a subsidiária integral — idealizada para os grupos, que não atende aos interesses da pequena empresa individual e que sobretudo não permite a diferenciação de disciplina exposta acima. A interpretação jurisprudencial tem tentado cobrir essa lacuna, sobretudo através da aplicação analógica dos princípios introduzidos pela Lei das Sociedades Anônimas às sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Portanto, hoje em dia o sistema brasileiro tende mais para o reconhecimento da limitação de responsabilidade através da forma societária. No capítulo II, tenta-se analisar mais profundamente a extensão do reconhecimento jurisprudencial e as possibilidades de construção doutrinária a partir dele.

4. *Contratualismo versus institucionalismo*

Identificadas as vantagens e desvantagens da solução societária como meio organizativo da empresa individual, segue-se logicamente uma outra questão: como justificar, dentro do ordenamento societário, uma sociedade dotada de responsabilidade limitada na qual não existe uma pluralidade de sujeitos? A questão pode ser formulada de outra maneira: como garantir o respeito à integridade do capital social na ausência de pluralidade de interesses? Como se verá, a experiência comparatística revela uma tendência a não confiar apenas em garantias formais como a publicidade, por exemplo. A admissão ou não da limitação de responsabilidade depende sempre do conceito específico de interesse social vigente em cada ordenamento.

Aqui se está diante de uma outra fronteira do Direito Societário alcançada pela sociedade unipessoal: a concepção da sociedade como contrato, de um lado, e de outro a sociedade concebida e organizada como instituição. A experiência comparatística demonstra a presença das duas soluções, que servirão de base à presente análise teórica.

105. Cfr. J. L. Correa de Oliveira, *A dupla crise da personalidade jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979, pp. 566-567.

4.1 *A teoria institucionalista*

A primeira solução teve maior elaboração na Alemanha, não por acaso a terra-mãe tanto do institucionalismo quanto da sociedade unipessoal com responsabilidade limitada.¹⁰⁶

O institucionalismo alemão remonta à formulação da doutrina do *Unternehmen an sich* desenvolvida por W. Rathenau no primeiro pós-guerra. O autor, economista e homem de negócios, influenciado pela gravíssima situação econômica da Alemanha no fim da primeira guerra mundial, identificava em cada grande sociedade um instrumento para o renascimento econômico do país.¹⁰⁷

Rathenau não utiliza o termo empresa em acepção técnica, identificando-a substancialmente com a grande sociedade anônima, como demonstra a utilização indiferenciada em sua obra dos termos *Aktiengesellschaft* e *Unternehmen*.¹⁰⁸ A origem econômica da teoria influenciou seus elaboradores no plano jurídico, que não se preocuparam excessivamente com uma construção teórica dos conceitos. Alguns sustentam que o termo é coincidente com o de sociedade por ações, outros que se trata de um conceito jurídico autônomo e externo ao de sociedade.¹⁰⁹ De qualquer forma, é inegável que o recurso ao termo *Unternehmen* é útil para o fim de identificar uma instituição não-redutível ao interesse dos sócios.¹¹⁰

106. Ainda que cronologicamente não tenha sido a primeira a reconhecê-la (na Europa, por exemplo, à parte a experiência do Liechtenstein, a Dinamarca passou a admitir a sociedade unipessoal em 1973), foi na Alemanha que o instituto teve a maior elaboração doutrinária.

107. Cfr. W. Rathenau, "La realtà della società per azioni, Riflessioni suggerite dall'esperienza degli affari" in *Rivista delle società*, 1966, p. 512, tradução italiana da obra *Von aktienwesen — eine geschäftliche Betrachtung*, Berlin, 1917 (não encontrada).

108. Cfr. P. J. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 20.

109. Como revela P. J. Jaeger, do ponto-de-vista normativo é muito grande a dificuldade em separar a disciplina do *Unternehmen* da disciplina da sociedade:

"... sembra impossibile tracciare una linea precisa fra attività della società e attività dell'impresa, se ad esempio se può dire che la ripartizione degli utili fra i soci non tocca in alcun modo gli interessi delle altre parti rappresentate nell'impresa, la deliberazione relativa alla parte dell'attivo da distribuire agli azionisti sotto forma di dividendi, e all'altra parte da imputare a riserve per i bisogni dell'impresa, investe invece in uguale misura entrambe i tipi di interesse. Tuttavia un giudizio definitivo che faccia preferire l'una concezione all'altra deve naturalmente fondarsi sul diritto positivo perchè astrattamente nulla impedirebbe al legislatore di superare questa difficoltà limitando la disciplina della società al regolamento dei rapporti interni al gruppo dei soci e trasferendo la soluzione di ogni altro problema sul piano dell'impresa?" — *L'interesse sociale*, cit., p. 50. Não se tem notícia porém da introdução de uma tal distinção tanto na Alemanha como nos demais ordenamentos analisados.

110. Significativo é o emprego atual do termo *Gesellschaftsinteresse* (literalmente traduzido: "interesse da sociedade") para identificar os interesses dos sócios e do termo *Unternehmensinteresse* (literalmente traduzido: "interesse da empresa") para identificar o interesse social.