

ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL, LEI N. 13.874/2019 E DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO

Gustavo Ribeiro Rocha¹
Faculdades Milton Campos

Resumo

O presente trabalho apresenta, a partir da Lei n. 13.874, algumas importantes características da Ordem Econômica Constitucional no Direito brasileiro, visando sua adequada compreensão, para aplicação prática, em casos que envolvam institutos próprios do Direito Comercial brasileiro. Para tanto, o presente trabalho propõe a observação de algumas das novidades implementadas pela chamada Lei da Liberdade Econômica, de acordo com os princípios e preceitos constitucionais, a nortear o Direito Comercial em temas a ele afeitos, tais como o conceito de sociedade, a nova possibilidade de sociedade limitada unipessoal, a

aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com as novas alterações, até sua adequada aplicação em casos concretos. Com este trabalho, espera-se contribuir para os estudos da *novel* legislação, para sua adequada aplicação no Direito brasileiro, a partir do texto legal, considerando que sua aplicação inadequada pode levar ao uso abusivo e indiscriminado, que pode levar tal instituto a descrédito ou violar norma constitucional.

Palavras-chave: Constituição; desconsideração; economia; princípios; sociedade.

¹ Graduado em Direito e mestre em Direito de Empresa pelas Faculdades Milton Campos (FMC). Especialista em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho (UGF). Professor da graduação e da pós-graduação nas FMC. Professor da graduação na Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Advogado. E-mail: gustavo@ribeiro-rocha.com.br

CONSTITUCIONAL ECONOMIC ORDER, LAW N. 13.874/2019 AND BRAZILIAN COMERCIAL LAW

Abstract

The present study presents, from the Brazilian Law n. 13.874, some important characteristics of Constitutional Economic in Brazil's Law, aiming at their adequate understanding, for casuistic application, in Brazilian commercial law cases. Therefore, this paper proposes a observation of some of the innovations arising from the rule of economic freedom in accordance with the constitutional principles, to steer the Brazilian commercial law, such as the definition of society, the new possibility of sole proprietorship society, as well as the disregard of legal personality in Brazil's

Law, including the new amendments, until its proper application in some cases. We hope to contribute to the studies and treatments most appropriate of disregard of legal personality in Brazil's Law, from the Brazilian's Law, doctrine and jurisprudence, in order to avoid its inadequate application, which can lead to abusive and indiscriminate use, which may even lead such an institute to discredit.

Keywords: *Constitution; disregard; economy; principles; society.*

Introdução

A recente Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, mais conhecida como Lei da Liberdade Econômica, trouxe à tona debates acerca das questões de Ordem Econômica Constitucional, dispostas nos arts. 170 a 192, da Constituição da República de 1988. Tais regras, somadas às demais que compõem o Direito Comercial brasileiro, devem ser analisadas e compreendidas em conjunto, observando-se a hierarquia das normas, vez que há importantes princípios, relacionados à atividade empresarial e à livre-iniciativa, consagrados pela Constituinte de 1988, tais como a livre concorrência e a propriedade privada.

Além de promover inovações acerca de temas já regulados em Lei, tais como a desconsideração da personalidade jurídica, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e a existência distinta da pessoa jurídica, a *novel* legislação trouxe inovações ainda maiores, tais como a possibilidade de criação de sociedade limitada unipessoal. Esses serão os aspectos analisados no presente trabalho, sem se afastar dos princípios constitucionais da Ordem Econômica, dispostos na Constituição da República de 1988.

1 A ordem econômica constitucional de 1988

A recente Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019, também chamada de Lei da Liberdade Econômica, promoveu diversos debates acerca das questões de Ordem Econômica Constitucional, dispostas nos arts. 170 a 192, da Constituição da República de 1988. Em que pese a inexistência da pretensão de um estudo aprofundado em Direito Constitucional, cumpre notar que, naqueles artigos, especialmente no art. 170, há importantes princípios, relacionados à atividade empresarial, consagrados pela Constituinte de 1988. Por isso, destaca-se o art. 170 dispõe, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I – soberania nacional;
- II – propriedade privada;
- III – função social da propriedade;
- IV – livre concorrência;
- V – defesa do consumidor;
- VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento

diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003)

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A partir da leitura do referido artigo, percebe-se que a Ordem Econômica brasileira tem como fundamentos a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa – conforme disposto no art. 1º da Carta Magna, que os elencam como princípios fundamentais do próprio Estado brasileiro –, a fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Essas diretivas podem sugerir, em uma análise precipitada, a existência de uma pseudo-contradição, ao propor, concomitantemente, a economia capitalista – valorizando a propriedade privada dos meios de produção e a livre-iniciativa –, bem como o intervencionismo sistemático do Estado, com o ideal de obtenção de resultados socializadores. Tal característica remete à Constituição de Weimar, na Alemanha, de 1919, por ser um marco constitucional relativo à inserção da ordem econômica em seu texto, relacionando-a à existência digna².

Porém, antes de prosseguirmos na reflexão sobre tais aspectos, mister notar o oportuno alerta do Ministro Luis Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, por conta do encerramento do Congresso Brasileiro de Direito Comercial, em São Paulo, em 2014:

Precisamos superar o preconceito e a desconfiança que ainda existem no Brasil em relação ao empreendedorismo e à iniciativa privada. Temos um capitalismo envergonhado. Ser progressista significa querer distribuir as riquezas de forma mais justa. Mas a história provou que, ao menos no atual estágio da condição humana, a iniciativa privada é melhor geradora de riquezas do que o Estado. Trata-se de uma constatação e não de uma opção

2 Constituição de Weimar, art. 151, *caput*. “A organização da vida econômica deve corresponder aos princípios da justiça e ter como objetivo a garantia de uma existência humana digna a todos. Dentro destes limites, a liberdade econômica do indivíduo deve ser assegurada” (livre tradução do autor). Texto original: “Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern”.

ideológica. Precisamos aceitar esta realidade e pensar a vida a partir dela (BARROSO, 2014).

Concordando-se ou não com a afirmativa de Barroso – de que a iniciativa privada não somente tem seu valor como também é a melhor forma de geração de riquezas –, insta perguntar: a propriedade privada e a livre-iniciativa implicam ausência completa de intervenção estatal? Pensamos que não. A livre-iniciativa, em nosso atual Ordenamento jurídico, não pode ser tratada como *laissez-faire*³; afinal, apesar de vivermos em um sistema capitalista, nossa Constituição da República de 1988 positiva, inquestionavelmente, os princípios sociais. Não se trata, pois, de interpretação fundada em ideologias, mas de constatação da orientação constitucional vigente.

Por isso, tem-se a proteção à propriedade privada, mas ela também deve cumprir uma função social, que pode ser constatada a partir de seu uso adequado e racional, em respeito à comunidade em que se insere, a fim de harmonizar tais princípios com a existência digna, que é a finalidade da Ordem Econômica, prevista na Constituição da República de 1988. Assim, os interesses públicos e os privados – aparentemente dissonantes –, poderiam ser harmonizados, visando garantir direitos individuais e valorizar a justiça social.

Neste ponto, é oportuna a pergunta: como ultrapassar os discursos e fazer disso uma prática? A resposta não é simples, em razão das diversas variáveis envolvidas – privadas e públicas –, mas pensamos que uma das formas é promovendo uma conciliação entre os interesses do empresário e da sociedade em geral – seja seus empregados, seus clientes, seus concorrentes etc. –, sem que a livre-iniciativa seja tratada como sinônimo de liberdade econômica absoluta; o que é dificultado pelos moldes de nossa atual Constituição da República. Devemos considerar, também, que não estamos diante de princípios absolutos, de maneira que eles devem ser ponderados com as questões públicas, visando “neutralizar ou reduzir as distorções que possam advir do abuso da liberdade de iniciativa” (BARROSO, 2014).

Somado a isso, não é difícil perceber que os princípios dispostos no mencionado art. 170 não guardam homogeneidade funcional. Ademais, o art. 173, da Constituição da República, dispõe que o Estado poderá promover a exploração direta de atividade econômica “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”.

A harmonização desses princípios individuais e sociais pode parecer utópica, mas pensamos ser possível, sempre tendo em conta o alerta de Barroso, de que o Estado não pode pretender que o empresário relegue a segundo plano o objetivo

³ *Laissez-faire* é uma expressão francesa que pode ser traduzida como “deixar fazer”, diretamente associada à economia liberal, que propõe que o Estado não deve interferir no funcionamento do mercado, limitando-se a proteger, basicamente, a Lei e a ordem.

de lucro, próprio da atividade empresarial, e passe a orientar sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica – *verbi gratia*, existência digna, diminuição das desigualdades sociais etc. – sacrificando a livre-iniciativa e o objetivo de lucro, pois isso seria subverter os papéis, seria dirigismo. E continua seu raciocínio, exemplificando:

O Poder Público não pode supor, *e.g.*, que uma empresa esteja obrigada a admitir um número *x* de empregados, independentemente de suas necessidades, apenas para promover o pleno emprego. Ou ainda que o setor privado deva compulsoriamente doar produtos para aqueles que não têm condições de adquiri-los, ou que se instalem fábricas obrigatoriamente em determinadas regiões do País, de modo a impulsionar seu desenvolvimento (BARROSO, 2014).

Desse modo, estando mais claros os papéis do Público (Estado) e do Privado (empresários e empreendedores) na questão econômica, é oportuna a observação de Gomes acerca da importância da livre-iniciativa e da livre concorrência, “revelando-se como princípios norteadores do desenvolvimento regular da atividade empresarial pelo setor privado no país” (GOMES, 2013, p. 46). Por isso, pensamos que nosso Constituinte inseriu os incisos do art. 170, para que, a partir de seu adequado entendimento e aplicação correta, o operador do Direito possa definir com clareza quais seriam as práticas econômicas e empresariais nocivas ao modelo Constitucional, e quais normas infraconstitucionais tendem a assegurar aquele modelo, vez que, nos termos do art. 173, da Constituição da República de 1988, é poder-dever do Estado reprimir abusos do poder econômico e atos de concorrência desleal, não só do Direito Comercial, como também do Direito Econômico. Assim, ao se falar, *verbi gratia*, em direito subjetivo à livre concorrência, surge concomitantemente, o dever jurídico de não agir de maneira desleal, com atos anticoncorrenciais, afetando não só os concorrentes diretos, como também o mercado, o consumidor.

Após essa breve digressão, mais voltada ao Direito Constitucional, propomos mudar a mirada, para também considerarmos o Direito Comercial, de modo que nos surge um importante princípio, da livre-iniciativa, que nas palavras do Ministro Barroso, pode ser “*decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles desdobrados no teto constitucional*” (BARROSO, 2001, p. 187-212), vinculando-o à propriedade privada (CR/88, art. 5º, XXII), à liberdade de empresa, à livre concorrência e à liberdade para contratar (CR/88, art. 5º, II).

A título meramente exemplificativo e didático, vejamos uma breve relação de alguns princípios constitucionais afetos ao Direito Comercial:

- O princípio constitucional da *propriedade privada* (CR/88, art. 170, II) pode ser relacionado à proteção conferida ao titular de uma marca ou de uma patente, regulada pela norma infraconstitucional (Lei n. 9.279/96), bem como à proteção à responsabilidade limitada de sócio, regulada pela norma infraconstitucional (Lei n. 10.406/2002);
- O princípio constitucional da *função social da propriedade* (CR/88, art. 170, II) pode ser relacionado à proteção conferida ao ponto comercial, na locação comercial de imóveis, regulada pela norma infraconstitucional (Lei n. 8.245/91);
- O princípio constitucional da *livre concorrência* (CR/88, art. 170, IV) pode ser relacionado à criação da empresa individual de responsabilidade limitada, bem como à proteção conferida ao nome empresarial, ambos regulados pela norma infraconstitucional (Lei n. 10.406/2002), além da proteção da marca (Lei n. 9.279/96);
- O princípio constitucional da *defesa do consumidor* (CR/88, art. 170, V) pode ser relacionado à proteção contra atos de contrafação e de concorrência desleal, ambos regulados por normas infraconstitucionais (Lei n. 8.078/90 e Lei n. 9.279/96).

Esses são alguns dos atos comerciais que entendemos se relacionar, mais clara e diretamente, a algum dos princípios constitucionais destacados, mas há diversos outros atos, que tem sua situação mais complexa e entrelaçada com um ou mais princípios, tal como acontece com a proteção às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. *A priori*, tal proteção poderia ser considerada contrária à livre concorrência, mas esse choque seria apenas aparente, pois a intenção é proteger as pessoas que possuem menores condições de competitividade no mercado, se comparadas aos grandes empresários e conglomerados, para que, dessa maneira, seja efetivada a liberdade de concorrência e de iniciativa, conforme a diretriz constitucional.

Orientados por esses princípios, consagrados a partir de 1988, vencidos o eventual preconceito e a desconfiança em relação à iniciativa privada e à liberdade econômica, podemos passar à nossa atual legislação, com destaque às recentes mudanças, ocorridas ao longo de 2019.

2 A Lei da Liberdade Econômica (Lei n. 13.874/2019)

No primeiro semestre de 2019 foi editada a Medida Provisória n. 881, com o objetivo de “instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelecer garantias de livre mercado, conforme determina o art. 170 da

Constituição Federal”; pelo que se vê em sua exposição de motivos, que também enalteceu que “a liberdade econômica é cientificamente um fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país”, de modo a valorizar o empreendedorismo, a livre-iniciativa, a presunção de boa-fé na atividade econômica e o intuito de diminuir a intervenção do Estado, especialmente nas atividades consideradas de baixo risco.

Após os debates do Congresso Nacional, a referida Medida Provisória n. 881 foi sancionada, em 20 de setembro de 2019 (Lei n. 13.874/2019), mais conhecida como Lei da Liberdade Econômica. A essência da nova Lei pode ser vista logo em seu art. 1º, que destaca:

- “proteção à livre-iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica” (art. 1º, *caput*);
- “atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da Constituição Federal” (art. 1º, *caput*);
- interpretação “em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas” (art. 1º, § 2º).

Para tanto, foram expressos os princípios que norteiam a Liberdade Econômica, no art. 2º, *in verbis*:

I – a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II – a boa-fé do particular perante o poder público;

III – a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV – o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do *caput* deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

Assim como não esgotamos o tema acerca dos princípios constitucionais da Ordem Econômica no item anterior, não é nossa pretensão analisar todos os aspectos relevantes da nova Lei, mas tão somente abordar algumas das propostas, mais relacionadas aos temas de Direito Comercial. Nesse contexto, há diversas questões relevantes, relacionadas ao Código Civil, tal como o art. 7º, sobre as mudanças específicas do instituto da desconsideração da personalidade jurídica; relativas ao art. 421, do Código Civil, que enaltece os princípios da liberdade

contratual, e da função social dos contratos⁴, que se relacionada à importância do contrato para a sociedade; bem como a inserção do art. 421-A, que trata da interpretação dos contratos. Trata, também, da distinção patrimonial da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, com a inserção do § 7º, ao art. 980-A; além de instituir a sociedade limitada unipessoal. Passemos, pois, à análise de algumas dessas mudanças.

2.1 Da sociedade limitada unipessoal

Sob o ponto de vista jurídico, o vocábulo sociedade exprime a ideia de contrato, em que duas ou mais pessoas “reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Esta era, pelo menos, a noção que se podia extrair do conceito apresentado pelo Código Civil brasileiro. Assim, comumente, a palavra sociedade é usada para designar uma entidade, um agrupamento, uma associação, enfim, uma pessoa jurídica constituída por duas ou mais pessoas que tenham objetivos econômicos.

Especificamente sobre a sociedade limitada, ela somente surgiu, no Direito brasileiro, em 1919, com o nome de sociedade por quotas, de responsabilidade limitada (Lei n. 3.708/1919). Tradicionalmente, era a sociedade em que duas ou mais pessoas, físicas e/ou jurídicas, se associavam para fins empresariais ou não, responsabilizando-se pela total integralização do capital social, muito embora a responsabilidade de cada sócio seja restrita ao valor de suas quotas. Vale dizer: uma vez integralizado, totalmente, o capital social, acaba a responsabilidade dos sócios (Lei n. 10.406, art. 1.052). Isso, em consonância com a ideia de que a pessoa jurídica tem existência distinta de seus sócios.

Embora o Código Civil de 2002 não tenha reproduzido de maneira tão clara, a norma de que trata – de que a pessoa jurídica tem existência distinta de seus sócios –, pelo que se inferia da análise de seus específicos dispositivos, pertinentes à personalidade e à capacidade, conjugados com os do Código de Processo Civil, relativos à capacidade processual, poderíamos afirmar que, em essência, ela continuava em vigor. Ressaltávamos isso em publicações anteriores (ROCHA FILHO; ROCHA, 2014, p. 314).

A partir do advento da chamada Lei da Liberdade Econômica, vê-se que aquela ideia foi reforçada e expressa novamente, por meio do art. 49-A, *in verbis*:

⁴ CC, art. 421: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

O *caput* do art. 49-A reforça o que defendemos há anos, que está de acordo, também, com a disposição do vetusto Código Civil de 1916. E o parágrafo único do art. 49-A mantém o pensamento coerente de que se tem, com a pessoa jurídica, uma técnica de divisão patrimonial e diminuição de riscos, o que, indubitavelmente, favorece o crescimento econômico, por fomentar a iniciativa privada, o empreendedorismo, e por significar maior segurança jurídica.

Além desse acréscimo, presente no novo art. 49-A, do Código Civil, a Lei da Liberdade Econômica promoveu uma mudança parcial na ideia de que sociedade pressupõe, necessariamente, pluralidade de pessoas, com a permissão da sociedade limitada unipessoal. Isso se deu com a inserção de parágrafos no art. 1.052, de modo a criar a limitada unipessoal⁵, em que uma única pessoa pode criá-la, promovendo sua constituição e manutenção, em que pese a possibilidade, também, de sociedade limitada pluripessoal.

Contudo, cumpre notar que o pensamento de sociedade originariamente unipessoal não é novo no mundo. Para que isso fique claro, cumpre notar que Lucena já alertava, em 1999, para o fato de que, apesar da reprovação de parte importante da comunidade jurídica brasileira, nosso ordenamento jurídico, àquela época, continuava fechado à ideia da sociedade unipessoal, já instituída na França e na Alemanha há várias décadas (LUCENA, 1999, p. 689/690). Outra evidência interessante é a de Carmo, que registra que, em 1987, sugeriu uma emenda ao então vigente Decreto n. 3.708/19 – que regulava as sociedades por quotas de responsabilidade limitada –, para que, em seu art. 1º, fosse expresso que as referidas sociedades poderiam ser “integradas por uma ou mais pessoas”, vez que não havia nada que o impedisse (CARMO, 1987, p. 103-112). Isso somente foi efetivado em nosso ordenamento em 2019, a partir da Lei da Liberdade Econômica.

Feito esse breve parêntesis, mister notar que a sociedade originariamente unipessoal não pode ser confundida com aquela sociedade pluripessoal que, eventualmente, sofre alteração e permanece com apenas um sócio remanescente, por razões diversas, tais como falecimento de outros sócios e exercício do direito

⁵ CC, art. 1.052,

§ “1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas.

§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social”.

de retirada ou exclusão de sócio. Até então, no Brasil, tínhamos a unipessoalidade apenas temporária, decorrente de situações supervenientes à criação da sociedade. No Brasil, houve a inclusão da iniciativa originalmente unipessoal, com a inserção de parágrafos no mencionado art. 1.052, de modo a criar a limitada unipessoal definitiva – diz-se definitiva, para diferenciá-la da esporádica, eventual, decorrente de morte, retirada ou exclusão de sócio –, conforme se vê, *in verbis*:

Art. 1.052. *omissis*

§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas.

§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social.

A bem da verdade, do ponto de vista fático, a sociedade com um sócio só, efetivamente, já existe no Brasil há décadas. Carmo já fazia esse alerta, em 1993, ao afirmar que ela está velada por uma dissimulação, através de “pessoas jurídicas criadas, desenvolvidas e engrandecidas com a pluralidade – ou no mais das vezes, a dualidade – apenas aparente de cotistas” (CARMO, 1987, p.103-112), evidenciando “verdadeiros engodos mercantis” – nas palavras do mencionado autor – o que se via ainda com maior frequência até 2012, quando a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) passou a vigorar no país e, de certa maneira, contribuiu para que as chamadas sociedades de fachada fossem menos procuradas por aqueles que queiram constituir pessoa jurídica, mas sem ter sócio, para exploração de alguma atividade econômica.

2.2 A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI)

A Empresa Individual de Sociedade Limitada é pessoa jurídica de direito privado – que não pode ser confundida com as sociedades unipessoais previstas em nosso ordenamento jurídico –, tendo sido incluída no Código Civil em 2012, a partir da inserção do art. 980-A. A bem da verdade, além de não dever ser confundida com sociedade unipessoal, ela não se trata de novo tipo societário, mas apenas de uma nova forma de pessoa jurídica de direito privado. A fim de dissipar qualquer dúvida que ainda persista, mister notar o teor do Enunciado n. 3, da I Jornada de Direito Comercial: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária”.

Importante se ter em conta, também, que as observações feitas no item anterior, especialmente relacionadas ao art. 49-A do Código Civil, aplicam-se à EIRELI, vez que ela tem existência distinta de seu titular ou instituidor.

Com a chamada Lei da Liberdade Econômica, promoveu-se a inserção do § 7º, ao art. 980-A, que dispõe que:

[...] somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, hipótese em que não se confundirá, em qualquer situação, com o patrimônio do titular que a constitui, ressalvados os casos de fraude.

Entendemos que tal dispositivo reitera o que já deveria ser considerado aplicável, vez que a EIRELI é uma pessoa jurídica de direito privado que, como regra, não deve ser confundida com seu titular ou instituidor. Ademais, o art. 980-A, em seu § 6º, já dispunha, desde 2012, que são aplicáveis as regras de sociedade limitada, no que forem cabíveis.

2.3 Da nova redação do art. 50, do Código Civil brasileiro

Outra alteração importante – especialmente quando se tem em conta a segurança jurídica para empreender no país –, refere-se à aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Considerando que a pessoa jurídica pode ter a razão de sua criação desvirtuada, para ser utilizada de modo a prejudicar terceiros, e tendo presente que a personalidade jurídica não constitui um direito absoluto, surgiu a teoria ou doutrina da desconsideração, ou da superação da personalidade jurídica, definitivamente incorporada ao nosso Direito, conforme se vê no art. 50, do Código Civil, desde 2002.

Em havendo a verificação do abuso ou da fraude por intermédio de uma pessoa jurídica, pode-se cogitar – se limitada a responsabilidade dos integrantes daquela pessoa jurídica –, a aplicação de tal teoria, a fim de atingir e responsabilizar, pessoalmente, o verdadeiro sujeito da violação da Lei e/ou do contrato, do abuso ou da fraude, que podem ser cometidos por um sócio qualquer, um gerente ou mesmo por quem detém o controle da pessoa jurídica. Mas, por se tratar de medida excepcional, sua aplicação requer cuidado; não se pode transformá-la em regra, com uso indiscriminado. Por isso, consideramos oportuna a alteração na redação do referido art. 50, inserida a partir do advento da Lei da Liberdade Econômica, com significativas mudanças nessa questão.

No intuito de conferir maior liberdade econômica no Brasil – valorizando

o empreendedorismo, a livre-iniciativa e a presunção de boa-fé na atividade econômica –, foi determinada a inclusão do já mencionado art. 49-A, no Código Civil⁶, e, pelo seu *caput*, vê-se o que defendemos em obra anterior (ROCHA FILHO; ROCHA, 2014, p. 314), por ter harmonia com a disposição do vetusto Código Civil de 1916, que dispunha, em seu art. 20, que “as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. E o parágrafo único do art. 49-A mantém o pensamento coerente de que, com a constituição da pessoa jurídica, surge um patrimônio autônomo, seja para sociedade, associação, fundação etc. Especialmente para a sociedade empresária, é uma técnica de divisão patrimonial e de diminuição de riscos, o que favorece, indubitavelmente, o crescimento econômico, por fomentar a iniciativa privada e por estimular o empreendedorismo.

Assim, poder-se-ia pensar ser desnecessária tal inserção; porém, entendemos que ela é válida, por ser importante para reforçar o pensamento de que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser entendida como medida excepcional, em razão da autonomia da pessoa jurídica, que tem personalidade, direitos, deveres e patrimônio próprios. Passemos, pois, à nova redação do art. 50, do Código Civil, que sofreu alteração na parte final de seu *caput*, e teve o acréscimo de cinco novos parágrafos.

No *caput* do referido art. 50, foi inserido o trecho final, para exigir a verificação do benefício auferido pelo abuso⁷, de maneira a autorizar a desconsideração da personalidade jurídica e a consequente responsabilização daquele que se beneficiou com a conduta abusiva. Consideramos tal acréscimo na Lei oportuno e relevante, pois, na prática, é comum a situação de existir um sócio que não participou da conduta abusiva, perpetrada no seio da sociedade, nem se beneficiou dela, de modo que não seria justa sua responsabilização.

Passando aos parágrafos, é importante ter em conta, primeiramente, que tais critérios se referem às questões civis – e incluímos, também, as comerciais –, não se aplicando à desconsideração da personalidade jurídica prevista em outros sistemas, *verbi gratia*, o Código de Defesa do Consumidor, a legislação ambiental (Lei n. 9.605/1998) e a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013).

Especificamente sobre o primeiro parágrafo, cumpre notar que ele trata do

6 CC, art. 49-A: “A pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Parágrafo único. A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos”.

7 CC, art. 50, *caput*: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso”.

desvio de finalidade, já mencionado no *caput*, que pode ser entendido como o uso “da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos”⁸, como um critério objetivo, em que o dolo deve estar presente na conduta. Para alguns autores, *verbi gratia*, Tartuce⁹, a exigência do dolo deveria ter sido suprimida, porque, dentre outros motivos, isso acaba por promover um distanciamento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e da teoria objetiva do abuso de direito (CC, art. 187)¹⁰, que não menciona o dolo ou a culpa. Houve debates nesse sentido, mas o texto final da Lei n. 13.874 manteve o dolo. Na prática, entendemos que poderá haver dificuldade para a demonstração do dolo, o que pode se revelar como um obstáculo à aplicação da desconsideração. O referido autor também alerta para o fato de o parágrafo quinto dispor que a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica não configura desvio de finalidade, mas alerta para o fato de que a alteração da finalidade original deveria autorizar a desconsideração. Ele exemplifica lançando mão de uma fundação, que poderia sofrer a desconsideração, para responsabilização de seus administradores, “caso altere a sua finalidade inicial com o objetivo de se desviar de seus fins nobres, constantes do art. 62, parágrafo único, do Código Civil”.

Na mesma linha de raciocínio, o parágrafo segundo trata do outro aspecto destacado no *caput*, que é a confusão patrimonial, definida pelo Legislador como “a ausência de separação de fato entre os patrimônios”, que se configurará pela prática de:

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

Esses parâmetros servem para indicar o que caracterizaria a confusão patrimonial, o que consideramos positivo, para se ter maior segurança jurídica. Mas, especialmente quanto ao inciso I, cabe a pergunta: para tal configuração deverá ocorrer, necessariamente, mais de uma vez, o cumprimento de obrigações

8 CC, art. 50, § 1º: “Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza”.

9 TARTUCE, F. A. “Lei da Liberdade Econômica” (Lei n. 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/760633426/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-2019-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-parte-#_ftn1. Acesso em: 15 abr. 2020.

10 CC, art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

de terceiro? Afinal, o texto é expresso ao dispor sobre o cumprimento *repetitivo*. Ou um único ato nesse sentido seria suficiente? Trata-se de um aspecto que pode ser controverso, vez que um único ato isolado poderá ser suficiente para efetivação de grande desfalque patrimonial da pessoa, o que pode ser decisivo para prejudicar credores. Por outro lado, diversos atos menores autorizariam a desconsideração, mas talvez causando menos prejuízos aos credores, de modo que o ato em si, e não sua repetição, pode ser mais relevante. É provável que, na prática, isso seja resolvido a partir da formação de jurisprudência, talvez até excepcionando o texto legal, em um determinado caso concreto. Nesse caso, o ato isolado poderia, até mesmo, ser relacionado ao inciso III.

No que se refere ao parágrafo quarto¹¹, este tem redação bastante clara, a fim de afastar qualquer presunção em desfavor de grupo econômico, com o que estamos de acordo. Em qualquer caso, deve-se sempre ter em mente que a desconsideração é medida excepcional, devendo ser aplicada com prudência. E nessa hipótese, de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para atingir outra pessoa jurídica, está normatizada a chamada *desconsideração econômica*.

Entendemos que as alterações são bem-vindas, em geral, por buscarem conferir mais critério e segurança jurídica na aplicação do instituto, vez que, comumente, a desconsideração vem sendo aplicada sem rigor técnico em inúmeros casos. Em publicação anterior (ROCHA, Gustavo Ribeiro, 2018, p. 45-60), destacamos que a desconsideração da personalidade jurídica não pode ser confundida com dissolução ou extinção da pessoa jurídica, nem sua despersonalização; muito menos com a responsabilização pessoal dos administradores por ato contrário à Lei, ao contrato ou ao estatuto; diferindo-se, outrossim, da eventual responsabilidade ilimitada que pode recair sobre um sócio, em razão do tipo societário que integra. Nem sequer a situação de irregularidade da sociedade deve ser entendida, por si só, como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica. Mas, em que pese poder diminuir a margem de interpretação em muitos casos, ainda assim certamente persistirão interpretações, como na questão do dolo, bem como da repetição de conduta.

Conclusão

Ao longo deste trabalho, evidenciou-se que, com observância dos princípios constitucionais relativos à Ordem Econômica, foram possíveis alterações em normas infraconstitucionais, especialmente no Código Civil, para que seja

¹¹ CC, art. 50, § 4º: “A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o *caput* deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica”.

estimulada a iniciativa privada e o empreendedorismo, sem que isso implique insegurança jurídica no aspecto material. Tais medidas foram implementadas com o reforço de princípios do direito privado, tais como a autonomia das sociedades e da empresa individual de responsabilidade limitada, bem como as regras que possibilitam a desconsideração da personalidade jurídica, para combater a fraude ou o abuso cometidos por um dos sócios ou pelos sócios, valendo-se da pessoa jurídica.

Também foi analisada a novidade acerca da sociedade limitada unipessoal, criada para favorecer a livre-iniciativa e o empreendedorismo. Isoladamente, ela não atingirá tais objetivos, mas certamente se mostrará como uma importante maneira de se alcançar tais ideais de favorecimento do empreendedorismo no país.

A ideia central foi a análise da pertinência da nova legislação, a ser utilizada com critério, para que sua aplicação seja oportuna, tanto do ponto de vista principiológico constitucional, como também prático, sem desconsiderar as particularidades da atividade empresarial, como também as consequência de condutas abusivas, dolosas, com a finalidade de preservar terceiros. Ao se pensar em Ordem Econômica e liberdade econômica, é preciso ter isso claro, pois o uso adequado da Lei favorecerá a segurança jurídica, contribuindo, por esse caminho, para o respeito à norma que pretende incentivar a livre-iniciativa, a liberdade econômica e o crescimento econômico do Brasil.

Referências

ALBERGARIA NETO, J. S.; CATEB, A. A subcapitalização como critério para desconsideração da personalidade jurídica. *In*: AMARAL, P. A. D.; RODRIGUES, R. S. (Coords.). *CAD 20 anos: tendências contemporâneas do Direito*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 503-518.

BARBOSA, H. C. Usos e desusos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: PERRUCCI, F. F.; MAIA, F. F. R.; LEROY, G. C. (Orgs.). *Os impactos do novo CPC no direito empresarial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 51-96.

BARROSO, L. R. A Ordem Econômica Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, 2001.

BARROSO, L. R. *Estado e livre-iniciativa na experiência constitucional brasileira*. Apontamentos para a conferência de encerramento do Congresso Brasileiro de Direito Comercial, São Paulo, 11 de abril de 2014.

- BORGES, J. E. *Curso de direito comercial terrestre*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF: Senado Federal. Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília/DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.
- BRASIL. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. *Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada n. 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei n. 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências*. Diário Oficial da União: edição extra B, Brasília/DF, 20 set. 2019.
- CARMO, E. S. Sociedade unipessoal por quotas de responsabilidade limitada. In: LIMA, O. B. C. *Atualidades Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 103-112.
- FERREIRA, W. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1962.
- GOMES, F. B. *Manual de Direito Empresarial*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.
- LUCENA, J. W. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. 3 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MARTINS, F. *Curso de Direito Comercial*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ROCHA, G. R. Os limites da desconsideração da personalidade jurídica. *Dom Helder Revista de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 45-60, set./dez. 2018. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/dhrevistadedireito/article/view/1416>. Acesso em: 15 abr. 2020.
- ROCHA FILHO, J. M.; ROCHA, G. R. *Curso de Direito Comercial – teoria geral da empresa e direito societário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.
- RODRIGUES, C. C. *Concorrência desleal*. Rio de Janeiro: Peixoto, 1945.
- SZTAJN, R. Sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 762, n. 88, p. 81-97, 1999.

TARTUCE, F. A *“Lei da Liberdade Econômica” (Lei n. 13.874/2019) e os seus principais impactos para o direito civil*. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/760633426/a-lei-da-liberdade-economica-lei-13874-2019-e-os-seus-principais-impactos-para-o-direito-civil-parte-i#ftn1>. Acesso em: 15 abr. 2020.