

Atualidades

O PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO E AS EMPRESAS INDIVIDUAIS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

MARIA ANTONIETA LYNCH

1. A limitação da responsabilidade do empresário individual. 2. Meios técnicos. 3. Natureza jurídica. 4. Patrimônio de afetação: 4.1 Conceito e características; 4.2 O patrimônio de afetação na Lei 10.931/1994. 5. A EIRL como patrimônio de afetação.

1. A limitação da responsabilidade do empresário individual

A limitação do risco para o empresário individual se apresenta como um instrumento promotor de novas atividades e negócios, estimulando a criação de agentes econômicos empreendedores, que, com modestos capitais, contribuem para o desenvolvimento da nação.

A adoção de um regime patrimonial diferenciado para esta categoria de empresários assumiria relevante importância para a economia brasileira, pois, o tipo jurídico – firma individual – tem presença expressiva, segundo os dados disponibilizados pelo DNRC, que fornece dentre outras informações, o quantitativo de constituições anuais.

As estatísticas oficiais indicam que mais da metade das atividades econômicas nacionais são exercidas por empresários individuais, o que deixa clara sua predominância na economia.

Ressalte-se que sequer especulamos os percentuais referentes àquelas sociedades limitadas que na realidade têm uma constituição fática diferente da legal, posto que sem representar uma verdadeira reunião de pelo menos duas pessoas que dese-

jam unir esforços para alcançar um mesmo objetivo, externam-se sob essa forma apenas para cumprir os requisitos legais alcançando assim, a limitação patrimonial.

Deste modo, se nas atuais condições – pouco favoráveis – temos ampla utilização da firma individual, lógica e coerente é a recomendação no sentido de adotar um novo instituto que os afaste deste tipo jurídico, na feição como hoje está posto.

Assim, deve facilitar-se a iniciativa individual, minimizando as dificuldades que travam o desenvolvimento de atividades produtoras de bens e serviços, que pode ocorrer através de um instituto equitativo e isonômico capaz de limitar a responsabilidade do seu titular, nos moldes do tratamento dispensado às sociedades empresárias.

As vantagens não se restringem à seara econômica, mas também podem ser perceptíveis no campo social. A limitação patrimonial outorga ao empresário uma relativa seguridade pessoal, pois a parte de seu patrimônio que não foi destinada à exploração do novo negócio, fica protegida da ação dos credores da empresa. Assim, o patrimônio pessoal/privado do empresário assegura a subsistência de certos bens indispensáveis a ele e a sua família.

Evitam-se ou diminuem os negócios simulados, assim como o fechamento irregular de firmas individuais que desaparecem sem deixar rastros.

A atual ausência no Brasil de um instrumento legal que permita ao empresário individual limitar sua responsabilidade no mundo dos negócios, acarreta inevitavelmente a formação de sociedades fictícias.

2. Meios técnicos

O problema da natureza jurídica dos meios aptos a limitar a responsabilidade do empresário individual é talvez o ponto mais controvertido do tema como um todo. As soluções propostas pela doutrina são as mais variadas.

Nos últimos anos diversos países têm incorporado o princípio aos seus ordenamentos pelo reconhecimento de algum meio técnico-jurídico.

Alguns optaram por constituir um instituto de forma direta e explícita, incorporando a EIRL¹ como figura autônoma desprovida de estrutura societária. Outros se inclinaram pela introdução de adaptações às normas vigentes em matéria de sociedades, admitindo sua constituição com um único sócio. No último caso, podemos dizer que a concretização do princípio da limitação patrimonial para o empresário unipessoal ocorreu de forma implícita e indireta.

Assim, no que tange à natureza jurídica dos meios adotados podemos dividi-los em dois grandes grupos:

- a adoção de uma instituição autônoma conhecida como EIRL e
- a adoção da sociedade unipessoal.

Destaque-se, ainda, que, caracterizada como instituição autônoma, pode assumir a condição de patrimônio de afetação ou de uma pessoa jurídica do tipo socieda-

de anônima ou sociedade de responsabilidade limitada.

3. Natureza jurídica

A questão relativa à natureza jurídica do instituto é mais um dos difíceis temas que pairam sobre a figura da EIRL. As soluções são variadas e numerosas.

Contudo, antes de analisar quais são as formas que podem servir para dar existência legal ao instituto, é preciso esclarecer que, mais do que a natureza jurídica da EIRL, temos de um modo mais abrangente as formas através das quais a limitação se faz presente: ora como uma EIRL que pode ser uma figura autônoma, ora como uma sociedade, que, no caso, será unipessoal.

Quando a EIRL assume a condição de instituição autônoma, poderá ser considerada como um patrimônio de afetação ou ainda como uma pessoa jurídica. Assumida a condição de sociedade, estaríamos diante das unipessoais.

Nesse sentido, assinala Gonzalo Figueroa: "(...) a doutrina tem discutido extensivamente acerca da natureza jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada. As soluções propostas podem agrupar-se em duas classes: as que concebem esta instituição como um patrimônio de afetação distinto do patrimônio original do empresário e que carece de personalidade jurídica, pois ela não é necessária para seu adequado funcionamento e as que exigem que ela conte com dita personalidade jurídica, que estimam indispensável para o mesmo".²

2. Gonzalo Figueroa Yanez, *El Patrimonio*, 2ª ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 584. "(...) la doctrina ha discutido extensamente acerca de la naturaleza jurídica de la empresa individual de responsabilidad limitada. Las soluciones propuestas pueden agruparse en dos grandes clases: las que conciben esta institución como un patrimonio de afectación distinto del patrimonio original del empresario y que carece de personalidad jurídica, pues ella no es necesaria para su adecuado funcionamiento

1. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

Em sendo a EIRL reconhecida como instituição autônoma, portanto, nova e diferente dos institutos já existentes, o pressuposto é que estamos diante de uma entidade desprovida de estrutura societária.

Em assim sendo, temos duas situações.

Na primeira, a EIRL como estrutura organizativa empresarial, sem personalidade jurídica, assumiria a feição de patrimônio de afetação, definido como o conjunto de bens e direitos destinados ao cumprimento de uma finalidade. Patrimônio este, distinto do patrimônio originário do empresário titular.

Personificada, a EIRL faria surgir uma nova pessoa jurídica de direito privado distinta da pessoa de seu fundador,³ que também não assume a condição de sociedade empresária.

Na primeira situação, a presunção é da existência de uma pessoa física e de dois patrimônios. No segundo caso, a presunção é da existência de dois sujeitos cada um com seus próprios patrimônios.

Em síntese, a EIRL como patrimônio separado, sem personalidade, assume a condição da universalidade de bens, só podendo ser assim entendida se filiada à teoria finalista do patrimônio.

Sendo reconhecida como ente com individualidade própria dotada de personalidade jurídica, sem a condição de sociedade, seria uma instituição similar a uma fundação de direito civil, com fins lucrativos.

Antes de maiores delongas para compreender a EIRL como patrimônio de afetação é necessário conhecer o patrimônio e suas teorias.

to y las que exigen que ella cuente con dicha personalidad jurídica, que estiman indispensable para el mismo”.

3. Lembremos que quando da personificação da EIRL podem ser utilizados diversos tipos societários, dando origem as sociedades unipessoais, mas neste tópico a referência não é direcionada para essa alternativa que, como vimos anteriormente, é um meio capaz de limitar a responsabilidade patrimonial do empresário individual.

4. Patrimônio de afetação

Convictos da necessidade da adoção do princípio da limitação patrimonial para o exercente individual da atividade econômica, resta-nos analisar qual é a estrutura legal mais adequada para a sua concretização jurídica. Como vimos anteriormente, os meios utilizados para excepcionar a regra geral são variados, e a doutrina tem discutido bastante a natureza que lhe deve ser atribuída.

Nesse sentido vejamos o comentário do professor Gonzalo Figueroa: “As soluções propostas podem agrupar-se em duas grandes classes: as que concebem esta instituição como patrimônio de afetação distinto do patrimônio originário do empresário, e que carece de personalidade jurídica, pois ela não é necessária para seu adequado funcionamento, e as que exigem que ela conte com dita personalidade jurídica, que estimam indispensável para o mesmo”.⁴

Juridicamente, no Brasil, é sobre o conceito de patrimônio destinado a um fim, que acreditamos ser possível realizar-se legalmente a empresa individual de responsabilidade limitada.

No século XIX, as idéias individualistas impediram que a afetação patrimonial tivesse alguma possibilidade de aceitação. A unicidade patrimonial, portanto, era a regra, que tinha muitas de suas razões de ser baseadas nas dificuldades creditícias, posto que a precariedade do sistema de crédito da época e a necessidade de encontrar meios capazes de agregar capital fundamentavam a unidade patrimonial, sem possibilitar situações jurídicas distintas, vez

4. Gonzalo Figueroa Yanez, *El Patrimonio*, 2ª ed., cit., p. 646. “Las soluciones propuestas pueden agruparse en dos grandes clases: las que conciben esta institución como un patrimonio de afectación distinto del patrimonio originario del empresario, y que carece de personalidad jurídica, pues ella no es necesaria para su adecuado funcionamiento, y las que exigen que ella cuente con dicha personalidad jurídica, que estiman indispensable para el mismo”.

que poderiam se apresentar como perigosas.

Contudo, a situação da política creditícia assume outros contornos na metade do século XX, tendo a regra da unidade do patrimônio, perdido seu caráter absoluto, uma vez que economicamente a questão do crédito passou a tomar feições que beiravam um problema de oferta e de demanda.

Embora em muitos países tenha sido permitida a utilização das sociedades unipessoais, adstritas ao direito societário, temos fortes argumentos que nos levam a escolher e a reconhecer como mais adequada a afetação patrimonial para a EIRL.

Hoje, a doutrina renega a unidade patrimonial d'outrora, reconhecendo a possibilidade de formas não-pessoalizadas de patrimônio especial, adotando, portanto, a teoria objetiva, o que implica a viabilidade da separação de uma massa patrimonial reservada para o desenvolvimento de uma atividade empresarial.

Por conseguinte, superadas as dificuldades técnicas e doutrinárias para a adoção da EIRL, mister é o estudo da estrutura do instituto, considerada essencial para sua configuração.

Juridicamente, inexistem empecilhos que se apresentem como obstáculos para sua criação. Resta claro, porém, que é imprescindível uma lei que lhe dê vida, nada havendo na teoria geral que seja agredido de modo tal, a tornar inviável sua positivação.

É natural que a utilização da afetação enseje críticas e dificuldades, próprias de institutos novos, que, contudo, não têm o condão de afastar a sua adoção ou mesmo de considerá-la inapropriada, diante do que, consideramos que no Brasil, a opção técnica mais adequada para a positivação da empresa individual de responsabilidade limitada, é afetação patrimonial.

Deste modo, o empresário escolheria uma parte dos bens que compõem a totalidade de seu patrimônio para constituir a EIRL, de forma que a responsabilidade pelas obrigações contraídas na atividade eco-

nômica desenvolvida ficaria vinculada àquela parte do patrimônio que fora separada.

Inicialmente a opção pode até surpreender, já que longe está de ser a mais utilizada, além de não harmonizar com as características gerais que o instituto do patrimônio possui, mas é bom recordar que no caso das ciências sociais, pela própria natureza, podemos perfeitamente relativizar princípios gerais, admitindo figuras novas como exceções, sem a necessidade da precisão incontestes das ciências exatas.

4.1 Conceito e características

Patrimônio⁵ é o conjunto de bens, direitos e obrigações com expressão econômica. Pela doutrina clássica não é possível o seu desmembramento, vez que é considerado indivisível.

Essa indivisibilidade tem como fundamento o princípio segundo o qual a totalidade dos bens do indivíduo responde pelas dívidas. Os clássicos defendem que se assim não fosse, os indivíduos teriam liberdade para formar vários patrimônios e dessa forma lesar os seus credores que só têm possibilidade executória patrimonial.

Ainda que a teoria clássica inspire a legislação pátria, o princípio não é absoluto, sendo admitidas pelo Direito e por ele tuteladas situações nas quais é possível o desmembramento de parte da totalidade dos bens que integram a universalidade.

Nesse sentido Pontes de Miranda destacou: "Todo patrimônio é unido pelo titular único, ou por titulares em comum, mas únicos. Isso não quer dizer que a cada pessoa só corresponda um patrimônio; há o patrimônio geral e os patrimônios separados ou especiais. Só a lei pode separar patrimônios".⁶

5. O patrimônio é uma universalidade de direito. Como exemplo, temos também a herança e a massa falida.

6. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. V, Rio de Janeiro, Borsó, 1955, p. 368. No mesmo sentido, o alemão Andréas Von Tuhr, *Dere-*

Além das considerações doutrinárias do civilista, tanto no Anteprojeto de Código Civil quanto no Projeto de 1963 e 1965 respectivamente, tínhamos a previsão legal do patrimônio de afetação, que, contudo, não foi positivado no Código Civil de 2002.

Art. 348 do Anteprojeto do Código Civil de 1963. Patrimônio Separado – Do Patrimônio de uma pessoa pode ser separado um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, seja por mandamento legal, seja por destinação do titular.⁷

Art. 332 do Projeto de Código Civil de 1965. Patrimônio Separado – Do Patrimônio pode ser separado um conjunto de bens ou direitos vinculados a fim determinado, assim por mandamento legal como por destinação do titular.⁸

Como vemos o reconhecimento de patrimônios separados não se restringia à doutrina, alcançando também as propostas legislativas.

Em obra mais recente Caio Mario sintetiza: “Os escritores modernos imaginaram a construção de uma teoria chamada da afetação, através da qual se concebe uma espécie de separação ou divisão do

cho Civil – Teoría General del Derecho Alemán, Buenos Aires, Depalma, 1946, p. 406. “El patrimonio resulta de un conjunto de derechos que reciben unidad por corresponder a un mismo sujeto; de esta unidad se deriva que los hechos jurídicos y las relaciones que atañen al titular producen sus efectos sobre todos los derechos que en cada momento integran el patrimonio. El poder de disposición del titular comprende todos los objetos del mismo (...). En cambio la unidad se pierde cuando un conjunto de derechos cuyos elementos posiblemente son mutables, está regido por normas especiales. En el ámbito del patrimonio existe, entonces, una esfera jurídica más restringida, delimitada por criterios determinados y susceptibles de desarrollo económico propio de la misma manera que aquél. Hablase en este caso de patrimonio especial o de bien especial”.

7. Brasil, *Anteprojeto do Código Civil*, Rio de Janeiro, 1963, p. 43.

8. Brasil, *Projeto de Código Civil*, Comissão de Estudos Legislativos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Reforma de Códigos, 1965, p. 56.

patrimônio pelo encargo imposto a certos bens, que são postos a serviço de um fim determinado. Não importa a afetação na disposição do bem, e, portanto, na sua saída do patrimônio do sujeito, mas na sua imobilização em função de uma finalidade. Tendo sua fonte essencial na lei, pois não é ela possível senão quando imposta ou autorizada pelo direito positivo, aparece toda vez que certa massa de bens é sujeita a uma restrição em benefício de um bem específico. Surgida a doutrina no fim do século passado (Brinz), generalizou-se para compreender o dote, as garantias reais, as rendas vitalícias, as substituições, os bens enfitêuticos etc. Em todos esses casos, existem bens destacados do patrimônio do titular, e vinculados a uma destinação, que pode ser garantia, de transferência ou de utilização”.⁹

O patrimônio de afetação, de natureza excepcional,¹⁰ apresenta-se como a materialização da admissibilidade da segregação patrimonial, ou seja, é a exceção ao princípio da indivisibilidade do patrimônio. Pode ser considerado como o conjunto de bens, direitos e obrigações economicamente mensuráveis reservados para uma finalidade específica, ficando os bens que o compõem destacados do patrimônio do sujeito para cumprir a destinação para a qual foram individualizados.

Não obstante tratado como exceção, Planiol reconhece a afetação patrimonial para situações específicas, comentando:

- a) as pessoas somente podem ter um patrimônio;
- b) toda pessoa tem necessariamente um patrimônio;
- c) cada pessoa pode ter, unicamente, um patrimônio;

9. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. I, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 251.

10. Clóvis Bevilacqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Editora Rio, 1980, p. 168, também reconhece que existem exceções à unidade patrimonial.

d) o patrimônio é inseparável da pessoa.

Destas regras se infere que o patrimônio:

a) assenta na própria natureza de pessoa, considerada como capaz de ser sujeito, ativo ou passivo, de direitos e obrigações, tendo, portanto, aptidão para possuir bens ou assumir obrigações;

b) que o patrimônio não significa simplesmente riqueza, pois que pode ser constituído por direitos, que não se mostrem de valor positivo, embora apreciáveis economicamente, ou possam resultar num valor econômico positivo;

c) que o patrimônio, desde que se apresente como uma universalidade, tem que ser único, embora, por uma ficção jurídica, se permita seu fracionamento, como nos casos dos benefícios de inventário e na sucessão dos bens do ausente. Somente, assim, excepcionalmente, poderá o patrimônio ser dividido em massas distintas.¹¹

11. Marcel Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. I, Paris, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence, 1906, p. 671. "1^o. Les personnes seules peuvent avoir un patrimoine – Les personnes sont, par définition, les êtres capables de devenir sujets actifs ou passifs de droits: elles seules ont donc l'aptitude à posséder des biens ou à avoir des créances ou des obligations. 2^o. Toute personne a nécessairement un patrimoine – Une personne peut posséder fort peu de choses; n'avoir ni droits ni biens d'aucune sorte, ou même, comme certains aventuriers, n'avoir que des dettes: elle a néanmoins un patrimoine. Patrimoine ne signifie pas richesse; un patrimoine ne renferme pas nécessairement une valeur positive; il peut être comme une bourse vide et ne rien contenir. 3^o. Chaque personne n'a jamais qu'un patrimoine. – Le patrimoine est un, comme la personne; tous les biens et toutes les charges forment une masse unique. Ce principe de l'unité du patrimoine subit cependant des restrictions; il y a quelques institutions exceptionnelles qui opèrent dans le patrimoine une sorte de division, et qui en font deux masses distinctes. Le droit civil en offre, comme exemples le bénéfice d'inventaire accordé à l'héritier, et le bénéfice de la séparation des patrimoines accordé aux créanciers d'une personne défunte. Ces deux bénéfices ont pour résultat de séparer fictivement entre les mains de l'héritier deux masses de biens: ses biens personnels et les

Esse desmembramento não representa uma transferência de titularidade de bens, nem uma cisão patrimonial e muito menos a criação de um novo patrimônio distinto do patrimônio do titular.

Trata-se apenas da outorga de atribuições específicas para aqueles bens que foram atrelados a uma finalidade.

Segundo De Plácido e Silva, "(...) patrimônio autônomo ou patrimônio autonomizado, entende-se a *massa de bens*, que se constitui por si mesma ou se desmembra de outro patrimônio, para formar uma *universalidade de bens*, a que se afeta um fim ou um objetivo especial, em regra de interesse coletivo e para cumprir um destino, que lhe é determinado pelo poder público. O patrimônio autonomizado, próprio às *autarquias*, distingue-se do patrimônio das fundações. Nestas, a *fundação* é o próprio titular dos bens e direitos que o formam. Nas autarquias, embora o patrimônio seja administrado por um conselho ou diretoria, a que se confere *autonomia administrativa*, em verdade não pertence à instituição, mas ao próprio Estado, que as criou. Os bens do patrimônio autônomo acumulam-se em benefício da autarquia. Formam, aparentemente, um patrimônio próprio. Mas, juridicamente são bens que pertencem ao domínio do Estado. E, portanto, integram, também, o seu patrimônio".¹²

biens qui viennent du défunt, de sorte que l'héritier semble avoir deux patrimoines. Mais ce n'est là qu'une fiction, et qui n'a pas une valeur absolue. 4^o. Le patrimoine est inséparable de la personne. – Tant de la personne vit, il ne peut se produire aucune transmission de son patrimoine à une autre personne; elle n'en peut aliéner que les éléments, l'un après l'autre; son patrimoine, considéré comme universalité, n'est que la conséquence de sa propre personnalité, et il lui rest nécessairement attaché. C'est pour cela que toutes les transmissions qui se font entre vifs sont à titre particulier. La transmission de l'universalité du patrimoine ne peut se faire qu'après la mort de la décès. A ce moment, le patrimoine du défunt est attribué à des successeurs, qui seuls peuvent être des ayants cause à titre universel".

12. De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, v. III, 9^a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986, p. 594.

Pelo *Dicionário Jurídico* de J. M. Othon Sidou, define-se como Patrimônio Separado: “Abandamento, da universalidade patrimonial de uma pessoa, de um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, seja por mandamento legal, seja por destinação dada por seu titular. OBS. Hoje, com o desenvolvimento econômico, não prevalece mais a idéia de patrimônio monolítico, ademais porque nunca o foi no direito romano, e o exemplo está na instituição do *peculium*. Cf. Empresa individual de responsabilidade limitada”.¹³

Em relação à formação do patrimônio de afetação, Pontes de Miranda expunha: “O patrimônio separado ou especial forma-se pelo que nele entrou simultaneamente ou após a criação dele, pelo que se adquire em virtude de direito pertencente ao patrimônio, ou pelo que se há de sub-rogar àqueles ou a esses elementos, e pelo que se adquire em virtude de negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*, referente ao patrimônio”.¹⁴

Caio Mário observa: “Os bens, objeto da afetação, a nosso ver, acham-se, sem dúvida, vinculados ao fim, encontram-se gravados de encargo, ou são objeto de restrição. Assim entendendo, aprovamos a disposição contida no Projeto do Código Civil, que autoriza separar do patrimônio da pessoa um conjunto de bens ou direitos vinculados a um fim determinado, seja por mandamento legal, seja por destinação do titular. Separados do patrimônio, e afetados a um fim, são tratados como bens independentes do patrimônio geral do indivíduo. A afetação, porém, implicará composição de um patrimônio se se verificar a criação de uma personalidade, como se dá com as fundações. Caso contrário, eles se prendem ao fim, porém continuam encravados no patrimônio do sujeito. Não há,

pois, razão para romper com a concepção tradicional da unidade do patrimônio, com o qual se concilia a idéia de poderem existir, no patrimônio, massas de bens objetivamente considerados: bens dotais, bens de ausentes, bens da herança etc.”.¹⁵

Os patrimônios de afetação são incommunicáveis por natureza, o que não significa que ocorra uma cisão do patrimônio do titular. Isso quer dizer que um conjunto de bens é destacado do todo, entretanto não deixam de pertencer ao mesmo titular. Não há uma separação fática patrimonial.

A afetação tem como finalidade atribuir autonomia funcional aos bens reservados que ficam condicionados a uma função imposta quando da sua constituição – no caso é econômica – que em nada afeta o direito de propriedade de seu titular.

Para a constituição de patrimônios de afetação é necessária uma lei que expressamente determine a hipótese, o que em ocorrendo representaria mais uma exceção ao princípio segundo o qual o patrimônio constitui garantia geral dos credores.

O patrimônio de afetação não tem personalidade jurídica, distinguindo-se da universalidade de fato pela sua formação. Aquele, embora não tenha autonomia subjetiva, tem sua constituição determinada por lei. Esta, depende apenas da vontade do titular.

Resumindo, temos que, nas universalidades de direito há um conjunto total de bens, uma unidade completa, que não é o caso da EIRL que é apenas uma parte, um segmento de uma totalidade. Como patrimônio de afetação, embora encontremos o óbice na teoria geral em decorrência do princípio da indivisibilidade, devemos lembrar que nas ciências sociais existem as exceções que em nada invalidam a regra, mas apenas a relativizam, além do que temos precedentes recentes da utilização desse mecanismo.

13. J. M. Othon Sidou, *Dicionário Jurídico – Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, p. 622.

14. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. VI, cit., § 596, p. 378.

15. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 19ª ed., cit., pp. 251 e 252.

No que tange à personificação, não verificamos a sua necessidade. Senão vejamos o comentário de Federico Figueroa na sua obra *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*: “(...) o conceito de personalidade jurídica deve reservar-se àquelas instituições destinadas a reunir numa só, vontades que na realidade são distintas, a conferir características e atributos que não são os mesmos de seus sócios ou membros componentes, nem representam a soma deles, tudo o qual é alheio à empresa individual de responsabilidade limitada. Uma vez efetuada a afetação do patrimônio à dita empresa, seu nome, domicílio e nacionalidade, seu patrimônio será uma parte do patrimônio do constituinte, e sua capacidade será a do próprio empresário”.¹⁶

A afetação patrimonial¹⁷ embora não tenha sido reconhecida na legislação civil de 2002, tem precursores no ordenamento, dentre os quais podemos mencionar o bem de família,¹⁸ que conforme a doutrina¹⁹ é

16. *Apud* Gonzalo Figueroa Yanez, *El Patrimonio*, 2ª ed., cit., p. 648. “(...) el concepto de personalidad jurídica debe reservarse a aquellas instituciones destinadas a reunir *en una*, voluntades que en realidad son distintas, a conferir caracteres y atributos que no son los mismos de sus socios o miembros componentes, ni presentan la suma de ellos, todo lo cual es ajeno a la empresa individual de responsabilidad limitada. Una vez efectuada la afectación del patrimonio a dicha empresa, su nombre, domicilio y nacionalidad no son distintos de los del empresario que le dio nacimiento; su patrimonio será una parte del patrimonio del constituyente, y su capacidad será la del propio empresario”.

17. O tema também é tratado por Cássio M. C. Penteado Jr., “A afetação do patrimônio como exceção ao princípio de sua universalidade – Conteúdo jurídico e efeitos”, *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 16/102-111, São Paulo, Ed. RT, ano 5, abr.-jun./2002, e por Cláudia Fonseca Tutikian, “Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária”, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* 31/46-55, Porto Alegre, Síntese, set.-out./2004.

18. O bem de família é um imóvel – prédio residencial urbano ou rural – que se destina à residência familiar, sendo isento de execução por dívidas.

19. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil – Parte Geral*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, p. 347.

uma forma de afetação que tem por finalidade específica, a residência da família.

Digno de comentários é o art. 978²⁰ do Código Civil de 2002, que na sua construção faz referência ao *patrimônio da empresa*. De logo, criticável é a redação do dispositivo, pois tecnicamente não há como atribuir à empresa, a titularidade de um patrimônio, se ela é uma atividade econômica organizada qualificada e, por conseguinte considerada apenas como objeto de direito. Assim, desprovida da condição de sujeito de direito, não poderia ser titular do referido conjunto de bens – patrimônio.

Ainda, devemos esclarecer que a expressão *patrimônio da empresa* contida no artigo não apresenta relação alguma com o instituto proposto neste trabalho – EIRL. Na realidade, a finalidade do texto legal é consolidar o entendimento de que o empresário casado – qualquer um dos cônjuges – poderá alienar ou gravar de ônus real os imóveis que porventura integram o capital da firma individual, sem a necessária outorga uxória.

4.2 O patrimônio de afetação na Lei 10.931/1994

Completamente inovadora é afetação patrimonial estabelecida pela Lei n. 10.931/2004 alterando a Lei de Incorporações Imobiliárias, o Decreto-lei n. 911/1969, a Lei n. 4728/1965 e a Lei n. 10.406/2002. Este permissivo legal é sem dúvida um importante precedente na defesa da criação de um patrimônio de afetação para os empresários individuais, pois torna-se difícil se opor ao instituto, se já existe um precedente no direito positivo.

Nos termos do art. 31-A da Lei n. 4.591/1964, que institui o patrimônio de

20. Art. 987 do Código Civil: “O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real”.

afetação para as Incorporadoras Imobiliárias, temos:

Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime de afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

§ 1º. O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

§ 2º. O incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação.

No caso, o patrimônio de afetação poderá ser constituído do patrimônio de cada empreendimento imobiliário, destacando-se e diferenciando-se do restante do patrimônio da Incorporadora.

É essa sem dúvida a essência do patrimônio de afetação, que visa a dar maior segurança a determinadas relações jurídicas, já que há um lastro patrimonial que serve de garantia aos envolvidos.

No texto de Melhim Namen Chalhub²¹ que trata com exclusividade da afetação no âmbito das incorporadoras imobiliárias, encontramos enumeração dos as-

pectos mais importantes da medida adotada, dentre os quais destacamos as seguintes observações:

a) o acervo de cada incorporação imobiliária constitui patrimônio de afetação, destinado à conclusão da construção e entrega das unidades aos respectivos adquirentes;

b) o patrimônio de afetação não se comunica com o patrimônio geral do incorporador e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à própria incorporação.

5. A EIRL como patrimônio de afetação

Expostas as características gerais do patrimônio e analisados os dispositivos legais que regem a constituição do patrimônio de afetação no caso das incorporadoras, consideramos que, em decorrência da natureza e características do mesmo, ele apresenta condições de tornar possível a criação da EIRL com essa natureza.

Assim, a EIRL seria um conjunto de bens reunidos para a consecução de uma determinada finalidade econômica, ou ainda um núcleo patrimonial com destinação especial, que embora destacado, permanece dentro do patrimônio geral do empresário.²²

A EIRL assumiria, portanto, a condição de patrimônio de afetação, pressupondo a existência de uma pessoa física – o empresário individual – e de dois patrimônios, sem ter, portanto, a condição de pessoa jurídica.

21. Melhim Namen Chalhub, “A incorporação imobiliária como patrimônio de afetação – A teoria da afetação e sua aplicação às incorporações imobiliárias. Comentários à MP n. 2.221,

de 4.9.2001”, *Revista de Direito Imobiliário* 26/72 e 73, São Paulo, Ed. RT, ano 26, jul.-dez./2003.

22. Idem, p. 77.