

Aspectos constitucionais da responsabilidade limitada e do capital social

A ADI 4637 e as discussões sobre a compatibilização entre a livre iniciativa e a
proteção dos credores sociais

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do
CADE.

Como já tive oportunidade de abordar em colunas anteriores¹, a questão do capital social é um dos assuntos mais importantes do Direito Societário, pois diz respeito a importante mecanismo utilizado para conciliar a livre iniciativa e o empreendedorismo com os interesses de terceiros que, como é o caso dos credores sociais, serão afetados pela atividade empresarial e pelas consequências das formas societárias adotadas pelos agentes econômicos.

Com efeito, a escolha de modelo societário com responsabilidade limitada dos sócios, mesmo que amparada pela lei, não deixa de ser exemplo de eficácia externa do contrato, uma vez que a decisão dos sócios não repercutirá somente sobre eles, mas também sobre terceiros – credores sociais – que jamais consentiram com tais restrições. Mesmo em sociedades institucionais ou unipessoais, o raciocínio é semelhante, na medida em que, em qualquer caso, os atos de vontade dos sócios vincularão terceiros.

Ademais, sem um maior cuidado com a questão do capital social, há riscos de que a socialização parcial do risco que é inerente à criação de pessoas jurídicas com sócios de responsabilidade limitada – como é o caso das sociedades por ações e das sociedades limitadas – torne-se um instrumento de

¹ Ver, por exemplo, FRAZÃO, Ana. Responsabilidade limitada. As distorções da sua (não) aplicação na realidade brasileira. *Jota*.

transferência total do risco empresarial para os credores sociais, subvertendo não só a finalidade legítima do instituto da responsabilidade limitada, como a própria racionalidade da atividade empresarial, que envolve e exige a assunção de riscos – ou de pelo menos parte significativa deles - com todas as consequências daí resultantes.

Um dos agravantes desse cenário é o fato de que normalmente são os pequenos credores e os credores involuntários aqueles que mais tendem a sofrer com a limitação de responsabilidade de sociedades empresárias, já que os grandes credores conseguem, por diversas outras vias, terem seus interesses resguardados por outros instrumentos.

Não obstante, nem sempre os aspectos funcionais e finalísticos do capital social são bem compreendidos. É muito comum a defesa de que qualquer tentativa de exigência de contrapartidas à responsabilidade limitada dos sócios, como a regulação do capital social – e a estipulação de capital social mínimo é uma dentre as inúmeras alternativas nesse sentido– seria disfuncional ou mesmo inconstitucional, na medida em que violaria o princípio da livre iniciativa.

Por essas razões, é interessante analisar o acórdão do STF na ADI 4637², que foi ajuizada contra a Lei 12.441/2011, na parte em que exigiu que a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI tivesse capital social mínimo de 100 salários mínimos, sendo que a principal inconstitucionalidade apontada era precisamente a violação ao princípio da livre iniciativa.

A ação foi julgada improcedente por maioria no final de 2020, nos termos do voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, oportunidade em que o STF considerou que a exigência de capital social mínimo não impede o livre exercício de atividade econômica e ainda pode ser considerada um requisito para a limitação da responsabilidade do empresário.

Além de mostrar a estatura constitucional do tema e suas evidentes conexões com a livre iniciativa, o STF também teve a oportunidade de adentrar na função do capital social e de suas vinculações com a limitação de responsabilidade do sócio. Daí a afirmação constante do voto preponderante do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que “se trata de uma garantia em favor

2 STF, ADI 4637, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 04.02.2021.

dos credores, um mínimo que se deve assegurar em contrapartida à limitação da responsabilidade individual do empresário.”

O voto do Ministro Gilmar Mendes ainda faz uma retrospectiva histórica do capital social, à luz da doutrina do economista Chang, mostrando como o princípio da responsabilidade limitada do sócio, longe de ser um ponto pacífico, já esteve sujeito a muitas discussões, dentre as quais a de que estimularia a assunção de riscos excessivos, a vadiagem ou a negligência. Entretanto, ao longo dos séculos, foi se percebendo a sua importância como mecanismo de socialização de risco, “apesar do seu potencial de criar “risco moral”.

Essas preocupações se potencializam ainda mais em se tratando de sociedades unipessoais, diante dos receios de que a responsabilidade limitada possa incentivar fraudes e credores desamparados. Daí ter concluído o Ministro Gilmar Mendes que o Poder Legislativo legitimamente assumiu esse risco ao regular a EIRELI, admitindo a responsabilidade limitada do empresário individual mediante a contrapartida de um capital social mínimo. Tal solução, longe de ser censurável, atenderia ao requisito de prudência que deveria cercar a introdução de novos institutos jurídicos.

Também sob a perspectiva estrangeira, a lei brasileira, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, não seria estranha a outros sistemas jurídicos que contam com soluções semelhantes, de forma que o capital social mínimo não poderia ser considerado nem invencione nem algo que violaria a livre iniciativa.

Ponto crucial da fundamentação do Ministro Gilmar Mendes é o que demonstra que o capital social mínimo exigido para a EIRELI não poderia ser considerado nem mesmo uma condição de acesso ao mercado ou à atividade empresarial, mas tão somente “um requisito para limitação da responsabilidade patrimonial do empresário pessoa física”, que tampouco poderia ser considerado um requisito discriminatório ou desproporcional.

Por fim, por mais que tenha reconhecido que o valor previsto pelo legislador fosse elevado, não haveria propriamente a inconstitucionalidade porque, em nenhum caso, isso comprometeria o acesso. Afinal, nos termos da conclusão do Ministro Gilmar Mendes, “[a] restrição/condição não é ao

exercício da empresa é, na verdade, a um certo regime jurídico ou estrutura jurídica mais benéfica ao empresário individual.”

Para o Ministro Gilmar Mendes, assim como “[n]ão há direito a empreender sem assumir o risco”, a livre iniciativa também não poderia ser considerada um direito absoluto.

Como se pode observar, os aspectos salientados pelo voto-vencedor são extremamente relevantes, na medida em que não apenas mostram a necessidade de se contextualizar a livre iniciativa com os demais princípios constitucionais e interesses socialmente protegidos – como os interesses dos credores sociais – como mostra a importância de se distinguir o que está em jogo.

Com efeito, do voto do Ministro Gilmar, extraem-se algumas importantes reflexões que transcendem o caso concreto:

- (i) a livre iniciativa não é um princípio absoluto nem confere o direito a empreender sem assumir o risco respectivo;
- (ii) a responsabilidade limitada não é questão que afeta apenas o empresário, mas também os credores sociais, que serão submetidos forçadamente aos efeitos do referido regime;
- (iii) a responsabilidade limitada dos sócios vem acompanhada de inúmeros riscos, inclusive o moral, podendo gerar disfuncionalidades, o que ocorre quando as pessoas não assumem os riscos inerentes à atividade empresarial, circunstância suscetível de gerar desde problemas de gestão empresarial – negligência – até riscos excessivos, com os correspondentes danos excessivos aos credores sociais;
- (iv) a responsabilidade limitada é um regime protetivo do empresário, que certamente tem importantes funções de incentivo ao investimento e à atividade empresarial, mas que não nem direito absoluto nem decorrência necessária e obrigatória da livre iniciativa;
- (v) eventuais contrapartidas à limitação da responsabilidade, como é o caso do capital social mínimo, não são, por si só, obstáculos ou óbices para o acesso aos mercados, mas tão somente condições para o acesso a um regime mais protetivo, as quais serão constitucionais e legítimas, desde que pertinentes e razoáveis.

No atual contexto brasileiro, em que muitas vezes a responsabilidade limitada é utilizada como instrumento de transferência total do risco empresarial para credores sociais, tais observações são muito importantes por ressaltar o necessário equilíbrio de interesses que deve prevalecer em tais soluções.

Daí por que as conclusões do Ministro Gilmar Mendes podem abrir reflexões sobre diversos outros problemas relacionados à responsabilidade limitada e ao capital social, incluindo aí os casos de subcapitalização, especialmente na modalidade dolosa.

Se uma das principais funções do Direito Societário é a de equilibrar interesses e se um dos principais conflitos de interesses que se projetam sobre sociedades empresárias é o existente entre as sociedades e os sócios de responsabilidade limitada, por um lado, e os credores sociais, por outro, é evidente que o problema precisa ser equacionado a partir de perspectiva que contemple todos os interesses legítimos envolvidos.

Por todas essas razões, ao lembrar que a livre iniciativa não é um princípio absoluto, assim como ao ressaltar os aspectos funcionais e finalísticos inerentes à responsabilidade limitada dos sócios, o acórdão da ADI 4637 certamente oferece sensíveis contribuições para a compreensão do quadro constitucional que deve orientar o empreendedorismo no Brasil e a solução dos conflitos de interesses que envolvem os credores sociais.

Publicado em 13/04/2022

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/aspectos-constitucionais-da-responsabilidade-limitada-e-do-capital-social-13042022>