

# PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PESSOAL DO EMPRESÁRIO SINGULAR: uma interpretação necessária

*Luiz Antonio Soares Hentz\**

**Sumário:** 1 A matéria constitucional no campo do direito privado. 2 Um problema a reclamar solução jurídica. 3 A limitação da responsabilidade do empresário. 4 O regime permissivo da desconsideração da personalidade jurídica. 5 Da antijuridicidade do entendimento de que o empresário singular tem a integralidade do seu patrimônio sujeito aos efeitos da falência e da execução civil. Conclusão Referências

- **Resumo:** Entende-se modernamente correta a aplicação dos direitos fundamentais constitucionais nas relações de direito privado. O princípio da isonomia impede que não se considere legítima a autonomia patrimonial relativamente ao empresário singular tal como ocorre nas sociedades. Equalização da matéria legislativa e solução do impasse jurídico mediante admissão da unipessoalidade empresarial.
- **Palavras-chave:** pessoa jurídica. autonomia patrimonial. sociedade unipessoal. falência.
- **Abstract:** It is understood the correct application of modern fundamental constitutional rights in private law relationships. The principle of equality prevents not consider legitimate the patrimonial autonomy for the individual entrepreneur as occurs in societies. Equalization of legislative and legal solution to the impasse by admission of the single shareholdership business.
- **Keywords:** legal person. patrimonial autonomy. sole proprietorship. bankruptcy.

## 1. A matéria constitucional no campo do direito privado

O advento da Constituição Federal vigente desde 1988 não representou sequer mínimo avanço em matéria de direito privado. Direcionada aos direitos e garantias individuais e coletivos e à normatização da atividade do Estado, a Constituição não interfere imediata e diretamente na iniciativa privada empresarial. Daí dizer-se que os preceitos constitucionais, como preceitos normativos, constituem-se em normas de organização política e social. A Constituição dirige-se ao legislador ordinário, detentor da prerrogativa de legislar sobre direito civil.<sup>1</sup>

As normas constitucionais, sujeitas a reformas por contingências políticas, estão distantes da segurança exigida pela normatização de natureza privada, vale dizer: aquela em que o Estado exerce sua precípua função de ditar regras jurídicas para disciplina das relações dos cidadãos

---

\* Professor adjunto (Livre-Docente) do Departamento de Direito Privado da Unesp – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (Campus de Franca-SP). hentz@soareshentz.adv.br.

<sup>1</sup> Cf. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. Cap. 1 - Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil.

e demais entes de direito privado.

Particularmente, as sociedades ditas empresárias no regime adotado pelo Código Civil de 2002 carecem de qualquer assento constitucional. Viabiliza-se assim a análise que se propõe acerca dos tratamentos díspares dispensados pelo ordenamento infraconstitucional no que concerne à responsabilidade do sócio e do empresário individual. E o melhor está na essência do direito constitucional, na sua tendência de assegurar a todos tratamento isonômico, o que se coloca na base da proposta ao final apresentada. Nesse ponto, a Constituição é a lei maior, não regulando as relações privadas, mas lhes garantindo resultado prático equivalente na aplicação da legislação ordinária a diferentes situações essencialmente injustificáveis. Começa a vingar a tese da aplicabilidade horizontal dos princípios constitucionais.<sup>2</sup> O Supremo Tribunal Federal assentou em substancioso aresto a correção desse proceder.<sup>3</sup>

Assim, sob o prisma da aplicação e interpretação das leis, a ordem constitucional vigente há mais 20 anos implica substancial avanço em favor do destinatário da legislação ordinária. E, na falta de conseqüente ação do legislador, tem o intérprete que extrair do comando constitucional os efeitos esperados, como no caso que adiante se demonstra.

## 2. Um problema a reclamar solução jurídica

A disparidade de tratamento jurídico-legal entre a sociedade e o indivíduo quanto às obrigações e responsabilidades nascidas do exercício da empresa, no Brasil, deve encontrar seu fim pela pena do intérprete. Isso porque o legislador do novo Código Civil furtou-se ao avanço e à clareza de raciocínio imprescindíveis para a aproximação, quanto aos efeitos jurídicos, das duas formas básicas pelas quais se pode desenvolver atividade econômica em caráter permanente. O problema e a solução encontram eco na Lei de Falências, aplicável a ambas figuras.

Reza o art. 972 do Código Civil (Livro II – Do Direito de Empresa) que

---

<sup>2</sup> Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; SOMBRA, Thiago. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004; VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

<sup>3</sup> Cf. RE 201.819-8/RJ-2ª Turma, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2005 e publicado no DJ de 27/10/2006, Ementário n. 2.253-4. O julgado define a garantia da ampla defesa e do contraditório para a exclusão de sócio de associação e traz na ementa: “EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.”

a atividade de empresário pode ser exercida pelos que “[...] estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.” Refere-se, evidentemente, ao empresário considerado *stricto sensu*, não o gênero que comporta esse e a sociedade empresária. E o art. 973, consentâneo com a natureza da atividade exercida pelo empresário (caracterizada, como se sabe, pela simplicidade, celeridade e ausência de formalismo), diz que “A pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se a exercer, responderá pelas obrigações contraídas.”

A Lei de Falências vigente (Lei n. 11.101/2005) no art. 102 impõe ao falido a inabilitação para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a sentença que extingue suas obrigações – ou, se houver condenação por crime falimentar com imposição de inabilitação, até cinco anos da extinção da punibilidade, podendo cessar antes pela reabilitação penal (181, I, e § 1º).

Por força do regime de responsabilidade imperante na sociedade (particularmente naquelas em que há solidariedade entre a sociedade e os sócios), a decisão que decreta a falência da sociedade também acarreta a falência dos sócios de responsabilidade ilimitada, recaindo sobre esses os mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à falida (art. 81 da Lei n. 11.101/2005). A inabilitação pode alcançar os sócios que tenham se retirado ou sido excluídos há menos de dois anos, quanto às dívidas existentes na data do arquivamento da alteração do contrato, no caso de não terem sido solvidas até o momento da decretação da falência.

### **3 A limitação da responsabilidade do empresário**

Esse breve panorama do regramento vigente impõe algumas considerações. A primeira é que a inabilitação não se confunde com a perda pelo devedor do direito de administração de seus bens e deles dispor. O devedor para efeitos de falência pode ser empresário (singular) ou sociedade empresária (coletivo), jamais o sócio, de modo que os bens pessoais não envolvidos na empresa não se incluem na restrição.

Quanto ao sócio, dispensa maiores indagações o fato de que a sociedade e o sócio são pessoas diferentes (um natural, a outra jurídica), inconfundíveis quanto ao regime obrigacional e a força que tem, no direito nacional, a pessoa jurídica, entidade distinta dos sócios pela barreira da autonomia patrimonial. *Societas distat a singuli* — conquanto a norma do art. 20 do Código Civil revogado não tenha similar no revogador, seu conteúdo jurídico se extrai, sem nenhum esforço, da excepcionalidade da desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50.

E o empresário que atua sob firma constituída por seu nome, conhecido como empresário ou firma individual, tem seus bens “pessoais” liberados para livre administração e disposição?

A circunstância de a pessoa jurídica ter sobrevivido ao regime jurídico do comércio, entrando para o direito civil sem correlação com o velho Código Comercial, é responsável pelo cuidado que se deve ter com a resposta pedida. No Código de 1916, o art. 18 atribuía taxativamente a condição de pessoas jurídicas de direito privado às associações (I); às sociedades (II); e às fundações (III). O Código de 2002 manteve inalterável o rol (art. 44), depois alargado com a inclusão, pela Lei n. 10.825/2003, das organizações religiosas e partidos políticos. No âmbito das atividades econômicas, somente as sociedades (empresárias e simples) gozam da condição de pessoa jurídica. E o empresário *stricto sensu*, aquele que atua em seu próprio nome, incide em confusão patrimonial quanto à parcela do patrimônio utilizada na empresa e os demais bens, não ligados ao exercício da atividade econômica, constituintes de sua riqueza pessoal. Escapa apenas o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar, impenhorável por dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária etc. (Lei n. 8.009/90).

Porém, esse não deve ser motivo para sustentar dois regimes de responsabilidades diametralmente opostos: o sócio não é atingido por restrições, nem responde com seus bens pela falência da sociedade empresária (ao menos nas de responsabilidade limitada, praticamente as existentes e operantes); o empresário individual se sujeita à perda do poder de administração e disposição de todo o seu patrimônio, recaindo sobre ele a arrecadação dos bens na falência e penhora nas execuções individuais. Em nosso sentir, entretanto, o ordenamento jurídico e o direito comparado oferecem solução que aproxima as duas situações.

Aliás, a Constituição Federal – tão lembrada em direitos da cidadania e pouco invocada em tema de direitos patrimoniais privados, como aventado na introdução —, a par de assegurar a igualdade de todos perante a lei no *caput* do art. 5º, no inciso LIV exige devido processo legal para privar alguém dos seus bens. Que igualdade e que processo legal são esses que sonegam *a priori* o direito de propriedade ao empresário, mas não o faz em relação ao seu semelhante que porventura se valha da sociedade para exercer as mesmas atividades?

Bem se sabe que o princípio do devido processo legal dirige-se ao legislador e autoridades do Estado (entre essas, o juiz), vedando que procedam a ingerências indevidas nos bens e na liberdade das pessoas, de modo arbitrário e sem observância adequada de procedimentos que assegurem os direitos atingidos. O princípio é afrontado na medida em que os bens pessoais são indisponibilizados sem atenção ao fato de não integrem o “patrimônio” empresarial, ou não ser produto de ganhos havidos pelo empresário no exercício da atividade.

O direito estrangeiro tem por resolvida essa questão, em vários países,

por, basicamente, dois institutos, ambos inadmitidos como regra no Brasil até então. O mais consentâneo com a estrutura jurídico-patrimonial pessoal e empresarial pressupõe a afetação de parcela do patrimônio para os riscos do negócio – e sobre os bens especificados recai a limitação de responsabilidade (França, Portugal). Outra forma é a permissão legislativa para constituição de sociedade unipessoal, que fica inserida entre as pessoas jurídicas, não obstante a ausência de pluralidade de sócios (Itália, União Européia).

A jurisprudência em regra mostra-se avessa a interpretações avançadas no âmbito do direito privado. Depara-se constantemente com a negação da igualdade de tratamento, sob o argumento da ausência de amparo legal.<sup>4</sup> É certo que o que se postula não tem, ainda, amparo legislativo no Brasil. Mas caminha-se para o aperfeiçoamento do instituto da responsabilidade do empresário. O projeto que se transformaria na Lei Complementar n. 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) trazia no art. 69 regra limitadora: os pequenos e micro-empresários apenas responderiam pelas dívidas empresariais com os bens e direitos vinculados à atividade empresarial – a responsabilidade viria a ser integral nos casos de desvio de finalidade, de confusão patrimonial e em relação às obrigações trabalhistas.

Aprovado pelo Congresso Nacional, o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República sob alegação de afronta ao texto constitucional, no que tange à responsabilidade tributária, regulada nos arts. 128 a 138 do Código Tributário Nacional. Imperdoável a fraqueza daquele a quem cabia sancionar a lei aprovada, bem como patente o desprezo ao art. 170 da própria Constituição (impõe aos entes federados outorgar às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado).

Portanto, o legislador criou, mas não vingou a figura do “empresário individual de responsabilidade limitada” que, pelo projeto original do deputado Mendes Thame (PL n. 5.805/2005), poderia também se revestir de forma societária com todas as quotas sob titularidade de apenas um sócio e teria sua responsabilidade patrimonial limitada ao montante do capital social

---

<sup>4</sup> Cf. STF-1ª Turma, no RE n. 100.195-0-DF, rel. Min. Oscar Corrêa, julgado em 11/10/1983, em que se afirma na ementa serem “indestacáveis os bens do patrimônio do titular e os da firma individual”, embora a matéria não tenha sido enfrentada no mérito por falta de prequestionamento (Ementário n. 1.315, p.528). No Agr.Reg. no AI n. 182.913-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 11/6/1996 pela 1ª Turma, afirmou-se a “indissociabilidade entre a pessoa física e o comerciante em nome individual”, embora, também nessa oportunidade, não tenha sido enfrentado o mérito da controvérsia. No STJ não é outro o entendimento: “Tratando-se de firma individual há identificação entre empresa e pessoa física, posto não constituir pessoa jurídica, não existindo distinção para efeito de responsabilidade entre a empresa e seu único sócio” (REsp n. 227.393/PR, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 21/10/1999 pela 1ª Turma e publicado no DJ de 29/11/1999 p.138).

anotado no registro próprio. *De lege ferenda*, ao menos, tem-se aí a vontade do legislador, que pode ser captada como esforço interpretativo para a solução aproximativa que se sustenta.

*De lege lata*, a limitação de responsabilidade do empresário de modo a que a perda do patrimônio, em caso de insucesso da empresa, se restrinja ao patrimônio empresarial, pode ser extraída da regra constante do art. 978 do Código Civil. Os bens que integram o *patrimônio da empresa* podem ser alienados ou gravados de ônus real pelo empresário casado sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens. Ora, na lei não há inutilidades; a separação do patrimônio da empresa em relação ao patrimônio “pessoal” do empresário está assegurada pelo dispositivo. Ficam ele e seu cônjuge autorizado ao manejo de instrumentos judiciais de defesa dessa parcela patrimonial imune aos efeitos nefastos da empresa.

O Código Civil traz, ainda, considerações sobre *patrimônio especial*, sujeitos os bens dele integrantes à execução das dívidas sociais nas sociedades irregulares (art. 988) e nas sociedades em conta de participação (art. 994), não dotadas de personalidade jurídica.

Resta ver que para determinadas atividades civis a limitação de responsabilidade foi implantada mediante a criação de patrimônio de afetação. Está presente na Lei n. 10.931/2004, que a autorizou nas incorporações imobiliárias mediante introdução da sistemática na Lei n. 4.591/64 (art. 31-A a F), expressamente dispondo que os efeitos da falência ou insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos. Vale dizer que, *a contrario sensu*, o insucesso do empreendimento compreendido pelo patrimônio de afetação não atinge bens do seu constituinte, o que implica a vigência de sistemática condizente com a defesa que se faz da responsabilidade do empresário limitada aos bens aplicados no desenvolvimento da empresa. O mesmo raciocínio se extrai da autorização para constituir patrimônio separado para securitização de recebíveis imobiliários (Lei n. 9.514/97, art. 10).

Por fim, mas sem excluir casos outros que podem ser pinçados da legislação pátria, o art. 931 do Código Civil reporta-se à condição de fornecedor do empresário, dizendo que “os empresários individuais e as empresas” respondem independentemente de culpa pelos produtos postos em circulação. A técnica legislativa não foi das melhores, embutindo no código geral uma natureza obrigacional pertinente ao micro-sistema do direito do consumidor. Mas presta-se a interpretar a intenção de responsabilizar a empresa e o empresário, ou seja, o patrimônio posto no negócio, não o patrimônio pessoal do titular da empresa.

#### **4 O regime permissivo da desconsideração da personalidade jurídica**

A partir da vigência do Código Civil, em 2003, o caráter absoluto da personalidade jurídica das sociedades cedeu espaço à relativização concebida pela teoria da *disregard doctrine*. Inscrita no art. 50, transformou-se em instituto jurídico de utilidade prática inegável quando a pessoa jurídica é devedora e os sócios têm bens para responder pelas obrigações contraídas, ou vice-versa. É considerada uma situação excepcional a quebra do rigor legal, pelo juiz, diante do caso concreto de abuso. Essa circunstância presta-se a afirmar a imperiosidade de ser estendido ao empresário individual o mesmo caráter excepcional para atingir os bens “pessoais”, assim considerados aqueles integrantes do patrimônio geral, mas não ligados à exploração econômica por meio da empresa.

Não se vai criar uma dupla personalidade, mas admitir efeitos similares à personalização das sociedades ao titular do patrimônio desdobrado em uma parte ligada ao exercício da empresa e outra reservada à pessoa natural, salvo a hipótese de abuso e fraude, quando então a separação seria desconsiderada, mediante aplicação dos conceitos implícitos no art. 50 do Código Civil.

Convém lembrar que a desconsideração albergada no art. 50 recebeu impulso de vários e respeitáveis juristas (e modesta, porém oportuna, contribuição de estudo desenvolvido sob nossa orientação, em 1999, pelo então bolsista do CNPq Marcelo Gazzzi Taddei, prontamente introduzida no relatório do Sen. Josaphat Marinho). A redação final é fruto das considerações do prof. Fabio Konder Comparato e ampliou sensivelmente o campo de ação do instituto em relação à doutrina precedente.

Por intermédio do Projeto de Lei n. 2.426/2003, do Dep. Ricardo Fiúza (arquivado na Câmara Federal), pretendeu-se regulamentar o art. 50 e disciplinar a declaração judicial de desconsideração da personalidade jurídica. Meramente assegurava-se o direito de defesa dos administradores ou sócios beneficiados pelos atos abusivos comprovadamente praticados, naturalmente sem instauração de uma lide incidental. Mas chamava a atenção o caráter restritivo que se pretendia atribuir ao novel instituto, somente recaindo os efeitos das obrigações da pessoa jurídica aos bens particulares do sócio ou administrador que tivesse praticado ato abusivo por desvio de finalidade ou confusão patrimonial em detrimento dos credores da sociedade ou em benefício próprio (art. 4º). Portanto, ato fraudulento sobre bens da empresa caracterizado por enriquecimento ilícito da pessoa natural. O instituto – regrado ou não por lei que assegure cumprimento dos ditames do devido processo legal (de qualquer forma,

cumpra ao juiz observá-lo por dever de ofício) – presta-se à finalidade de desconsiderar a separação patrimonial prevista, ainda que de forma embrionária, no art. 978 do Código Civil.

## **5 Da antijuridicidade do entendimento de que o empresário singular tem a integralidade do seu patrimônio sujeito aos efeitos da falência e da execução civil**

A ordem jurídico-legal não pode conceber soluções díspares para situações não destoantes por fatos ou circunstâncias particulares a cada uma delas. Impede-o o próprio senso de justiça e paz social, não bastasse a evidência do constituinte ter apregoado a igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput*).

O elemento de aproximação das situações jurídicas consideradas (empresário e sociedade empresária) é a novel teoria da empresa, enunciada no Código Civil no art. 966 - “[...] empresário é quem exerce atividade econômica organizada para produção e circulação de bens e serviços.” No pronome *quem* está contida a noção do singular e do coletivo. Portanto, o legislador optou por um regime único de regulação do empresário, considerado em sentido lato, não se afigurando consentâneo com esse posicionamento o tratamento díspar no regime de obrigações e responsabilidades.

Não se reveste de lógica o debate em torno da dupla personalidade que teria o empresário *stricto sensu*, aquele que atua em seu próprio nome civil. No exercício da empresa, ele é empresário; nas demais situações da vida civil age e responde como pessoa natural. São momentos distintos, de modo que a condição de empresário exclui ou afasta a sujeição ao regramento civil, submetido que fica ao direito especial que rege as relações de empresa.

## **Conclusão**

Há que se proteger, pelo meio jurídico que se fizer adequado, o capital privado do investidor. O avanço de credores no patrimônio remanescente em poder do investidor quando se torna empresário, ainda que sob firma individual, afigura-se atitude que o moderno direito constitucional não autoriza. Ou melhor: proíbe expressamente ao dizer que “- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...]” (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal). O processo legal exigido pela norma protetora do patrimônio individual encontra cabimento apenas nos casos do art. 50 do Código Civil, vale dizer, em que houver abuso da separação patrimonial. A doutrina do abuso da personalidade jurídica presta-se à proteção dos interesses dos credores também do empresário em nome próprio. Essa a conclusão que se chega, nesse ensaio, lembrando a tentativa

do legislador ordinário, por intermédio do Projeto de Lei n. 5.805/2005. Tomara que tentativas assim se renovem, dentro das possibilidades do processo legislativo, para que no futuro haja proteção legal ao patrimônio pessoal, restringindo a garantia dos credores aos bens e valores destacados para o exercício da empresa.

Com o direito estrangeiro de exemplo (mormente de França e Portugal), não pode a doutrina nacional se calar ante a ausência de texto expresso na legislação brasileira. Aliás, deve defender a aplicação do princípio da distinção patrimonial não obstante a inexistência, ainda, de lei nacional estendendo ao empresário individual o mesmo benefício da separação patrimonial vigente para as sociedades empresárias. Menos que isso é afugentar o investidor do modelo de empresário singular.

### **Referências**

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 2010.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal da Justiça**: jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 2010.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito de empresa no Código Civil de 2002**. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto. (Coord). **Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOMBRA, Thiago. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALE, André Rufino do. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

