

1. Por que a figura do Capital Social?

De uma maneira simplificada e extremamente pragmática podemos afirmar que o objetivo de qualquer empresa é o lucro. Ou seja, o sócio que compõe determinada sociedade deseja que ao final do exercício social seja apurado um superávit que será revertido em seu proveito na forma de dividendos. Reter parcela do lucro na empresa acaba por reduzir os dividendos que serão recebidos, de modo que tal situação não parece ser desejável para o sócio, sendo necessário a existência de estímulos positivos ou obrigações legais para orientar seu comportamento, sob pena da totalidade dos recursos alcançados pela empresa serem transferidos aos seus sócios.

Nesta ordem de ideias surge a figura do capital social, instituto legal e obrigatório que tem como principal objetivo servir como garantia aos credores¹. A ideia do instituto é criar um patrimônio próprio da empresa por meio dos aportes iniciais de seus sócios, sendo que, após criado, ele se torna uma cifra fixa que impede a distribuição de lucros até que os valores auferidos pela empresa superem tais aportes iniciais.

O capital funciona, perante o patrimônio da sociedade, como “cifra de retenção”, prendendo ao ativo bens suficientes para equilibrá-la; os credores, com esse mecanismo, contam com um índice de garantia patrimonial que mede a variação do patrimônio social em relação ao importe de bens que os acionistas vincularam aos negócios que constituem o objeto social. O capital social é, assim, uma cifra, uma medida, uma referência fixa, ou de pouca mutabilidade, que visa garantir aos credores que determinada quantidade de bens, atrelada fundamentalmente aos aportes feitos pelos sócios, permanecerá vinculada ao negócio (PENTEADO, 2012, p. 37).

O termo “cifra de retenção” frequentemente utilizado pela doutrina sintetiza bem sua funcionalidade pois, somente será passível de distribuição na forma de dividendos, os valores que efetivamente ultrapassam os débitos e o próprio capital social da empresa, ambos localizados à direita do balanço registrados como passivos.

Há aqui um claro conflito de interesses, na medida em que os sócios pretendem a distribuição máxima dos lucros com respectivo esvaziamento do patrimônio próprio da empresa, enquanto os credores possuem o também razoável interesse de que a empresa conserve patrimônio próprio passível de responder por suas dívidas. Assim, é de concluir pela existência do risco daqueles que com a sociedade se relacionam, uma vez que, a

¹ Embora se reconheça outras funções do capital social, para fins do presente artigo nós ateremos a função de garantia.

sociedade não possuindo bens suficientes para a quitação, ao menos em regra, os credores não poderão buscar a satisfação do crédito na pessoa dos sócios.

Este é o risco principal, mas a doutrina tende a identificar os seguintes riscos adicionais: o risco do *wrongful or fraudulent trading*, pois em muitos casos os controladores da sociedade assumirão negócios de alto risco no sentido de se libertarem de uma situação de crise financeira iminente tendo o conforto da responsabilidade limitada (MACHADO apud FERREIRA, 2017, p. 12); o risco de os controladores da sociedade se apropriarem indevidamente dos lucros da sociedade, ou seja, o risco de *asset diversion*; e o risco de ser privilegiada a satisfação de alguns credores contra outros. (ARMOUR / HERTIG / KANDA apud FERREIRA, 2017, p. 12).

Isso posto, parece haver certo consenso de que os acionistas, na grande maioria das vezes, colocarão seus interesses próprios na frente dos interesses dos credores, de modo que é necessário a criação de um instituto jurídico que proteja o interesse de terceiros que com a sociedade contratam, sob pena da personalidade jurídica e respectiva autonomia patrimonial se transformarem em institutos ineficientes ou ao menos extremamente desequilibrados tombando para o lado dos sócios. Nesse sentido, para viabilizar a garantia aos credores e patrimônio próprio da empresa, foi criado o instituto do capital social, assim conceituado por Wilson Batalha:

Capital social é a cifra indicativa das contribuições que os sócios fazem, ou se obrigam a fazer, em pecúnia, bens ou direitos, para que a sociedade possa desempenhar seus objetivos, indicando, outroassim, a importância monetária que, incluída no passivo, representa uma responsabilidade potencial perante terceiros e acionistas. (BATALHA 1977, p. 110)

Todavia, é de se reconhecer que o instituto do capital social acaba por ter sua função de garantia consideravelmente diminuída a depender do tipo societário, uma vez que, com exceção das EIRELIS, não há exigência de um valor mínimo para a formação do capital social, o que levam a diversos empresários a constituírem sociedades com capital social ínfimo e certamente insuficiente para servir de garantia para os credores. Assim, ao menos em tese, os fundadores podem constitui uma sociedade de responsabilidade limitada com capital tão insignificante que, de fato, permita a constituição de uma sociedade sem capital, sem responsabilidade dos sócios e sem regulamentação rigorosa. (CANIZARES y ASTRIA, citados por NELSON ABRÃO 1984, p 191 apud PENTEADO, ob cit, p. 18)

A realidade não nega esta afirmativa, o número de sociedades que possuem capital social irrisório é preocupante e acarreta em uma série de desdobramentos sérios que acabam por fragilizar alguns dos alicerces do direito empresarial e societário. Os indesejáveis efeitos jurídicos ultrapassam esta seara, atingindo a economia de maneira relevante, ao passo que a insegurança jurídica afasta o capital e desestimula a inovação e empreendedorismo.

A responsabilidade limitada dos sócios, não pode vir desacompanhada de algumas premissas fáticas e legais importantes, sob pena de não se observar o elemento justificador de tal limitação de responsabilidade. Para que haja responsabilidade limitada dos sócios é importante que a sociedade criada possua patrimônio próprio e relevante, sob pena dos sócios simplesmente transferirem o risco da atividade para àqueles que com ela contratam. Assim, pode ser que a mera obrigação legal de constituição de um capital social pode se mostrar ineficiente se desacompanhada de outras regras para lhe dar efetividade. Como é o próprio sócio que constitui o capital social, é provável que o capital social, instrumento que protege os credores, será instituído e mantido conforme interesse do sócio.

Em resumo, nossa legislação, sobretudo no que diz respeito às sociedades limitadas e sociedades anônimas de capital fechado, não pareceu se atentar ao fato de que é preciso que haja certa congruência entre a empresa e seu capital social, sob pena do instituto não atingir seu fim ou não viabilizar a previsibilidade jurídica, ora desconsiderando a personalidade jurídica da empresa de maneira desarrazoada, ora protegendo o patrimônio dos sócios de maneira desarrazoada.

Cada tipo societário tem sua particularidade o que impede que seja feita uma generalização acerca do capital social, por exemplo; as sociedades anônimas de capital aberto possuem legislação complexa e preocupada com publicidade e idoneidade de seu atos, situação esta que possibilita que os contratantes tenham meios de verificar a condição patrimonial real da empresa. Além disso, por tratar-se de sociedade de capital, ações não são emitidas e transacionadas em valores irrisórios, o que acaba por reforçar a construção de um capital social relevante. Por outro lado, as sociedades limitadas não possuem a mencionada publicidade e suas quotas podem ser transacionadas sem qualquer reflexo no capital social, sendo que este também pode ser constituído em qualquer valor conforme a conveniência de seus sócios. Já no caso da EIRELI é exigido a criação de um capital social mínimo, que não poderá ser inferior a 100 (cem) salários mínimos.

Embora cada tipo societário possua suas peculiaridades, é de se observar que nenhum tipo societário possui regras com o objetivo de promover uma adequação entre a empresa e seu capital social. Há de se reconhecer que a legislação ao criar determinado instituto deveria também se preocupar com o arcabouço de normas que irão dar efetividade, ou seja, para exercer a função garantidora é preciso que haja congruência, princípio tido por muitos como orientador do capital social.

Ao contrário dos demais princípios orientadores do capital social², o princípio da congruência não possui regras que possibilitem sua adequada apreensão e respectivos desdobramentos. O mencionado princípio decorre da ideia de que o capital social, até mesmo para cumprir sua função de garantia, deve possuir valor adequado ao objeto social e porte da empresa. Ou seja, pelo princípio da congruência é preciso que o capital social possua valor suficiente para ter aptidão para cumprir suas funções mesmo que de maneira insuficiente, caso contrário não trará utilidade alguma. Fato é que na ausência de normas específicas que regulem a adequação entre capital social com a respectiva atividade e porte da empresa, é de se reconhecer não há qualquer óbice legal para que empresas constituam capitais sociais demasiadamente pequenos ou até mesmo irrisórios.

Diante dessa inegável lacuna jurídica acerca de um ponto de equilíbrio entre capital social e atividade desempenhada pela sociedade, alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, como é o caso da lei californiana, propõe promover um exame de adequação por meio da verificação de um coeficiente de solvabilidade entre passivo e patrimônio social. Outra alternativa é estabelecer um capital social mínimo, como o fez, por exemplo, a legislação brasileira que prevê que, no caso específico EIRELI, estas deverão ter um capital social de pelo menos 100 (cem) salários mínimos.

2. O Capital Social Mínimo na União Europeia e Estados Unidos

A figura do capital social mínimo surgiu nos ordenamentos europeus em meados do século 18. À data, a exigência de capital social mínimo nas sociedades de responsabilidade limitada pretendia tutelar os credores, mas não só. Embora

² A doutrina, majoritariamente, reconhece a existência de três princípios orientadores do capital social, são eles: o princípio da realidade, princípio da intangibilidade e princípio da congruência, sendo que deste último decorrem as principais discussões relacionados ao instituto do capital social. Os dois primeiros decorrem de normas expressas constantes na LSA que garantem sua eficiência e concretude, enquanto o princípio da congruência decorre de uma interpretação sistemática desprovida de normas mais concretas.

indiretamente relacionado com a questão da tutela dos credores, o capital social mínimo visava ainda o aumento da confiança na segurança financeira de mercado, propondo-se a prevenir a formação irresponsável de sociedades através do estabelecimento de um ‘limiar de seriedade’³(DOMINGUES, 2009, p. 131). Ou seja, entendia-se que para se beneficiar da limitação da responsabilidade deveria se pagar um preço, esse preço era o capital social mínimo.

A figura do capital social mínimo ganhou destaque quando da segunda diretiva que visava a harmonização do direito societário promulgada em 1976 que estabeleceu em seu art. 6º que para a constituição da sociedade ou para a obtenção da autorização para iniciar as suas atividades, as legislações dos Estados-membros devem exigir a subscrição de um capital mínimo que não pode ser fixado em montante inferior a 25 000 unidades de conta europeias, sendo que os países membros União Europeia⁴. Contudo, tal disposição seria aplicável somente as sociedades anônimas, de modo que os estados membros tinham autonomia para estabelecer o capital social mínimo para os outros tipos societários ou até mesmo sequer exigir um capital mínimo como foi o fez o Reino Unido.

A referida concorrência legislativa e conseqüente disparidade acerca das normas atinentes ao capital social passou a gerar desdobramento econômicos e jurídicos importantes, ao passo que muitos empreendedores buscavam legislação mais branda e vantajosa, sem a exigência de um custo relevante para “comprar o direito à responsabilidade limitada”. Inclusive tal assunto desaguou em discussões de direito internacional, uns defendiam que a legislação aplicável seria a do local onde a atividade era efetivamente exercida, enquanto outros defendiam que seria a do país onde a empresa foi constituída.

Tal discussão envolvendo a exigência de capital social mínimo contra liberdade de estabelecimento é frequentemente denominada como “Caso Centros”⁵ e foi julgado pelo Tribunal que assentou o entendimento de que o interesse dos credores não poderia se sobrepor à liberdade de estabelecimento. Em razão disso, até mesmo para concorrer com outros países e evitar a perda de arrecadação, diversas legislações passaram a reduzir o

⁴ Directiva 77/91/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1976, publicada no *Jornal Oficial*, L 26 de 31.01.1977.

⁵ Armour, “*Legal Capital: An Outdated Concept*”, 15. Como resultado da leitura do Acórdão (parágrafo 7), as autoridades dinamarquesas recusaram o registo da sociedade Centros com fundamento em que ela não exercia qualquer actividade social no Reino Unido, procurando constituir na Dinamarca não uma sucursal, mas sim o seu estabelecimento principal. Assim, entenderam que se estavam a contornar as regras de capital mínimo exigível para as sociedades por quotas, que à data se fixava em DKR200.000,00.

capital social mínimo ou até mesmo chegaram a extinguir sua figura. Ainda permanece a concorrência legislativa no que diz respeito ao as sociedades por quotas, ao passo que os estados membros tem liberdade para dispor sobre a matéria, havendo países que não possuem mínimo como é o caso da Holanda, Reino Unido e Irlanda, que possuem capital social mínimo irrisório⁶ como é o caso de Portugal, República Checa, França Grécia, Bulgária e valores expressivos⁷ como é o caso da Dinamarca, Alemanha, Suécia, Itália e Suíça..

Já nos Estados Unidos a existência do capital social foi mais breve, apesar de também ter reconhecido sua necessidade no final do século 18 como condição para abertura de uma sociedade, ao longo dos anos sua importância foi sendo reduzida, até que em 1984 o capital social mínimo foi eliminado, sendo que desde então a figura ficou totalmente ultrapassada no direito estadunidense (BOOTH, 2005 - 64)

Nos Estados Unidos se prestigia intensamente autonomia privada, eliminado sempre que possível barreiras legais que podem vir a desestimular o empreendedorismo, tradição esta que acabou por contribuir para a extinção não só do capital social mínimo como a própria figura do capital social. Além disso, a cultura do *full disclosure* também é muito forte nos Estados Unidos, de modo que não há uma assimetria da informação tão expressiva, ao passo que há um maior comprometimento com a transparência. Isso posto, constata-se que o credor terá acesso a um acervo de informações suficientes para permitir uma correta apreensão do risco envolvido e perspectivas. Na posse dessas informações e consequente equilíbrio informacional das partes, é bem possível que as partes encontrem um ponto de equilíbrio por meio de ajustes contratuais assertivos o que dispensaria, na visão americana, a exigência de uma obrigação legal de constituir o capital social.

3. O capital Social Mínimo no Brasil

Originalmente a figura do capital social mínimo no Brasil estava ligada a atividades desempenhadas por grandes empresas ou empresas de grande potencial como é o caso de Instituições Financeiras⁸ e ramo securitário. No âmbito das operadoras de saúde podemos

⁶ Igual ou menor que € 2,00

⁷ Igual ou menor que € 10.000,00

⁸ As instituições de que trata este capítulo devem observar, permanentemente, os seguintes limites mínimos de capital realizado e patrimônio líquido

a) R\$17,5 milhões: banco comercial e carteira comercial de banco múltiplo;

b) R\$12,5 milhões: banco de investimento, banco de desenvolvimento, correspondentes carteiras de banco múltiplo e caixa econômica;

citar a Resolução Normativa nº 209/2009⁹ que dispõe sobre os critérios de manutenção de Recursos Próprios Mínimos e constituição de Provisões Técnicas a serem observados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde. No âmbito dos seguros automotivos podemos citar a Resolução CNSP nº 321 que trata da figura do capital mínimo em seu art. 65 inciso III¹⁰. Em atividades que possuem alto grau de aleatoriedade e potencial lesivo a existência de um capital mínimo mostra-se recomendável, ao passo que até que se tenha transcorrido tempo suficiente para se atingir a média esperada, é bem possível que a empresa venha a experimentar momentos de extremidades até a estabilização na média.

Alguns Autores defendiam que, sobretudo no caso das sociedades anônimas, empresas que tendem a ter um maior porte e também um maior número de potenciais lesado, seria razoável o estabelecimento de um capital social mínimo. Todavia, não foi esse o entendimento do legislador quando da redação da lei 6404/76, ao passo que a proteção aos credores parece decorrer da publicidade de seus atos e não pelo estabelecimento de um capital social mínimo conforme expressamente consta em sua exposição de motivos¹¹. Em sua obra MARTINS (1989, p.54) se manifesta no sentido que, embora não seja estipulado legalmente um capital social para as sociedade anônimas, isto seria desejável, em virtude do grande porte dos empreendimentos que são esperados

c) R\$7 milhões: banco de câmbio, sociedade de crédito, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade de arrendamento mercantil, bem como as seguintes carteiras de banco múltiplo: crédito, financiamento e investimento, crédito imobiliário e arrendamento mercantil;

d) R\$4 milhões: agência de fomento;

e) R\$3 milhões: companhia hipotecária;

f) R\$1,5 milhão: sociedade corretora de títulos e valores mobiliários e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários que sejam habilitadas à realização de operações compromissadas, bem como realizem operações de garantia firme de subscrição de valores mobiliários para revenda, de conta margem ou de swap em que haja assunção de quaisquer direitos ou obrigações com as contrapartes;

g) R\$550 mil: sociedade corretora de títulos e valores mobiliários e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários que exerçam atividades não incluídas na alínea anterior;

h) R\$350 mil: sociedade corretora de câmbio.

⁹ Art. 3º O Patrimônio Mínimo Ajustado - PMA representa o valor mínimo do Patrimônio Líquido ou Patrimônio Social da OPS ajustado por efeitos econômicos na forma da regulamentação do disposto no inciso I do artigo 22, calculado a partir da multiplicação do fator 'K', obtido na Tabela do Anexo I, pelo capital base de R\$ 5.001.789,60 (cinco milhões, mil setecentos e oitenta e nove reais e sessenta centavos

¹⁰ III – capital mínimo requerido (CMR): capital total que a supervisionada deverá manter para operar, sendo equivalente ao maior valor entre o capital base, definido nos anexos XXIII a XXV e o capital de risco, definido no anexo XXVI;

¹¹ O Projeto não exige capital mínimo na constituição da companhia porque não pretende reservar o modelo para as grandes empresas. Entende que, embora muitas das pequenas companhias existentes no País pudessem ser organizadas como sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, não há interesse em limitar arbitrariamente a utilização da forma de companhia, que oferece maior proteção ao crédito devido à publicidade dos atos societários e das demonstrações financeiras.

de uma companhia com esse formato. Embora a lei 6404/76 não verse sobre o capital social mínimo, o art. 19 §6º da Lei 6385/76 registra a possibilidade da Comissão de Valores Imobiliários poder exigir capital social mínimo para fazer o registro de emissão pública de ações¹².

Conquanto a necessidade do capital social mínimo, historicamente, tenha acompanhado empresas de grande porte a grande potencial lesivo, no Brasil, sua mais recente aparição se deu por meio da Lei nº 12.441/2011 que criou a figura da empresa individual de responsabilidade limitada e exige capital social devidamente integralizado que não será inferior a 100 salários mínimos para este tipo societário.

4. Da Assimetria de Informação

Grande parte da doutrina brasileira e internacional apresentam suas conclusões partindo da premissa de que há o *full disclosure* ou ao menos algo próximo de tal transparência. Isso ocorre, muito das vezes, pelo fato dos trabalhos realizados terem foco nas sociedades anônimas de capital aberto e sua respectiva legislação, infinitamente mais rica e complexa do que as dos demais tipos societários. No caso das sociedades anônimas de capital aberto há uma indiscutível maior importância da publicidade e completude da informação, notadamente pela existência de um número de interessados muito mais expressivo, sendo eles: sócios minoritários, administradores, diretores, conselheiros consultores, investidores, auditores, credores, fornecedores, Comissão de Valores Mobiliários, empregados, conselho fiscal, dentre outros. Isso posto, parece ser bastante claro que a publicidade e regramento mais sofisticado atinente as sociedades anônimas de capital aberta a torna consideravelmente distante dos demais tipos societários.

Por outro lado, as sociedades limitadas, tanto as EIRELIS como as limitadas pluripessoais, inclusive as sociedades anônimas de capital fechado, possuem regramento muito mais simples, com maior flexibilidade, menor publicidade e menos obrigações legais, comumente acompanhada de um regime tributário também mais simplificado. Dessa maneira, parece plausível esses tipos societários possuírem poucas normas com o objetivo de dar maior publicidade e transparência, seja por decorrer diretamente de sua simplicidade, seja pelo número menor de interessados.

¹² § 6º - A Comissão poderá subordinar o registro a capital mínimo da companhia emissora e a valor mínimo da emissão, bem como a que sejam divulgadas as informações que julgar necessárias para proteger os interesses do público investidor.

É absolutamente natural a mencionada simplificação, contudo, é preciso reconhecer que o peso da transparência e publicidade exigida às sociedades anônimas de capital aberto nem de perto se comparam ao que é exigido das sociedades limitadas, o que impede que as conclusões atinentes à proteção dos credores de uma sejam substancialmente aproveitadas pela outra. Nesse contexto, parece ser bastante razoável pressupor que a falta de detalhamento, transparência e publicidade das informações das sociedades limitadas geram um enorme hiato informacional entre empresa/sócios e os credores, disparidade essa decorrente da assimetria de informação.

A assimetria de informação nas sociedades limitadas acarretada pela falta de publicidade quanto a sua condição patrimonial acaba colocando os terceiros em uma situação de desconhecimento acerca da real situação financeira da sociedade, tão verdade que as chamadas sociedades de proteção ao crédito, ganham especial destaque nesse contexto, como maneira alternativa de mensurar o risco de crédito da empresa por meio da informação de negativas e protestos. Todavia, é de se reconhecer que tais alternativas não se comparam a balanços contábeis sérios e complexos, sendo certo que tais sociedades de proteção ao crédito não servem de alerta tão eficiente quando a empresa começa a caminhar no sentido da insolvência. Em resumo; os meios disponíveis muitas vezes são insuficientes para permitir a compreensão de que a calma precede a tempestade, contexto esse que permite o chamado “comportamento oportunista” por parte dos sócios.

Ao contrário dos credores, os sócios das empresas de responsabilidade limitadas têm total consciência das perspectivas e real condição patrimonial de sua empresa, de modo que suas condutas normalmente são orientadas no sentido de obter a maior rentabilidade possível, ao menos em tese, na forma de dividendos. Contudo, no âmbito das sociedades limitadas e sociedades anônimas de capital fechado, muitas vezes o benefício financeiro não vem na forma de “dividendos razoavelmente obtidos”, caracterizado como o resultado positivo de sua atividade e cumprimento de obrigações nos termos originalmente pactuados. Muitas vezes o benefício da atividade decorre de condutas questionáveis praticadas por seus sócios e da também igualmente questionável barganha decorrente da ausência de patrimônio próprio da empresa e impossibilidade de ser atingido o patrimônio dos sócios em decorrência da responsabilidade limitada destes.

Embora existam remédios jurídicos, como a desconsideração jurídica prevista no artigo 50¹³ do Código Civil quando configurado o abuso da personalidade jurídica, é de se reconhecer que àquele que, ciente da necessidade de proteger patrimônio próprio em razão do risco próximo, o fará com a maior aparência de legalidade possível e as custas dos credores. Assim, mais uma vez a assimetria de informação se torna verdadeiro aliado dos sócios e inimigo dos credores, incumbindo a estes a difícil missão, quando não impossível, de desqualificar negócios jurídicos aparentemente legais e comprovar a existência de pessoas interpostas muitas vezes camufladas de adquirentes de boa-fé.

Alguns afirmam que a forma de se mitigar o risco de crédito decorrente de uma empresa na qual se desconhece sua possibilidade de honrar com seus compromissos, seria por meio de um bom contrato. É inegável que um bom contrato, ou reduz o risco por meio de garantias fidejussórias ou reais, ou compensa o risco por meio do preço, forma de pagamento, juros, multa, dentre outras engrenagens mais sofisticadas. Mas é preciso ter em mente que para o bom contrato ser redigido é preciso que se reconheça as particularidades daquele com quem se está contratando, se tal informação esta indisponível ou não goza de credibilidade o contrato tenderá ao desequilíbrio, tornando-se bom somente para uma das partes. Na falta de informação as negociações podem tender para os extremos, prestigiando-se a celeridade em detrimento da segurança jurídica, reduzindo-se os custos de transação envolvidos ou tendendo para o excesso de garantias e possivelmente aumentando os custos da transação

5. Dos Custos de Transação

Os custos de transação nada mais são do que o dispêndio de recursos econômicos para planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, garantindo que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com a sua funcionalidade econômica (PONDÉ, 1997 apud FAGUNDES, 1997, p.9). Ainda, os custos de transação podem ser *ex ante* de negociar e fixar as contrapartidas e salvaguardas do contrato, e os custos podem ser *ex post* de monitoramento, renegociação e adaptação dos termos contratuais às novas circunstâncias

¹³ art. 50. 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

(WILLIAMSON 1985, p. 388). Feitas essas breves considerações acerca dos custos de transação, é de se concluir que estes serão elevados quando as partes optarem por buscar maiores informações para viabilizar a correta apreensão do risco e estabelecer a engrenagem contratual adequada. Por outro lado, podem optar por uma conduta mais leviana optando por reduzir os custos com advogados, contadores, auditores dentre outros com o viés de reduzir os custos de transação, mas, seguramente aumentando o risco.

Ainda, alguns podem dizer que é possível fazer um contrato moderado de aplicação quase universal, sem excessos, todavia, um contrato moderado só o será se for equilibrado e, novamente, só o será se o risco também o for. Em resumo; o contrato deve ser ajustado a situação concreta, sendo que seus termos devem decorrer da ponderação do risco retorno, sendo que um contrato médio pode ser simplesmente ruim para os dois, seja onerando desnecessariamente o custo do contrato, seja desprovendo a parte credora de uma garantia razoável.

6. Tipos de Credores e Mecanismos de Autoajuda

Os denominados “self-help mechanisms”, apreendidos como àqueles mecanismos de proteção que devem ser criados pelo próprio interessado quando da inexistência de norma cogente automática que tutele seus interesses de forma satisfatória, existem e decorrem da legislação, capacidade técnica e criatividade do profissionais envolvidos. Contudo, sua efetiva implementação parece depender muito mais da “condição” do credor de conseguir impor tal inserção, sendo certo também tais mecanismos vêm acompanhados também de um inerente custo de transação caracterizado pelas negociações, contratações de expert e perda de celeridade.

É de se notar que alguns credores muitas das sequer assumiram essa condição de maneira voluntária, vez que tal condição pode decorrer do direito à uma indenização decorrente de um ilícito o que impede por completo o estabelecimento de mecanismos de autoajuda. Assim, é importante distinguir duas situações: por um lado, os casos em que o credor manifestou uma decisão voluntária de entrar na relação comercial com a sociedade, conseguindo assim margem para determinar alguns dos aspectos que constituem a relação contratual, nomeadamente meios de proteção do seu crédito; e, por outro lado, os casos em que a relação jurídica com a sociedade se constituiu independentemente da vontade do credor. Esta diferença é essencial, pois o tipo de riscos que os credores poderão correr varia consoante as circunstâncias. (MULBERT, apud FERREIRA, 2017, p.24).

Por fim, além de reconhecer a existência de credores voluntários e não voluntários também é preciso reconhecer a existência credores fortes e credores fracos, caracterizados pelo poder de barganha e negociação ou total falta dessas características. A título de exemplo de credor forte podemos citar aqueles que emprestam dinheiro, sobretudo as instituições financeiras, uma vez que seu cliente necessita do crédito e este somente será concedido nos termos propostos pelo banco, isto é, mediante juros e oferecimento de garantias. Além disso, as instituições financeiras possuem contratos de adesão que são unilateralmente impostos e criados por profissionais capacitados o que concede alto grau de segurança para o Banco e impede negociação. Lado outro, também temos a figura do credor fraco, sendo este caracterizado como àquele que não tem condições de implementar seus interesses no contrato. É o caso, por exemplo; de trabalhadores pouco capacitados facilmente substituídos que muitas vezes sequer tem o discernimento necessário para sugerir uma implementação contratual, ou daqueles que negociam com uma empresa monopolista.

Feita esse breve contextualização acerca dos tipos de credores, é de se reconhecer que, muitas vezes, seja pela relação decorrer de uma situação extracontratual involuntária na qual o ajuste do contratual é absolutamente impossível, seja pela condição de parte fraca do credor impedir qualquer barganha ou por simplesmente não possuir conhecimento para implementar o contrato, não será provável ou até mesmo possível inserir mecanismos de autoajuda com vistas a equilibrar o contrato. Assim, parece um tanto utópico e distante da nossa realidade pressupor que diferentes agentes, em condições tão desiguais, tanto no que diz respeito ao tipo de credor como no que diz respeito ao abismo informacional, alcancem um contrato equilibrado.

Isso posto, parece complicado pressupor que credores tem condições de se proteger mediante sua própria habilidade em celebrar bons contratos. Ainda, também é preciso reconhecer que o bom contrato vem acompanhado de inegáveis e expressivos custos de transação, que se mostram presentes pela necessidade da contratação de auditores, consultores, advogados, dentre outros específicos e caros para obtenção e tratamento da informação.

7. A responsabilidade limitada tem preço?

Se os sócios e administradores das sociedades por quotas tem pleno conhecimento de sua condição patrimonial, mas não tem obrigações legais no sentido de tornar pública

tal situação por meio da publicidade de seus balanços, é de concluir que seus credores, incapazes de acessar a informação de maneira suficiente e, muitas vezes, também incapazes de ajustar o contrato, encontram-se em situação desfavorecida. Isso posto, nos parece que o benefício da responsabilidade limitada deve vir acompanhado de alguma contrapartida real e séria, sob pena do risco da atividade ser transferido à figura dos credores.

Por outro lado, conforme reconhecido indiretamente na própria exposição de motivos da lei 6404/76, que afastou a necessidade de capital social mínimo para não privar as pequenas empresas a utilização da forma de companhia, tal exigência pode configurar verdadeira barreira, privando determinados empreendedores à determinados tipos societários. Assim, como a EIRELI é um tipo societário comumente utilizado por pequenos empreendedores que preferem exercer a atividade de maneira única, sem outros sócios, mostra-se relevante a preocupação do valor de 100 salários mínimos desestimular ou até mesmo inviabilizar sua utilização, até mesmo por tratar-se de cifra fixa que não leva em conta o perfil da empresa em questão

Isso posto, parece haver certa razoabilidade em se pressupor que a limitação de responsabilidade deve vir acompanhada de determinado ônus ou obrigação legal no sentido de proteger os credores, eis que o comportamento dos sócios, na maioria dos casos, será egoísta e muito das vezes as custas de seus credores. Nos primórdios do capital social mínimo muito se falava em limiar da seriedade, como se fosse uma espécie de preço que deveria pagar para se ter direito à responsabilidade limitada. Apesar de retrógrada para muitos, nos parece que um limiar de seriedade poderia vir a calhar nas sociedades por quotas, ao passo que parece faltar seriedade àqueles que constituem sociedades com capital social irrisório somente para cumprir uma obrigação pro forma sem desdobramento práticos no que diz respeito à proteção aos credores. Para usar a terminologia da análise econômica do direito, o capital social mínimo como limiar de seriedade tem também a importante função de atenuar o risco moral, na medida em que desestimula condutas arriscadas por parte do empresário ante o risco do patrimônio formado vir a ser consumido pelos credores.

Alguns podem defender que, apesar da legislação brasileira não dispor de regras mínimas sobre o capital social e patrimônio mínimo próprio que a sociedade, há remédios de natureza *ex post*, isso é, sendo constatado uma das hipóteses previstas em lei é possível a desconsideração da personalidade jurídica para atingir o patrimônio dos sócios. Sim, não se nega ser esta uma opção, todavia, a desconsideração da personalidade jurídica

deveria ser exceção e somente usada quando da insuficiência dos recursos próprios da sociedade, contudo, muitas vezes, o que se observa é uma total ausência de patrimônio próprio por parte da sociedade. Ainda, a depender do ramo do direito, como o trabalhista e consumerista, a desconsideração da personalidade jurídica basicamente transforma os sócios da sociedade por quotas em garantidores fidejussórios com benefício de ordem quando da inadimplência da empresa.

Os tipos societários parecem propor alguma contrapartida em troca da responsabilidade limitada, como é o caso da sociedade anônima de capital aberto que oferece como trade off uma ampla publicidade, que reduz a assimetria de informação e melhor equilibra a relação. No outro extremo temos as sociedades limitadas nas quais não se exige publicidade e nem capital social mínimo, sendo que a personalidade jurídica diversas vezes é desconsiderada, notadamente nos ramos trabalhista e consumerista. Por fim, temos a EIRELI na qual é exigido um capital social mínimo relevante, embora sem maiores exigências quanto a publicidade de situação patrimonial o que a torna *sui generis*.

Por óbvio a figura do capital social mínimo fixo, sem ajustes conforme perfil e volume da empresa, não será capaz de manter seu capital social congruente a todo momento, ora tendendo para a subcapitalização ora tendendo para a supercapitalização. Entretanto, a figura do capital social mínimo parece decorrer da necessidade de fixação de um limiar de seriedade por meio de obrigação legal, ao passo que há um nítido conflito de interesse em se exigir que o potencial devedor estabeleça a garantia de seu potencial credor. Quanto ao argumento de que a necessidade de efetiva integralização dos 100 salários mínimos seja efetiva barreira, sobretudo para pequenos empresários, talvez tal ponto seja de difícil contestação, sendo que a lei poderia ter criado estrutura mais flexível como, por exemplo; exigência de 100 (cem) salários subscritos mas somente 10% de tal valor integralizados no momento da abertura, permanecendo o sócios solidariamente responsável com a sociedade até a integralização total.

8. Conclusão

Diante do exposto, buscou-se demonstrar como o instituto do capital social não vem sendo capaz de atingir sua finalidade de garantia à credores no âmbito das sociedades por quotas. Tal situação parece decorrer do natural desinteresse dos sócios, somado a ausência de regras com o objetivo de dar concretude ao princípio da congruência e consequente adequação do capital da empresa ao seu porte e risco, o que acaba por redundar na criação

de sociedades com capital social irrisório, implicação esta, sob um viés econômico e comportamental, bastante previsível.

Assim, observa-se na prática a proliferação de sociedades de responsabilidade limitada desprovidas de capital próprio, tipo societário que não existe de direito, mas existe de fato, sendo uma de suas mais sérias consequências a transferência de grande parte do risco da atividade da pessoa dos sócios para os credores que com a empresa contratam. Visando coibir esse tipo de situação de utilização desarrazoada da personalidade jurídica, sobretudo no caso de empresas individuais que talvez sejam mais propensas a fazê-lo, criou-se a figura do capital social mínimo como justificador da responsabilidade limitada.

A despeito de ser discutível se a figura do capital social mínimo é a mais adequada para atingir sua finalidade de maneira eficiente, fato é que no contexto brasileiro parece ser razoável que haja uma contrapartida à autonomia patrimonial decorrente da personalidade jurídica, de modo que um limiar de seriedade é certamente desejável. Ademais, o capital social mínimo pode dissuadir comportamentos oportunistas, na medida que estes são estimulados quando não se tem nada ou muito pouco a perder.

As críticas feitas ao capital social mínimo também são pertinentes, por tratar-se de capital mínimo elevado é bem possível que isso implique em barreira real para diversos empreendedores que não terão recursos para pagar o “preço”, da mesma forma que este capital pode ser irrisório em situações específicas de atividades de risco elevado e grande porte. Contudo, o reconhecimento da necessidade de dar força a um instituto que visa a proteção aos credores, sobretudo por ser patente a assimetria de informação no âmbito dos tipos societários que não as sociedades anônimas de capital aberto, parece acertado. O ponto de equilíbrio é delicado, mas o número de sociedades absolutamente descapitalizadas ou notoriamente subcapitalizadas demonstram a necessidade de ser ponderado se não seria preciso resgatar a seriedade dos tipos societários que permitem tais situações de maneira mais acentuada.

A publicidade exigida às sociedades anônimas parece configurar o chamado limiar de seriedade, ao passo que reduz a assimetria de informação, contudo, tal transparência é provavelmente mais onerosa do que o capital social mínimo atualmente exigido, de modo que uma análise econômica da relação é de suma importância. De qualquer modo, o capital social mínimo parece ser uma alternativa interessante como legitimador da personalidade jurídica, entretanto, é preciso que seja devidamente temperado, isto é, que

seja suficientemente flexível para se adequar ao porte/risco da empresa e que seja insuficiente para privar pequenos empreendedores deste tipo societário.

9. Referências Bibliográficas

ARMOUR, John, “Legal Capital: An Outdated Concept”, *European Business Organization Law Review*, 7 (2006).

ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller. 2001

ASCENSÃO, J. Oliveira. *Direito comercial, Volume IV, Sociedades Comerciais*. Lisboa: 2000,

BATALHA, Wilson. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense.

BOOTH, Richard A., *Capital Requirements in the United States Corporation Law*, University of Maryland, School of Law Legal Studies Research Paper, 64 (2005)

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia: Conceitos e Fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989

CATEB, Alexandre, DIAS, Cristiano, *A exigência de capital social mínimo ao empresário individual de responsabilidade limitada*. Brasília, *Economic Analysis of Law Review*.2015

COELHO, Fábio Ulhôa, *Curso de Direito Comercial*. São Paulo. Saraiva. 2002.

DOMINGUES Paulo de Tarso, *Variações sobre o Capital Social*. Coimbra. Almedina, 2013.

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

FAGUNDES, J. *Economia Institucional: Custos de Transação e Impactos sobre Política de Defesa da Concorrência*. Textos para Discussão, Rio de Janeiro, n. 407, 1997.

FERREIRA, Ânia Sofia. *Capital Social Mínimo Protecção de Credores nas Sociedades fechadas Através de Regras Legais de Capital Social Mínimo?* Coimbra. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 2017.

HAMILTON, R. *The Law of Corporations*. St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 2000.

HUBERT, Iven Henrique. *O Capital Social e Suas Funções da Sociedade* Dissertação (mestrado). Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2007.

LAMY, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz. *Direito das Companhias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LORIA, Eli. *Estrutura e Função Do Capital Social na Companhia Aberta*. Dissertação (mestrado). Universidade de São Paulo. São Paulo. 2009.

MACHADO, Francisco Soares, “Effective Creditor Protection in Private Companies: Mandatory Minimum Capital Rules or Ex Post Mechanisms?”, *Revista de Direito das Sociedades*, (2010).

MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, vol 1 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989

MÜLBERT, Peter O., “A synthetic view of different concepts of creditor protection – or: A high-framework for corporate creditor protection”, *European Corporate Governance Institute, Law Working Paper*, 60 (2006) 11.

OLIVEIRA, José Lamartine Correia. *A dupla crise da pessoa jurídica*, 1979.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

PONDÉ, J. L. Coordenação, custos de transação e inovações institucionais. Texto para Discussão, IE/UNICAMP, Campinas, n. 38, 1994.

WILLIAMSON, O. E. The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes. *Journal of Economic Literature*, California, v. 19, n. 4, p. 1537- 1568, dez. 1981. ABRÃO Nelson. *Nova Disciplina Jurídica da Crise Econômica da Empresa*, tese, São Paulo, 1984