

# PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PESSOAL DO EMPRESÁRIO SINGULAR

## uma interpretação necessária

*Luiz Antonio Soares Hentz*

[hentz@soreshentz.adv.br](mailto:hentz@soreshentz.adv.br)

**Sumário:** 1. Um problema a reclamar solução jurídica. 2. A limitação da responsabilidade do empresário. 3. O regime permissivo da desconsideração da personalidade jurídica. 4. Da antijuridicidade do entendimento de que o empresário singular tem a integralidade do seu patrimônio sujeito aos efeitos da falência e da execução civil. 5. A posição do espólio na falência. 6. Em conclusão.

### 1 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 pode-se 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 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, 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.

## **2 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, de modo taxativo, 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 sujeita-se 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 --, 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 sonham *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 que os bens pessoais são indisponibilizados sem atenção ao fato de não integrarem o “patrimônio” empresarial, ou não serem 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 normalmente é 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 (cf. STF, RE n. 100195-DF, rel. Min. Oscar Corrêa, julgado em 11/10/1983: “são indistacáveis os bens do patrimônio do titular e os da firma

individual”). 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 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 autorizados a manejarem 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 dispoendo 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.

### **3 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 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, cumpre 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.

#### **4 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 apregoadado 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.

## **5 A posição do espólio na falência**

Também pertinente à inabilitação, como condição extraordinária, encontra-se o espólio. Visto que o empresário pode agir em nome próprio na exploração de atividade para a qual seja admitido (art. 966, *caput*, do CC, observada a exceção e contra-exceção do parágrafo único), sobrevivendo o seu falecimento cabe ao espólio prosseguir na atividade e, se a atividade for própria de empresário, incidir em falência (art. 125 da LF) . O art. 1º da LFRE ajusta-se à hipótese de falência do espólio, assim como alcança o espólio de sócio ilimitadamente responsável, por força do disposto no art. 190 e demais dispositivos que se referem à figura do responsável solidário (v.g., art. 81). A falência do espólio, sendo assim, suspende o processo de inventário e, em consequência, retira de cena o inventariante.

Competirá ao administrador judicial realizar os atos relativos à massa falida, não os do inventário. Transitando em julgado a sentença que pôr fim ao processo de falência, o inventário retoma o seu curso, cumprindo ao inventariante representar o espólio até final atribuição aos herdeiros de eventual saldo.

A responsabilidade por dívidas do empresário falecido pode ficar restrita aos bens e direitos afetos ao exercício da empresa, bem assim as dívidas oriundas da continuação do negócio pelo inventariante. Trata-se da adoção da mesma sistemática limitadora na empresa desvestida da condição de espólio, que ora se sustenta.

## **6 Em 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, LIV, da CF). 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. Oxalá tentativas assim se renovem, dentro das possibilidades do processo legislativo, para que, *de lege ferenda*, haja proteção legal ao patrimônio pessoal, restringindo a garantia dos credores ao patrimônio destacado para o exercício da empresa.

Com o direito estrangeiro de exemplo (momento 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.