

A RELEVÂNCIA DO CAPITAL SOCIAL MÍNIMO PARA O REGRAMENTO DAS EIRELI E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A PRÁTICA COMERCIAL BRASILEIRA

1. PRESSUPOSTOS DE DISCUSSÃO	3
A. DO PRECONCEITO TEÓRICO AO DISSENSO PRAGMÁTICO	3
B. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA	4
2. ANÁLISE ECONÔMICA DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE.....	6
A. O UTILITARISMO DA EXTERNALIZAÇÃO DE CUSTOS SOCIAIS	6
B. O PODER DE BARGANHA E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO AOS CREDORES	7
3. O INSTITUTO DO CAPITAL SOCIAL	8
A. A FUNÇÃO DE GARANTIA DO CAPITAL SOCIAL	8
B. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO CAPITAL SOCIAL	9
I. PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE	9
II. PRINCÍPIO DA REALIDADE	11
III. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA.....	11
C. O CAPITAL SOCIAL MÍNIMO COMO “LIMAR DE SERIEDADE”	12
D. SUBCAPITALIZAÇÃO E ALTERAÇÃO DO CENTRO DE IMPUTAÇÃO	13
4. CONCLUSÃO	15
A. CAPITAL SOCIAL MÍNIMO: UM REQUISITO ADEQUADO?	15
B. RELEVÂNCIA PARA AS PRÁTICAS COMERCIAIS	16

PALAVRAS-CHAVE: EIRELI; ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO; CAPITAL SOCIAL; CAPITAL SOCIAL MÍNIMO; SUBCAPITALIZAÇÃO.

RESUMO

Este artigo trata da relevância do sistema de capital social mínimo para o regramento das EIRELI e analisa suas consequências para a prática comercial brasileira. Para tanto, parte-se da análise econômica da limitação de responsabilidade, concluindo-se pela essencialidade do capital social como mecanismo de garantia dos credores. Em seguida, investiga-se a função de garantia do capital social, por meio de uma abordagem principiológica do instituto, capaz de enumerar seus méritos e deficiências. Complementarmente, estuda-se o capital social mínimo como um parâmetro de seriedade da empresa, estabelecendo-se a devida crítica. Ao final, analisa-se alteração do centro de imputação por subcapitalização como alternativa ao estabelecimento de um capital social mínimo. A conclusão aborda a importância deste debate para o acesso dos pequenos empresário à limitação de responsabilidade.

1. PRESSUPOSTOS DE DISCUSSÃO

A. DO PRECONCEITO TEÓRICO AO DISSENSO PRAGMÁTICO

A pandectística alemã do século XIX, cujos autores enumeraram fundamentos para a aversão teórica à limitação de responsabilidade do empresário individual, não admitia a possibilidade de se criar um novo centro de imputação de direitos e deveres em um ente não coletivo. Tampouco admitia esta Escola que se separasse uma fração do patrimônio de uma pessoa natural para que esta exercesse determinada atividade.¹ Para estes autores, soavam absurdas tais possibilidades, por motivos que se relacionam ao próprio caráter idealista da metodologia pandectista.²

A fundamentação erigida por estes teóricos foi, contudo, em grande parte relativizada. A realidade político-econômica modificou-se,³ e novas teorias ascenderam, tornando o instituto mais palatável para a tradição romano-germânica. Além disso, referências extralegais inseridas pela análise doutrinária e pela metodologia jurídica, como, *e.g.*, a análise econômica do direito, surgiram na forma de verdadeiros “cavalos de troia” para as discussões do direito comercial moderno,⁴ modificando-se o paradigma a partir do qual se disserta sobre diversas das temáticas comercialistas.

Por conseguinte, situar, hoje, no palco teórico-abstracionista o debate sobre a limitação de responsabilidade do empresário individual mostra-se um contrassenso. Esta incoerência, aliás, já foi cometida pelo legislador português, que, no Decreto-Lei nº. 248/86, sob o vazo de preservar uma das “vacas sagradas” do contratualismo prevalente na doutrina societária daquele país,⁵ criou o instituto do “estabelecimento individual de responsabilidade limitada”, que hoje, com a superveniência do reconhecimento da sociedade unipessoal pela legislação portuguesa, afigura-se como “(mais) uma peça do já rico acervo museológico jurídico-comercial lusitano”.⁶

¹ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *A sociedade unipessoal*, São Paulo: Malheiros, 1995, pp. 15-23.

² Para uma contextualização crítica desta Escola, sob a temática da limitação de responsabilidade, cf. WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, 2004, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 73-9. Esta tese foi publicada (*Responsabilidade dos sócios: a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007), mas as citações feitas neste trabalho se referem ao original.

³ Para mais detalhes, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto, *A sociedade unipessoal*, op. cit., pp. 23-26.

⁴ TEUBNER, Gunther. “Altera pars audiatur: Law in the collision of discourses”, In: Richard Rawlings (ed.), *Law, Society and Economy*, Oxford University Press: Oxford 1997, p. 156.

⁵ ANTUNES, José Engrácia. “O estabelecimento individual de responsabilidade limitada: crónica de uma morte anunciada”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 3, 2006, p. 434.

⁶ ANTUNES, José Engrácia, “O estabelecimento individual...”, op. cit., p.405.

Nesse sentido, as discussões acerca da EIRELI devem priorizar as configurações eficientes (*“criterion of what works”*), analisando-se as questões com base em suas consequências concretas na vida das pessoas,⁷ com o auxílio do direito comparado na pontuação dos problemas e a conseguinte adaptação de soluções à realidade empresarial brasileira. Caso contrário, a sanção poderá ser a indiferença em relação à lei, consubstanciada na persistência das tão difundidas sociedades fictícias, que são aquelas exploradas por um único empresário, que se associa a terceiros (denominados, pelas diversas culturas jurídicas, “sócios pintados”, “testas de ferro”, “homens de palha”), sob o escopo de cumprir as formalidades para a constituição societária e obter o benefício da limitação de responsabilidade.⁸ Se não se possibilitar ao empresário individual as mesmas vantagens que este teria com a constituição de uma sociedade, ele continuará a optar pela forma fictícia.⁹

O legislador brasileiro, ao adotar uma fórmula não societária de limitação de responsabilidade do empresário individual, contrariou as lições advindas da experiência internacional. Contudo, a EIRELI desfruta de uma aproximação bastante grande com a forma societária, vez que a ela se aplicam supletivamente as regras previstas para as limitadas (CC, art. 980-A, § 6º). Assim, é fundamental que, para que se tenha a adequação do instituto às necessidades econômicas atuais, doutrina e jurisprudência caminhem no sentido de atribuir à EIRELI ampla capacidade jurídica, de modo que denominá-la ou não de sociedade torne-se mera “questão terminológica”.¹⁰

B. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

As formas unipessoais de limitação de responsabilidade são, sabidamente, essenciais para o incentivo aos pequenos empresários. Os benefícios econômicos trazidos pela limitação de responsabilidade devem ser estendidos aos empresários de pequeno porte, e, acerca disso há certa pacificação no plano internacional.

Contudo, a forma unipessoal constitui, também, um campo incerto no que diz respeito à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica,¹¹ o que tende a se tornar um problema especialmente complicado no Brasil, em que a aplicação da desconsideração é permeada por incertezas.

⁷ POSNER, Richard. *Law, pragmatism, and democracy*, Cambridge: Harvard Univers. Press, 2003, p. 50.

⁸ Cf. ANTUNES, José Engrácia, “O estabelecimento individual...”, op. cit., p.404.

⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 200.

¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, op. cit., p. 202.

¹¹ SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*, 4ª ed., Köln: Heymann, 2002, p. 1245.

A combinação entre unipessoalidade e separação patrimonial, por sua própria natureza, tem grande potencial para ser convertida em uma fórmula para práticas abusivas. Com efeito, as formas de controle interno, características dos tipos societários que possuem limitação de responsabilidade, não podem ser simplesmente transpostas das regras da sociedade limitada, se inexistir a pluralidade de empresários.¹²

Por conseguinte, o reconhecimento desta nova configuração de pessoa jurídica precisa ser acompanhado de mecanismos de segurança, que protejam os agentes - sobretudo os credores - em suas relações com a empresa individual.¹³

E esta questão é particularmente pertinente em relação à EIRELI, pois a Lei nº. 12.441/11 não demonstrou preocupações maiores com tal adequação, meramente enunciando a aplicação, “no que couber”, das regras previstas para a sociedade limitada (CC, art. 980-A, § 6º). Isto, se por um lado, é benéfico, pelo motivo supramencionado, por outro, ignora as peculiaridades de organização interna da empresa individual.

Além disso, a lei é bastante enxuta e pouco permite concluir acerca das relações entre o empresário e o patrimônio da empresa.

Por exemplo, nas limitadas, permite-se que o administrador aplique créditos ou bens sociais em proveito próprio, mediante o consentimento escrito dos sócios (CC, art. 1017), até o limite do capital social (CC, art. 1059). Aplicando-se este dispositivo supletivamente à hipótese de uma EIRELI em que o empresário é também o administrador, conclui-se que o empresário pode dispor livremente do patrimônio da empresa, até o limite do capital social. Parece claro, nesse sentido, que a separação patrimonial não deveria agir somente em favor do empresário individual, mas também deveria pesar contra ele de alguma forma.¹⁴

Com efeito, a Lei nº. 12.441/11 levantou importante questão ao estabelecer um capital social mínimo de cem vezes o maior salário-mínimo vigente no país para que se tenha a limitação de responsabilidade do empresário individual. Este artigo pretende analisar qual a relevância, deste dispositivo em específico, para a adequada capitalização das EIRELI, bem como para a garantia dos credores. Em seguida, pretende-se verificar de que forma as conclusões obtidas podem afetar as práticas comerciais no Brasil. Iniciemos, pois, com a análise econômica da limitação de responsabilidade.

¹² SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, op. cit., p. 1244.

¹³ SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, op. cit., p. 1245.

¹⁴ Cf. SCHMIDT, Karsten, *Gesellschaftsrecht*, op. cit., p. 1252.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A. O UTILITARISMO DA EXTERNALIZAÇÃO DE CUSTOS SOCIAIS

A limitação de responsabilidade diminui a garantia patrimonial que se oferece aos credores. Poder-se-ia, então, questionar se isto não poderia acarretar uma perda de crédito por parte da empresa. A realidade, contudo, silencia tal especulação. Na verdade, a limitação de responsabilidade também faz com que os credores pessoais dos sócios sejam, por regra, incapazes de acessar o passivo social, de modo que se pode falar, em detrimento de uma desvantagem, de um incalculável benefício advindo desta ilusória insegurança.¹⁵

A limitação de responsabilidade é uma forma de redução dos custos de transação. Está presente quando não se tem responsabilidade pessoal dos sócios de uma empresa pelas dívidas desta.¹⁶ Em outras palavras, o termo “limitação de responsabilidade”, na perspectiva do *Law and Economics*, não é mais que um termo para designar determinado arranjo complexo de contratos entre aqueles que estão envolvidos na consecução da atividade empresarial.¹⁷

Limitar a responsabilidade dos sócios não elimina os riscos de o negócio não prosperar. Caso haja prejuízo, este não será eliminado, mas simplesmente externalizado. No final das contas, alguém há de suportá-lo.¹⁸ O que se tem, com a regra da limitação de responsabilidade é a transferência do risco do empresário para os credores. Uma conclusão, necessária, portanto, é que a limitação de responsabilidade aumenta a probabilidade de existir insolvência, pois ela permite que a empresa usufrua de todos os benefícios do risco, sem, contudo, ter de suportar todos os seus custos.¹⁹ Na terminologia da Escola de Chicago, a limitação de responsabilidade cria um *risco moral*, na forma de um incentivo à transferência, para os credores, dos custos de atividades de maior risco.²⁰

¹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto, *A sociedade unipessoal*, op. cit., pp. 29-30; Em sentido semelhante: MACHADO, Sylvio Marcondes, *Limitação de Responsabilidade...*, op. cit., p. 309; ANTUNES, José Engrácia, “O estabelecimento individual...”, op. cit., p.405.

¹⁶ BAINBRIDGE, Stephen M. “Abolishing veil piercing”, *Journal of Corporation Law*, vol.. 26, n. 3, Spring/2001, p. 481.

¹⁷ EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel. “Limited liability and the corporation”, *The Univ. of Chicago Law Review*, vol. 52, n. 89, 1985, p. 89; MORRISSEY, Daniel J. “Piercing all the veils: applying an established doctrine to a new business order.” *Journal of corporation law*, vol. 32, n. 3, 2007, p. 537.

¹⁸ EASTERBROOK & FISCHER, “Limited liability...”, op. cit., p. 98.

¹⁹ CALLISON, J. William. “Rationalizing limited liability and veil piercing”, *The business lawyer*, vol. 58, Maio/2003, p. 1063; EASTERBROOK & FISCHER, “Limited liability...”, op. cit., p. 103-4; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. “Toward unlimited shareholder liability for corporate torts” *Yale Law Journal*, vol. 100, 1990-91, p. 1879;

²⁰ EASTERBROOK & FISCHER, “Limited liability...”, op. cit., p. 104. HANSMANN & KRAAKMAN, “Toward unlimited...”, op. cit., p. 1879.

O que ocorre, contudo, é que, a partir de uma abordagem utilitarista de custo-benefício, o custo social gerado pela limitação de responsabilidade é considerado aceitável, vez que, em contrapartida, promove-se um financiamento eficiente do capital, estimulando-se o investimento por parte dos empresários.²¹ Projetos que têm perspectiva de bastante retorno costumam envolver alto risco, de modo que a limitação de responsabilidade desempenha um papel essencial para sua consecução.²²

B. O PODER DE BARGANHA E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO AOS CREDITORES

A análise econômica do direito fundamenta-se fortemente no princípio da livre negociação das partes. Nesse sentido, há quem entenda que nunca haverá externalização do risco quando se tratar de credores voluntários,²³ uma vez que estes seriam beneficiados pelo fato de a empresa correr riscos. O risco, nesta concepção, seria inerente a um negócio do qual os credores são parte, e do qual, por meio de uma manifestação de vontade, teriam consentido em ser beneficiados. Acredita-se que os credores contratuais poderiam se proteger através de seu poder de barganha.²⁴ As partes de um negócio jurídico teriam a possibilidade de acordar uma modificação da regra padrão do contrato e, se sua barganha falhar em defender seus interesses, não haveria razão para que o direito os protegesse.²⁵

Tamanha astúcia, entretanto, pode não estar presente ao se ter uma situação de assimetria entre os negociantes, ou de responsabilidade civil extracontratual, em que não foi possível às partes convencionarem sobre a alocação de riscos.²⁶ A percepção de que as partes nem sempre estão em paridade de condições para negociar uma modificação da regra padrão corrobora para que se questione a crença na barganha como critério de justiça na relação entre particulares.

Desse modo, percebe-se que a transferência de riscos conseguinte à limitação de responsabilidade acaba ocorrendo, sobretudo, em prejuízo dos chamados “credores fracos” (pequenos fornecedores, trabalhadores, consumidores), vez que os “credores fortes” (grandes fornecedores, credores institucionais), quando concedem crédito, protegem-se exigindo garantias suplementares, reais ou pessoais, de um ou mais sócios.

²¹ Cf. CALLISON, J. William, “Rationalizing limited liability...”, op. cit., p. 1064.

²² CALLISON, J. William, “Rationalizing limited liability...”, op. cit., p. 1063.

²³ EASTERBROOK & FISCHER, “Limited liability...”, op. cit., p. 98.

²⁴ BAINBRIDGE, Stephen M., “Abolishing veil piercing”, op. cit., p. 501; EASTERBROOK & FISCHER, “Limited liability...”, op. cit., p. 106.

²⁵ BAINBRIDGE, Stephen M., “Abolishing veil piercing”, op. cit., p. 501. Este autor ainda cita o adágio: “*you made your bed, now you must lie in it.*”

²⁶ MORRISSEY, Daniel J., “Piercing all the veils...”, op. cit., p. 540.

Recentemente, tem-se observado a tendência de proteção dos terceiros que não têm as condições necessárias para avaliar as finanças da empresa com a qual negociam, ou não têm poder de barganha para negociar garantias. Sob este ponto de vista, a desconsideração da personalidade jurídica pode ser entendida como uma tentativa de se equilibrarem os benefícios da limitação de responsabilidade em contraposição ao seu custo social.²⁷

Entendemos que as questões relativas à compensação do custo social da limitação de responsabilidade não devem ser resolvidas unicamente em sede de desconsideração da personalidade jurídica. O empresário deve dispor de um sistema efetivo que limite sua responsabilidade e possibilite que ele se proteja contra a contingência de ter decretada judicialmente sua responsabilidade pessoal por dívidas decorrentes da atividade empresarial.

Esta constatação justifica uma especial atenção ao capital social, e, mais especificamente, à sua função de garantia. Em uma perspectiva que privilegie o equilíbrio entre eficiência econômica e justiça distributiva, percebe-se a importância de um instituto como o capital social, capaz de operar como mecanismo de contenção institucional do risco de crédito.²⁸ Para Calixto Salomão Filho, “parece claro que *a contrapartida mínima da limitação de responsabilidade é a garantia do capital social*.”²⁹

3. O INSTITUTO DO CAPITAL SOCIAL

A. A FUNÇÃO DE GARANTIA DO CAPITAL SOCIAL

A disciplina da responsabilidade dos sócios em relação às atividades da sociedade é dependente das ideias de patrimônio e capital social, entendidos como fatores de produção,³⁰ não havendo motivos para que isso seja diferente em relação à empresa individual de responsabilidade limitada.

A tutela do capital social tem como escopo assegurar que existam no patrimônio líquido bens cujo valor configure-se pelo menos idêntico à cifra do capital.³¹

Quanto ao capital social real, ou seja, a fração de bens do patrimônio líquido que fazem frente à cifra do capital nominal, a função de garantia é, na literatura jurídica,

²⁷ EASTERBROOK & FISCHER, “Limited liability...”, op. cit., p. 109; Nesse sentido, cf., também, SALOMÃO FILHO, Calixto, *A sociedade unipessoal*, op. cit., pp. 153-9. Para exemplos da aplicação da desconsideração, com mera prova de insolvência em relação a consumidor, cf. TJ/SP, 10ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 990.10.304610-2, 16/08/2011; TJ/SP, 9ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 0081989-48, 09/08/2011.

²⁸ Cf. WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *A crise da limitação...*, op. cit., p. 160.

²⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, op. cit., p. 191.

³⁰ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *A crise da limitação...*, op. cit., p. 179.

³¹ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social...*, op. cit., p. 139.

consagrada como “a função rainha do capital social”.³² Quanto ao capital social nominal, é comum que se faça referência a uma forma de garantia indireta aos credores sociais,³³ vez que a garantia direta tem que se constituir por bens concretos, que constem do patrimônio.

Sob uma perspectiva que entroniza a relação entre capital social e garantia de credores, Warde Jr. enfatiza que não pode “haver empresa sem garantia de terceiros, e esta é função essencial do capital social.”³⁴ O capital social, para este autor, constituiria a própria *causa* da limitação de responsabilidade, de modo que sua descaracterização poderia ensejar responsabilidade do empresário com seu patrimônio pessoal.³⁵

Todavia, no sistema jurídico brasileiro, este instituto não desfruta do regramento adequado para desempenhar satisfatoriamente tal função. Mencione-se, nesse sentido, a indiferença em relação a esta função do capital social: no Brasil, os credores raramente se portam influenciados pelo capital social.

E esta descrença em relação ao capital social como fonte de garantia aos credores se dá porque as cifras do capital social costumam ser dissonantes em relação à realidade patrimonial da empresa. Além disso, as sociedades empresárias, muitas vezes, operam com créditos de terceiros para o financiamento de sua atividade.³⁶

Mas é evidente que a função de garantia dos credores não deve ser ignorada. Nesse sentido, para uma melhor compreensão da forma como o sistema do capital social deve operar, faremos uma abordagem principiológica do instituto. Buscaremos, a partir desta abordagem, evidenciar os pontos em que o sistema é deficiente. A enumeração dos princípios não é unânime entre os autores, de modo que escolhemos aquela que se presta mais adequadamente à análise da função de garantia do capital social.

B. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO CAPITAL SOCIAL

i. PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE

Como forma de proteção aos credores da sociedade, deve-se evitar que o patrimônio líquido da sociedade seja inferior à cifra do capital social. Nesse sentido, o princípio da intangibilidade tem o objetivo de impedir distribuições de bens aos sócios em prejuízo à

³² Cf. DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do Capital Social: noção, princípios e funções*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 139.

³³ DINIZ, Gustavo Saad, *Subcapitalização Societária*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, (tese não publicada), p. 94.

³⁴ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *A crise da limitação...*, op. cit., p. 180.

³⁵ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *A crise da limitação...*, op. cit., p. 188.

³⁶ DINIZ, Gustavo Saad, *Subcapitalização Societária*, op. cit., p. 95.

integridade do capital social,³⁷ bem como o escopo de preservar sua realidade e integridade, através da prevenção contra fraudes ao capital social.³⁸

A partir deste princípio, inferem-se a proibição da restituição das entradas aos sócios³⁹ e a proibição da retribuição certa do capital.⁴⁰ Por conseguinte, constituem fraude ao capital social a distribuição de dividendos fictícios ou antecipados, o pagamento de juros aos acionistas, bem como hipóteses diversas de fraude ao balanço.⁴¹

Percebe-se, pois, que a finalidade principal a que busca este princípio é impedir que o patrimônio líquido torne-se inferior ao capital social nominal por consequência de pagamentos indevidos aos sócios (CC, art. 1059). Garante-se, assim, que a cifra correspondente ao valor do capital social não seja prejudicada por azares relativos às necessidades individuais dos sócios e que só haja a transferência de patrimônio da empresa para o sócio mediante a existência resultados positivos que a permitam.⁴²

Este princípio não significa, porém, que o patrimônio líquido jamais possa ser inferior à cifra do capital social. Caso fosse esse o entendimento, ter-se-ia a dissolução da sociedade sempre que houvesse perdas.⁴³ O princípio da intangibilidade, portanto, não imuniza o capital social contra os riscos inerentes à atividade empresarial. Em vez disso, estabelece como condição da distribuição de bens aos sócios a existência de um patrimônio líquido superior à cifra do capital social. Em suma, assegura-se que os bens aportados a título de capital social só sejam devolvidos aos sócios mediante o devido procedimento.⁴⁴

Transpondo-se estas concepções à empresa individual, percebe-se a importância deste instituto para determinar a separação patrimonial entre a empresa e a esfera pessoal do empresário. Justamente porque o capital social não opera apenas como fator de produção, mas também como garantia de credores, tem-se um capital intangível, que não pode ser devolvido ao empresário.

³⁷ DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do Capital Social: noção, princípios e funções*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 104.

³⁸ Cf. LOBO, Jorge. “Fraudes à realidade e integridade do capital social das sociedades anônimas”. *RDM*, São Paulo, ano XXVII, n. 70, abril-junho/1988, p. 60.

³⁹ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social...*, op. cit., p. 104. Excetuam-se, aqui, os casos de liquidação da sociedade e de redução do capital social.

⁴⁰ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social...*, op. cit., p. 107.

⁴¹ Cf. LOBO, Jorge, “Fraudes à realidade...”, op. cit., p. 59.

⁴² HÜBERT, Ivens Henrique. *O capital social e suas funções na sociedade empresária*. 2007. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 58. Esta monografia encontra-se também publicada (*Sociedade Empresária & Capital Social*, Curitiba: Juruá Editora, 2009), mas nossas citações se referem ao manuscrito.

⁴³ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social...*, op. cit., p. 104.

⁴⁴ HÜBERT, Ivens Henrique, *O capital social...*, op. cit., p. 58.

ii. PRINCÍPIO DA REALIDADE

O princípio da realidade diz respeito fundamentalmente ao ingresso de bens e créditos na empresa a título de capital social. Remete à importância de se garantir que os bens conferidos ao capital social realmente existam e que o valor que lhes é atribuído no momento da subscrição seja exato e real.⁴⁵

Este princípio é importante tanto no momento da subscrição, em que se deve assegurar a compatibilidade entre o valor nominal e os bens aportados, quanto nos momentos posteriores, de realização da atividade empresarial, em que se deve buscar a manutenção da coerência entre o valor subscrito e seu correspondente no ativo. O ordenamento brasileiro dispõe de regras suficientes para se garantir a avaliação dos bens no momento da subscrição, mas carece da devida atenção à necessidade de se manter a realidade do capital social no decurso da atividade.⁴⁶

E esta é uma crítica que já se pode adiantar em relação ao sistema de capital social mínimo nas EIRELI. O regramento estabelecido garante apenas a realidade do capital social no momento da constituição da empresa, inexistindo mecanismos posteriores de verificação da cifra inicialmente estabelecida.

iii. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

A partir do princípio da congruência, infere-se que o capital social deve ser suficiente à consecução do objeto social e proporcional ao tamanho da atividade desenvolvida.⁴⁷ O capital social deve observar o *tamanho* e a *finalidade* da empresa. Deve-se preservar a relação entre o capital social e as necessidades da empresa, no que diz respeito à consecução da atividade empresarial e à garantia de terceiros que se relacionam com a sociedade empresária.⁴⁸

Para que se tenha a eficácia do sistema de garantia dos credores - e, por consequência, uma adequada alocação de riscos através da limitação de responsabilidade - há que se garantir, ainda, uma proporção adequada entre capitais próprios e alheios, vez que a tutela do crédito de terceiros que negociam com a sociedade é bastante prejudicada quando o capital social é irrisório em relação ao passivo.⁴⁹

⁴⁵ HÜBERT, Ivens Henrique, *O capital social...*, op. cit., p. 65.

⁴⁶ HÜBERT, Ivens Henrique, *O capital social...*, op. cit., p. 67.

⁴⁷ HÜBERT, Ivens Henrique, *O capital social...*, op. cit., p. 61.

⁴⁸ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social...*, op. cit., p. 135.

⁴⁹ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social...*, op. cit., p. 175; DINIZ, Gustavo Saad, *Subcapitalização Societária*, op. cit., p. 176.

O direito brasileiro não dispõe de normas que visem a preservar a correspondência entre o capital social e a atividade desenvolvida.⁵⁰ Mesmo no direito continental europeu, questiona-se a efetividade do princípio da congruência.⁵¹ O máximo a que as diversas legislações se propõem a fazer é detectar os casos de absurda disparidade entre o capital social e a atividade desenvolvida, haja vista o problema de se encontrar um critério legítimo para que se determine qual o valor adequado que deve o capital social possuir.

Por consequência da falta de “conteúdo normativo, o princípio da congruência, no direito brasileiro, deixa de possuir sua necessária eficácia.”⁵² Dada a ausência de especificações na legislação, o princípio da congruência mostra-se incapaz de, por si só, direcionar o comportamento dos agentes e ensejar a estabilização de expectativas no que concerne à correspondência entre capital social e objeto social.

Não existem, no nosso ordenamento, regras que se prestem a tornar garantia dos credores o lucro que foi reinvestido na atividade empresarial. Se o empresário aumenta as proporções de sua empresa no decurso da atividade, mediante recursos advindos do sucesso da empresa, cria-se uma distância entre o patrimônio social e o capital social destinado à garantia dos credores, sendo que o empresário passa a responder por um montante inferior ao efetivo risco da sua atividade. No caso da EIRELI, conforme problematizamos, o empresário poderá dispor livremente deste capital que foi reinvestido, embora as dimensões da empresa e a necessidade de garantir os credores tenham aumentado.

Dessa forma, pode-se dizer que o sistema de capital social mínimo pouco tem a acrescentar em relação à garantia de credores, pois ignora qualquer parâmetro concernente às dimensões da empresa. Pelo mesmo motivo, também no que diz respeito à adequada capitalização da empresa a regra do capital social mínimo nada diz.

Qual seria, então, a finalidade de se estabelecer um valor mínimo para que se tenha o benefício da limitação de responsabilidade?

C. O CAPITAL SOCIAL MÍNIMO COMO “LIMIAR DE SERIEDADE”

O capital social mínimo assegura que um montante legalmente determinado seja efetivamente destinado à atividade empresarial, sem a possibilidade de que este valor retorne,

⁵⁰ A exceção a esta afirmação seria, no que concerne às companhias abertas, a possibilidade de a CVM denegar o registro de emissão de valores mobiliários de sociedade cujo empreendimento considere inviável ou temerário (Lei 6.385/76, art. 19, § 6º).

⁵¹ Cf. DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social...*, op. cit., p. 135.

⁵² HÜBERT, Ivens Henrique, *O capital social...*, op. cit., p. 63.

no decurso das atividades da empresa, para o patrimônio pessoal do empresário.⁵³ Este instituto tem o objetivo de tutelar terceiros credores contra a escassez de capitais investidos, operando, assim, como um “limiar de seriedade” a ser observado por aqueles que desejam arriscar-se na atividade empresarial.⁵⁴ Acredita-se que, conseguinte à exigência de um capital mínimo, haverá interesse suficiente do empresário para que a empresa seja preservada.⁵⁵

Nesse sentido, parece evidente que, quanto menor forem as dimensões da atividade empresarial a que o tipo societário se destina, mais justificada se torna a implementação deste sistema. Contudo, alinham-se três fortes argumentos contra o estabelecimento de um sistema de capital social mínimo:⁵⁶ (i) o valor do capital social pode ser depreciado por processos inflacionários; (ii) as sociedades tendem a esvaziar o valor correspondente ao capital social com o início das atividades; (iii) não se vislumbram critérios satisfatórios para se determinar qual a cifra adequada para que uma empresa inicie suas atividades.

Além disso, a cifra do capital social mínimo adquire, naturalmente, um valor irrisório sob o ponto de vista de determinadas atividades, ao passo que, para outras, configura-se como verdadeiro óbice à adoção desta modalidade de empresa.

Na realidade brasileira, esta exigência mostra-se ainda mais problemática, pois se estabelece somente em relação à EIRELI. Se, para determinado empresário, cuja atividade demanda poucos recursos, o capital social mínimo estabelecido afigurar-se proibitivo, certamente preferirá este indivíduo constituir uma sociedade fictícia, com o que não terá a EIRELI cumprido seu papel. Eleger um ponto ótimo como critério normativo mostra-se, na verdade, como uma forma de aniquilar determinadas possibilidades de empresa formalizada, com o que se propõe, em vez disso, a aferição objetiva do caso concreto,⁵⁷ tomando como referência a adequação da capitalização da EIRELI.

D. SUBCAPITALIZAÇÃO E ALTERAÇÃO DO CENTRO DE IMPUTAÇÃO

A solução para a incongruência entre o capital e o objeto social é a alteração do centro de imputação de responsabilidade.⁵⁸ A responsabilidade pessoal por subcapitalização explicita a correspondência entre patrimônio e responsabilidade. A limitação de responsabilidade

⁵³ Cf. OELKERS, Janine. “Mindestkapital und Nennkapital – Leistungskraft für den Gläubigerschutz (Teil I)”, *GesRZ*, Linde Verlag: Wien, 2004, p. 363.

⁵⁴ DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social...*, op. cit., p. 148.

⁵⁵ Cf. OELKERS, Janine, “Mindestkapital und Nennkapital...”, op. cit., p. 363.

⁵⁶ DINIZ, Gustavo Saad, *Subcapitalização Societária*, op. cit., p. 109; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *A crise da limitação...*, op. cit., p. 220; DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do Capital Social...*, op. cit., p. 150.

⁵⁷ DINIZ, Gustavo Saad, *Subcapitalização Societária*, op. cit., p. 182.

⁵⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, op. cit., p. 222; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *A crise da limitação...*, op. cit., p. 222; DINIZ, Gustavo Saad, *Subcapitalização Societária*, op. cit., p. 181;

decorre da formação e manutenção de um patrimônio adequado, que satisfaça o interesse dos credores, em contrapartida aos riscos da atividade desenvolvida pelo empresário.⁵⁹

A subcapitalização é geralmente definida como “a inadequada e não razoável provisão do próprio capital”.⁶⁰ A subcapitalização nominal se dá nos casos em que o capital provém de recursos de terceiros e, portanto, encontra-se comprometido. A subcapitalização material configura-se quando a sociedade não supre de nenhuma forma o capital necessário para a consecução da atividade.

Warde Jr. demonstra que os primeiros critérios de *Durchgriff* no direito alemão envolviam sociedades unipessoais subcapitalizadas.⁶¹ A desconsideração foi o meio utilizado para se responsabilizar pessoalmente o sócio único, quando a diferença entre este e a sociedade era meramente formal, de modo que a subcapitalização ensejava uma forma de enriquecimento indevido correspondente ao dano provocado aos credores.⁶²

Nesse sentido, como remédio contra a subcapitalização, parece coerente adotar-se uma visão realista e ampla de capital, entendendo como capital também os empréstimos feito pelo empresário à empresa em momentos de crise.⁶³

A jurisprudência alemã tem enxergado na subcapitalização uma forma de externalização de riscos que contraria o escopo da personalidade jurídica, pois, por meio daquela, transfere-se arbitrariamente aos credores o risco da atividade empresarial.⁶⁴

Se, na gênese do instituto, a ideia era fazer do capital social a própria fonte de onde os credores extrairiam seus créditos, hoje, prevalece, no direito alemão, a concepção de que o capital social tem o efeito de controlar a conduta do empresário.⁶⁵ Para usar a terminologia do *Law and Economics*, o capital social deveria operar como um atenuante do *risco moral* (assimetria de informação *ex post contractus*) e, conseqüentemente, proteger os credores contra decisões excessivamente arriscadas do empresário.

O capital social assume, na realidade alemã, importância central, constituindo, conforme já mencionado, mecanismo de contenção institucional do risco de crédito, legitimando, em certa medida, a própria existência da limitação de responsabilidade.⁶⁶

⁵⁹ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *A crise da limitação...*, op. cit., p. 158; DINIZ, Gustavo Saad, *Subcapitalização Societária*, op. cit., p. 193.

⁶⁰ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *A crise da limitação...*, op. cit., p. 159.

⁶¹ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *A crise da limitação...*, op. cit., p. 150.

⁶² WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *A crise da limitação...*, op. cit., p. 151.

⁶³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, op. cit., p. 222.

⁶⁴ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *A crise da limitação...*, op. cit., p. 162.

⁶⁵ Cf. OELKERS, Janine, “Mindestkapital und Nennkapital...”, op. cit., p. 364.

⁶⁶ WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge, *A crise da limitação...*, op. cit., p. 160.

Calixto Salomão Filho propõe que para os casos de subcapitalização qualificada, em que é evidente a incoerência da provisão de capitais, desconsidere-se a personalidade jurídica, pois o risco criado pelo empresário é digno de responsabilidade pessoal.⁶⁷ Quanto à subcapitalização simples, que não é tão evidente, tem-se o problema de se retirar do sócio a capacidade de julgar qual o capital adequado para realizar sua atividade, e tal questão requer elevado grau de amadurecimento doutrinário e jurisprudencial para seu tratamento.

4. CONCLUSÃO

A. CAPITAL SOCIAL MÍNIMO: UM REQUISITO ADEQUADO?

A exigência de um valor mínimo para o capital social erigida pela Lei nº. 12.441/11 evidencia a inexistência, no direito brasileiro, de um sistema adequado de garantia dos credores. Pelos motivos que expusemos, as formas unipessoais de limitação de responsabilidade demandam mecanismos efetivos de proteção aos credores, o que, indubitavelmente, influenciou a postura do legislador brasileiro. Na tentativa de conferir credibilidade à EIRELI, o legislador lança mão de recurso que, no modelo atual de regramento do capital social, adquire caráter meramente simbólico. Trata-se de um “limiar de seriedade” que não condiz com a realidade brasileira, porque demasiadamente elevado para grande parte dos empresários a que a EIRELI se destina.

O capital social mínimo, por si só, é incapaz de garantir a adequada capitalização da empresa. Primeiro, porque esta exigência garante apenas que a EIRELI terá aquele capital inicialmente, inexistindo qualquer garantia contra a descapitalização posterior. Segundo, porque, no arcabouço normativo do capital social, não há regras que garantam a congruência entre capital e objeto social, de modo que, para uma atividade de maior porte, constituída sob a forma de empresa individual, este mínimo estipulado nada significará.

O instituto do capital social deve ser compreendido de maneira sistemática para que cumpra suas funções com efetividade. Se assim não se procede, tem-se o instituto como algo despropositado, sem funções *externa corporis*, de modo que qualquer exigência suplementar em sua atenção passa a ser considerada mais uma forma de oneração descabida ao empresário. Nesse sentido, o capital social mínimo só tem razão de ser se houver mecanismos que evitem a descapitalização superveniente e garantam, pelo menos minimamente, a congruência entre capital social e as dimensões da atividade desempenhada pela empresa. Com efeito, as

⁶⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, op. cit., p. 222.

construções doutrinárias sobre subcapitalização constituem uma alternativa que merece a devida atenção, haja vista os benefícios advindos de seu amadurecimento.

B. RELEVÂNCIA PARA AS PRÁTICAS COMERCIAIS

Sob o ponto de vista das práticas comerciais, a exigência de um capital social mínimo, haja vista o atual regramento do capital social, não fornecerá aos credores uma referência satisfatória acerca do patrimônio real da empresa. Tampouco fará com que o capital social opere como efetivo mecanismo de contenção institucional do risco de crédito. Os credores fortes continuarão exigindo garantias suplementares ao negociarem com pequenos empresários, e os credores fracos remanescerão desprotegidos, tendo na desconsideração da personalidade jurídica sua única garantia contra a insolvência.

A exigência de capital social mínimo nas EIRELI, do modo como se encontra regulamentada hoje, tem como efeito principal afastar desta modalidade de empresa aqueles que não possuem, nos valores atuais, R\$ 54.500,00 para integralizar, no momento da constituição da empresa. Para estes empresários, restará então o velho recurso da sociedade fictícia, que a EIRELI deveria extinguir. O capital social mínimo sofre da incoerência de não ser requisito nos tipos societários de responsabilidade limitada.

Após a constituição da empresa, o aumento da dimensão da atividade ou um desequilíbrio financeiro podem motivar a subcapitalização material. É evidente que as regras concernentes à capitalização da empresa e à garantia dos credores clamam por adaptações à unipessoalidade. Isto em benefício, não só dos futuros credores das EIRELI, como também dos próprios empresários que escolherem esta forma de empresa.

Diante deste dispositivo que, sob a prerrogativa de oferecer maior garantia aos credores – mas com as deficiências que apontamos –, tolhe dos pequenos empresários esta modalidade de organização empresarial, já há inclusive uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, de nº. 4637, que foi ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS).

Evidente, portanto, que o debate acerca do capital social mínimo é de grande interesse para as práticas comerciais, pois diz respeito ao acesso do pequeno empresário à limitação de responsabilidade, bem como à necessidade de se estabelecer um mecanismo efetivo de garantia aos credores.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, José Engrácia. “O estabelecimento individual de responsabilidade limitada: crónica de uma morte anunciada”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra: Coimbra Editora, ano 3, 2006, p. 402-442.

BAINBRIDGE, Stephen M. “Abolishing veil piercing”, *Journal of Corporation Law*, vol.. 26, n. 3, Spring/2001.

CALLISON, J. William. “Rationalizing limited liability and veil piercing”, *The business lawyer*, vol. 58, Maio/2003.

DINIZ, Gustavo Saad, *Subcapitalização Societária*, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo , 2007.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. “*Do Capital Social: noção, princípios e funções*”, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

EASTERBROOK, Frank; FISCHER, Daniel. “Limited liability and the corporation”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 52, n. 89, 1985.

HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. “Toward unlimited shareholder liability for corporate torts” *Yale Law Journal*, vol. 100, 1990-91.

HÜBERT, Ivens Henrique. *O capital social e suas funções na sociedade empresária*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

LOBO, Jorge. “Fraudes à realidade e integridade do capital social das sociedades anônimas”. *RDM*, São Paulo, ano XXVII, n. 70, abril-junho/1988.

MORRISSEY, Daniel J. “Piercing all the veils: applying an established doctrine to a new business order.” *Journal of corporation law*, vol. 32, n. 3, 2007.

OELKERS, Janine. “Mindestkapital und Nennkapital – Leistungskraft für den Gläubigerschutz (Teil I)”, *GesRZ*, Linde Verlag: Wien, 2004. Disponível em <http://tuprints.ulb.tu-darmstadt.de/2720/1/mindestkapital.pdf>, acessado em 26/10/2011.

POSNER, Richard. “*Law, pragmatism, and democracy*”, Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SALOMÃO FILHO. Calixto. “*A sociedade unipessoal*”, São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. “*O novo direito societário*”, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SCHMIDT, Karsten. *Gesellschaftsrecht*, 4ª ed., Köln: Heymann, 2002.

TEUBNER, Gunther. “Altera pars audiatur: Law in the collision of discourses”, In: Richard Rawlings (ed.), *Law, Society and Economy*, Oxford University Press: Oxford 1997

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. “*A crise da limitação da responsabilidade dos sócios e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*”, 2004, Tese (Doutorado), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.