

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): A presente ação direta se volta contra o disposto na parte final do *caput* do Art. 980-A do Código Civil, com redação dada pelo Art. 2º da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, que introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, a chamada *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada* (EIRELI).

Reproduzo a disposição impugnada:

“Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.”

São, essencialmente, dois os fundamentos do requerente para ver declarada a inconstitucionalidade desse dispositivo. O **primeiro argumento** é o da violação do mandamento do Art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. O **segundo argumento** é o da afronta ao princípio da livre iniciativa, previsto no *caput* do Art. 170 do texto constitucional.

Fixadas essas premissas, passo ao exame da questão constitucional posta na presente ação direta.

I - História e escopo da disposição impugnada

Antes de enfrentar propriamente o mérito da questão, é fundamental examinar o contexto e o escopo da disposição legal impugnada.

Como mencionei, a inclusão do Art. 980-A no Código Civil faz parte do conjunto de alterações legislativas promovidas pela Lei 12.441, de 2011, que introduziu na ordem jurídica brasileira a figura da empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI).

Com a lei mencionada, a EIRELI passa a figurar no rol das pessoas jurídicas de direito privado previsto no Art. 44 do Código Civil, atualmente com a seguinte redação:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

- II - as sociedades;
- III - as fundações.
- IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)
- V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)
- VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.**
(Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011)

Em linhas gerais, pode-se dizer que a empresa individual de responsabilidade limitada é forma de pessoa jurídica unipessoal autônoma e que apresenta, portanto, personalidade jurídica e patrimônio distintos daquele titularizado pela pessoa física que explora a atividade em questão. Trata-se, em síntese, de uma técnica de limitação dos riscos empresariais em benefício dos empreendedores individuais.

A bem da verdade, essa não é a primeira ou a única modalidade de sociedade unipessoal de que se tem notícia no direito brasileiro. Basta lembrar, à guisa de ilustração, a previsão do Art. 5º, II, do Decreto-Lei n. 200 /1967, que define empresa pública como “ *a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União [...]*”.

Da mesma forma, vale destacar a previsão do Art. 251 da Lei 6.404/1974 (Lei das S/A), que se refere à subsidiária integral, companhia que “ *pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista sociedade brasileira* ”.

O contexto de criação da EIRELI apresenta algumas peculiaridades que convém destacar. Digo isso porque a edição da lei veio atender, em boa medida, a reclamos antigos e ainda recorrentes da sociedade, no sentido de endereçar a problemática da criação de sociedades fictícias, constituídas tão somente para limitar a responsabilidade empresarial.

Refiro-me, evidentemente, à prática de todos conhecida de se constituírem sociedades meramente formais, criadas sem que exista uma real *affectio societatis* ou sem colaboração efetiva dos sócios, apenas para que uma das partes possa se beneficiar da limitação de responsabilidade que a criação de uma sociedade empresária pode ensejar.

Não raro, a quase totalidade das quotas da sociedade – e.g. 99% – é concentrada em poder de um dos sócios, que, de fato, exerce a atividade

empresarial, enquanto uma parcela muito pequena das quotas – e.g. 1% – é atribuída ao segundo sócio, que, a rigor, apenas empresta o nome para a formação da sociedade.

De certo modo, pode-se dizer que a edição da Lei 12.441, de 2011 veio, bem ou mal, remediar esse problema. Ofereceu, assim, uma nova forma de organização, sobretudo para pequenos e médios empresários. A nova tipologia empresarial lhes permite controlar os riscos de atividade empresarial, sem ter de recorrer à criação de sociedades fictícias.

A doutrina pátria se mostrava uníssona quanto à necessidade de adaptação da legislação nacional, na linha do que fez a Lei 12.441, de 2011. Destaco, a propósito, a lição de **Arnold Wald**, **Luiza Rangel de Moraes** e **Alexandre de Mendonça Wald**, que afirmam:

“O Código Civil de 2002 sofreu críticas por não ter tratado da possibilidade da limitação da responsabilidade do empresário individual, mediante a utilização da figura das sociedades limitadas.

Em julho de 2011, no entanto, a matéria sofreu significativa e providencial mudança com o advento da Lei n. 12.441/2011, que inclui o art. 980-A no Código Civil, criando a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI). Trata-se de iniciativa que protege o patrimônio pessoal do titular da empresa individual, pondo fim às críticas feitas durante anos, pela doutrina e pelo empresariado, à exigência de pluralidade de sócios para a constituição de uma sociedade limitada.

Pode ser definida como ‘uma pessoa jurídica de direito privado, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, distintos e autônomos dos do empresário, titular único da empresa, que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços’.

A permissão legal de constituição da sociedade unipessoal, trazida com a nova Lei n. 12.441/2011, **evita a verdadeira hipocrisia que existia nessas empresas**. A adoção de regras específicas para o caso importa no reconhecimento de uma realidade preexistente.

Conforme o sistema jurídico brasileiro vigente até a entrada em vigor da Lei n. 12.441/2011, o critério para a verificação da pluripessoalidade não era a efetiva colaboração entre dois ou mais sujeitos, mas a participação no capital social, independentemente de percentual mínimo. Em vista disso, proliferaram situações nas quais um sócio era titular de 99,9% das quotas, participando o outro com apenas 0,1% do capital.

Para se beneficiar da limitação da responsabilidade, e por não ser aceita a unipessoalidade, os empresários, muitas vezes, utilizavam-se

da sociedade pluripessoal para revestir um empreendimento claramente desenvolvido por uma única pessoa. A necessidade de encontrar um parceiro fictício servia apenas como maneira de cumprir as formalidades legais para atingir o fim pretendido, qual seja, a limitação da responsabilidade.

Com efeito, a unipessoalidade com responsabilidade limitada é relevante para a organização de pequenos e médios empresários, pois implica a possível separação de parte do patrimônio para o desenvolvimento da atividade empresarial, afastando a simulação de sociedade”.

(WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. **Direito civil: direito de empresa**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. págs. 69-71).

Examinando o processo legislativo que resultou na Lei 12.441, de 2011, verifica-se que essas questões já constavam inclusive na própria justificção do PL 4.605/2009, de autoria do Deputado Marcos Montes.

O autor da proposição – PL 4.605/2009 – registrou sua preocupação com a necessidade de estabelecer um caminho para formalização de milhares de pequenos e médios empresários, isto é, uma fórmula que lhes permitisse empreender sem pôr em risco seu patrimônio pessoal. Consta expressamente na justificção do projeto:

“Pois bem, Senhores Parlamentares, valho-me das palavras finais do Prof. Guilherme Duque Estrada de Moraes para indagar por que esperamos tanto nesta Casa para disciplinar esse novo modelo de sociedade empresária em nosso País, que, por certo, trará grandes contribuições e incentivará a formalização de milhares de empreendedores que atuam em nossa economia de maneira desorganizada e sem contribuir devidamente para a arrecadação de impostos.

Diante desse disciplinamento legal, que ora propomos, acreditamos que o Estado terá grandes ganhos no aumento da arrecadação e a economia como um todo evoluirá com a formalização e melhor organização de um segmento importante dos negócios, que responde por mais de 80% da geração de empregos neste país, conforme dados do próprio SEBRAE.

Sendo assim, apelamos à compreensão de nossos ilustres Pares e contamos com o indispensável apoio necessário à aprovação dessa importante proposição nesta Casa.”

Com efeito, ninguém põem que dúvida a importância dos pequenos empreendedores no Brasil nos dias atuais. Sabe-se que uma parcela significativa da renda e dos empregos do país está diretamente ligada a esse segmento econômico, sejam esses empregos formais, sejam informais. Daí a importância da lei em análise.

Ainda quanto à tramitação da proposição, valer destacar que o trecho impugnado do Art. 980-A do Código Civil – a imposição de capital mínimo integralizado – não constava da redação original da proposição. A exigência foi incluída por meio de substitutivo apresentado à Comissão de Constituição Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados por sugestão do relator da proposição, o então Deputado Marcelo Itagiba.

Para justificar a inclusão, o Relator consignou:

“Registro, também, que, considerando que se faz conveniente delimitar, em proporção razoável, o porte da organização que se pode constituir como empresa individual, a fim de que não se desvirtue a iniciativa nem esta se preste a meio e ocasião para dissimular ou ocultar vínculo ou relação diversa, propugnamos introduzir parâmetro mínimo apto a caracterizar a pessoa jurídica de que ora se trata, fazendo supor que se reúnem suficientes elementos de empresa, como sede instalada ou escritório, equipamentos etc., tal como se fez para caracterizar microempresas e o empresário individual, nas respectivas leis reguladoras.

Com este propósito, estabelecemos que o capital social não deva ser inferior ao equivalente a 100 salários mínimos, montante a partir do qual se tem por aceitável a configuração patrimonial da empresa individual. A tanto, emendamos a redação dada ao caput do art. 985-A proposto (art. 980-A), a ser aditado ao Código Civil por força do art. 2º do Projeto”

Resta claro, na fundamentação do parecer, o esforço de conciliar dois interesses, o dos empreendedores, que desejam exercer certa atividade econômica sem arriscar integralmente seu próprio patrimônio, e o dos credores, que precisam ver ao menos um mínimo de garantia para seus créditos.

A exigência de que o capital social da EIRELI não conte com menos de cem vezes o salário mínimo do país vem justamente atender a essa preocupação.

Enunciadas as balizas do processo legislativo e a teleologia da norma sob exame, avancemos na análise de sua constitucionalidade.

II - Da alegada violação ao art. 7º, IV, da Constituição Federal

Como adiantei, o primeiro fundamento aduzido pelo requerente diz respeito à violação do mandamento do Art. 7º, IV, da Constituição Federal, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.

Segundo argumenta o requerente, a exigência de integralização do capital social em, no mínimo, cem vezes o maior salário mínimo vigente no país estaria em desacordo com a proibição do Art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988.

O argumento, com as vênias de estilo, não merece prosperar. Explico o porquê.

De fato, o Art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988 inclui o salário mínimo entre os direitos dos trabalhadores e veda sua vinculação para qualquer fim.

É este o teor da disposição constitucional:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, **sendo vedada sua vinculação para qualquer fim** ;”

Esse preceito, no entanto, não ampara o argumento do requerente, porque não pode ser interpretado literalmente, em termos absolutos. A rigor, o alcance e escopo dessa disposição é mais estreito do que, *prima facie*, sua redação pode sugerir.

A análise dos precedentes desta Corte deixa claro que o sentido da proibição do Art. 7º, IV, da Constituição Federal é proteger a integridade do

salário mínimo como direito fundamental do trabalhador. Por isso, evitar a vinculação é uma tentativa de evitar o prejuízo dos reajustes ou de reduzi-lo o poder de compra real.

Em primeiro lugar , trata-se de evitar que o valor do salário mínimo possa ser utilizado como indexador econômico, estimulando a espiral inflacionária a cada novo reajuste periódico, o que, na prática, acabaria anulando o ganho real do trabalhador, na medida em que os preços seriam aumentados em idêntica proporção.

Em segundo lugar , trata-se de impedir que critérios estranhos aos critérios previstos no inciso IV, do Art. 7º – isto é, moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social do trabalhador e de sua família – possam interferir nos debates relativos à fixação do salário mínimo e, na prática, dificultar seu reajuste periódico.

Ao fim e ao cabo, a proibição cuida de assegurar que a vinculação não possa representar empecilho à fixação e ao devido reajuste nos termos em que determina o Art. 7º, IV, da Constituição Federal. É forma de assegurar eficácia e a autoridade à norma constitucional.

São diversos os precedentes nos quais esta Corte acolheu tal entendimento ao interpretar o disposto no Art. 7º, IV, da Constituição Federal. A título exemplificativo, esta foi a orientação estabelecida no julgamento da ADI 1425, de relatoria do **Ministro Marco Aurélio** , na qual se discutia constitucionalidade de lei pernambucana que vinculava o valor da contribuição mensal para plano de previdência ao número de salários mínimos percebidos pelo contribuinte.

A decisão está assim ementada:

“SALÁRIO MÍNIMO - VINCULAÇÃO PROIBIDA - PREVIDÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO. A razão de ser da parte final do inciso IV do artigo 7º da Carta Federal - "...vedada a vinculação para qualquer fim;" - é evitar que **interesses estranhos** aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado. Inconstitucionalidade de dispositivo de lei local (Lei nº 11.327/96, do Estado de Pernambuco) no que viabilizada gradação de alíquotas, relativas a contribuição social, a partir de faixas remuneratórias previstas em número de salários-mínimos.”

(ADI 1425, rel. Ministro Marco Aurélio, DJ 26.3.1997, Tribunal Pleno).

Do voto do Eminentíssimo **Ministro Marco Aurélio**, destaco a seguinte passagem, a propósito do sentido e do escopo da vedação do Art. 7º, IV:

“A parte final do inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal mostra-se categórica, vedando-se a vinculação ao salário-mínimo “para qualquer fim”. O objetivo da norma é único, ou seja, evitar que **interesses outros, diversos da satisfação do piso constitucional, pudessem ter alguma influência relativamente ao quantitativo por ele representado**, abrindo-se margem, assim, para a inobservância maior, decorrente do congelamento do salário-mínimo, concernente ao atendimento das necessidades mencionadas no preceito - vitais, básicas ao trabalhador e sua família - ligadas à moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.”

É também o que afirma o **Ministro Moreira Alves**, no julgamento do RE 217.700, ao destacar o propósito da vedação constitucional à vinculação do salário mínimo. Consta do voto de Sua Excelência:

“Observo que a vedação constante da parte final do artigo 7º, IV, da Constituição, que diz respeito à vinculação do salário mínimo para qualquer fim, **visa precipuamente a que ele não seja usado como fator de indexação, para que, com essa utilização, não se crie empecilho ao aumento dele em face da cadeia de aumentos que daí decorrerão se admitida essa vinculação**. ” (RE 217.700, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 9.9.1994)

A mesma linha de interpretação encontra-se também no julgamento do RE 565714, de relatoria da **Ministra Cármen Lúcia**, Tribunal Pleno, julgamento em 30.4.2008, DJe de 8.8.2008, tema 25 da sistemática da repercussão geral. Destaco os seguintes trechos da ementa do julgado:

“CONSTITUCIONAL. ART. 7º, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 3º, § 1º, DA LEI COMPLEMENTAR PAULISTA N. 432/1985 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE DE VINCULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE AO SALÁRIO MÍNIMO: PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO POR DECISÃO JUDICIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. O sentido da vedação constante da parte final do inc. IV do art. 7º da Constituição impede que o salário-mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do

salário-mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE 217.700, Ministro Moreira Alves). **A norma constitucional tem o objetivo de impedir que aumento do salário-mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo**. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República. O aproveitamento do salário-mínimo para formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc.) esbarra na vinculação vedada pela Constituição do Brasil. Histórico e análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Declaração de não-recepção pela Constituição da República de 1988 do Art. 3º, § 1º, da Lei Complementar n. 432/1985 do Estado de São Paulo. [...]"

Por ocasião daquele julgamento, Sua Excelência, a **Ministra Cármen Lúcia**, asseverou:

"A norma teve como um de seus objetivos impedir que os aumentos do salário-mínimo gerem, indiretamente, um peso maior do que aquele diretamente relacionado com esses aumentos, circunstância que pressionaria para um reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no mesmo art. 7º, inciso IV, da Constituição da República.

Pode-se dizer que esse é um dispositivo quase completo, pois além de determinar os objetivos a serem alcançados pelo salário-mínimo (*capaz de atender às [...] necessidades vitais básicas [do trabalhador e] de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*), cria o mecanismo obrigatório para atingi-los e evitar o retrocesso nas conquistas (*reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo*), proibindo-se a prática de um dos obstáculos que impedem ou dificultam as suas concretizações (*vedada sua vinculação para qualquer fim*)."

Essa forma de ler a proibição do inciso IV do Art. 7º do texto constitucional deixa claro que não é toda e qualquer referência ao salário mínimo que será ofensiva à Constituição. Há casos tais em que a menção é meramente referencial e, por conseguinte, escapa ao alcance do parâmetro constitucional mencionado.

Cito, ainda à guisa de exemplo, o decidido na ADI 2672, de relatoria do **Ministro Ayres Britto**, na qual se discutia a validade de lei do Estado do Espírito Santo – Lei 6.663, de 25 de abril de 2001 – que estabelecia a isenção de pagamento de taxa de inscrição em serviço público “aos desempregados e aos trabalhadores que ganham até 03 (três) salários mínimos”.

Transcrevo a ementa do julgado:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N° 6.663, DE 26 DE ABRIL DE 2001, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. O diploma normativo em causa, que estabelece isenção do pagamento de taxa de concurso público, não versa sobre matéria relativa a servidores públicos (§ 1º do art. 61 da CF/88). Dispõe, isto sim, sobre condição para se chegar à investidura em cargo público, que é um momento anterior ao da caracterização do candidato como servidor público. Inconstitucionalidade formal não configurada. Noutro giro, **não ofende a Carta Magna a utilização do salário mínimo como critério de aferição do nível de pobreza dos aspirantes às carreiras públicas**, para fins de concessão do benefício de que trata a Lei capixaba nº 6.663/01. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.”(ADI 2.6724, Rel. p/ o ac. Min. Ayres Britto, julgamento em 22-6-2006, Plenário, DJ de 10-11-2006.)

Dizia, na ocasião, o **Ministro Sepúlveda Pertence** :

“Também não vejo indexação ao salário mínimo. Cuidando-se de estabelecer uma taxa de pobreza é inevitável o apelo ao salário mínimo para determiná-lo, e isso não traz aqueles efeitos perversos de indexação, que evitem o aumento do salário mínimo para evitar aumentar a isenção de taxa de concurso. É levar, a meu ver, longe demais a proibição da vinculação.”

Como se observa, o entendimento não constitui precedente isolado. Diversos outros arestos desta Corte seguem no mesmo sentido. Veja-se, em acréscimo, os seguintes casos:

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Trabalhista. Salário profissional. Piso salarial fixado na Lei nº 4.950-A/66. Múltiplos do salário mínimo. Inexistência de reajustes automáticos. Violação da Súmula Vinculante nº 4. Não ocorrência. Precedentes. 1. A fixação da base de cálculo do piso salarial em múltiplos do salário mínimo, nos termos da Lei nº 4.950-A/66, não

configura ofensa à Súmula Vinculante nº 4, haja vista a ausência de reajustes automáticos com base nesse mesmo índice. 2. Agravo regimental não provido." (ARE 914780 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 07.03.2016)

"Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Pensão decorrente de ato ilícito. 3. A fixação de pensão com base em salário mínimo não viola o artigo 7º, IV, da Constituição Federal, desde que não haja atrelamento do benefício a suas posteriores correções. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento." (ARE 876571 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 09.10.2015)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. LEI 4.950-A/66. SALÁRIO FIXADO EM MÚLTIPLOS DO SALÁRIO MÍNIMO. SÚMULA VINCULANTE 4. ADPF 53 MC. 1. Não há vedação para a fixação de piso salarial em múltiplos do salário mínimo, desde que inexistam reajustes automáticos. 2. O ato reclamado, ao aplicar a OJ 71, da SBDI-2 do TST, não afrontou a Súmula Vinculante 4, nem a ADPF 53 MC. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (Rcl 9951 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe 28.09.2015)

"Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Indenização. Valor inicial. Fixação em salários mínimos. Possibilidade. Precedentes. 1. É firme a jurisprudência desta Corte de que é legítima a utilização do salário mínimo quando se tiver por finalidade apenas a expressão do valor inicial da indenização, a qual, se necessário, será atualizada pelos índices oficiais de correção monetária. 2. Agravo regimental não provido." (ARE 704878 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe 11.03.2014)

Fixados esses parâmetros para exegese da vedação estabelecida pelo Art. 7º, IV, da Constituição Federal, portanto, a mim não parece haver qualquer descompasso entre a regra constitucional e a previsão constante da parte final do *caput* do Art. 980-A do Código Civil, com redação dada pelo Art. 2º da Lei 12.441, de 2011.

Chego a essa conclusão porque não vejo, na disposição, uma forma de indexação nem qualquer sorte de vinculação que pudesse interferir ou prejudicar os reajustes periódicos do salário mínimo. Ou seja, nada está a indicar que a disposição impugnada esteja, de fato, compreendida no alcance e no escopo da vedação imposta pelo Art. 7º, IV, da Constituição.

A utilização, no caso, é meramente referencial, da mesma forma de tantas outras que se encontram na nossa legislação em vigor. O valor do salário mínimo serve tão somente como parâmetro para determinação do capital social a ser integralizado da abertura da EIRELI.

Aliás, não são poucas as leis vigentes que se servem do valor do salário mínimo como referencial de atuação. Cito, a título de exemplo, a Lei 9.099/95, que dispõe no Art. 3º:

“Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;”

Na mesma linha, cito também os Arts. 202 e 258 do Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 2015), onde se lê:

“Art. 202. É vedado lançar nos autos cotas marginais ou interlineares, as quais o juiz mandará riscar, impondo a quem as escrever multa correspondente à metade do salário-mínimo.

[...]

Art. 258. A parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente a ocorrência das circunstâncias autorizadas para sua realização, incorrerá em multa de 5 (cinco) vezes o salário-mínimo.”

Também há exemplo na Consolidação das Leis do Trabalho. É o caso do Art. 852-A, incluído pela Lei 9.957/2000, que prescreve:

“Art. 852-A. Os dissídios individuais cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação ficam submetidos ao procedimento sumaríssimo.”

Em todos esses exemplos, como no caso em tela, a utilização do valor do salário mínimo representa mero parâmetro, e não propriamente um fator de atualização ou indexação, a atrair a incidência da proibição constitucional.

Enfim, por todos esses fundamentos, é de se ver, na linha da jurisprudência assentada deste Tribunal, que a alegação de ofensa ao disposto no Art. 7º, IV, do texto constitucional não merece prosperar.

Afasto, assim, o primeiro argumento suscitado pelo requerente e passo ao exame do segundo, que diz respeito à suposta violação do Art. 170 Constituição Federal.

III - Da alegada violação do Art. 170 da Constituição Federal

Além do fundamento já enfrentado, aduz também o requerente que a disposição constitucional impugnada estaria em desacordo com o princípio da livre iniciativa, insculpido no Art. 170 da Constituição Federal.

O parâmetro indicado pelo requerente tem o seguinte teor:

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

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País

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

A exigência de integralização de capital social não inferior a cem vezes o maior salário-mínimo vigente no País representaria, segundo afirma o requerente, obstáculo à livre iniciativa, um vez que o valor seria demasiadamente elevado para o pequeno empreendedor.

A despeito da relevância desse argumento, tenho para mim que também não merece acolhida.

Já reproduzi acima as razões que, no bojo do processo legislativo, teriam justificado a inclusão da exigência de cem salários mínimos no projeto de lei que resultou na Lei 12.441/2011.

Em linhas gerais, pode-se dizer que se trata de uma garantia em favor dos credores, um mínimo que se deve assegurar em contrapartida à limitação da responsabilidade individual do empresário.

O tema da limitação da responsabilidade mereceu preocupação de grandes economistas desde os primórdios do capitalismo, conforme historia o professor da Universidade de Cambridge, **Ha-Joon Chang**, *verbis*:

Atualmente, inclinamo-nos a tomar o princípio da responsabilidade limitada como ponto pacífico. Não obstante, durante alguns séculos, depois de ter sido inventada, no século XIX, para os grandes projetos comerciais arriscados (sendo a Companhia das Índias Orientais Britânica o exemplo mais conhecido), ela tendia a ser encarada com desconfiança. Muitos acreditavam que levava tanto proprietários quanto administradores a riscos excessivos (ou ao que hoje denominamos “risco moral”). Encaravam-na como uma instituição que solapava aquilo que então era visto – juntamente com a ambição – como um dos principais mecanismos disciplinares do capitalismo, nomeadamente, o medo ao fracasso e à destituição, especialmente diante da severidade das leis de falência da época [*omissis*].

Adam Smith dizia que a responsabilidade limitada só podia levar os administradores à vadiagem. John McCulloch, o influente economista do começo do século XIX, alegava que ela tornaria os proprietários negligentes no monitoramento dos administradores contratados (Gilman & Eade, 1995). Também se acreditava, não sem razão, que era uma causa importante da especulação financeira. Foi com base nisso que a Inglaterra, mediante o Bubble Act de 1720, proibiu a formação de novas sociedades de responsabilidade limitada, se bem que voltou a autorizá-la em 1825, com a revogação desta lei.

Não obstante, nos últimos séculos, provou-se reiteradamente que a responsabilidade limitada fornece um dos mecanismos mais poderosos para “socializar o risco”, o que possibilitou investimentos de escala sem precedentes. É por isso que, apesar do seu potencial de criar “risco moral”, todas as sociedades acabaram aceitando a responsabilidade limitada como uma pedra angular da moderna governança empresarial (Rosenberg & Birdzell, 1986; Chang, 2000).

(CHANG, Ha-Joon. **Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. São Paulo: UNESP, 2004.)

Voltando ao contexto dos autos, a prudência na estipulação de um capital mínimo a ser integralizado explica-se pelo caráter de inovação da disposição impugnada. A Lei 12.441/2011 inaugura uma nova forma de pessoa jurídica no Direito Civil brasileiro, uma “sociedade” unipessoal.

Por isso, não é de se estranhar, tenha o legislador tomado cautelas quando da sua introdução, especialmente por conta das desconfianças que a doutrina pátria costumava nutrir, com maior ou menor acerto, a respeito do tema.

É cediço que a doutrina sempre registrou considerável resistência à adoção de “sociedades” unipessoais no Brasil ou qualquer outra forma de limitação da responsabilidade individual do empresário. Receava-se que o expediente pudesse incentivar fraudes e deixar credores desamparados.

A propósito, transcrevo a seguinte passagem de Fábio Ulhoa Coelho, em artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Comercial:

“Várias foram as tentativas de se introduzir no direito brasileiro a sociedade limitada unipessoal. Elas se frustraram, contudo, em razão principalmente de **duas resistências**, já referidas. De um lado, a ideia de que, sendo a sociedade proveniente de negócio contratual entre os seus sócios, a unipessoalidade não faria sentido, porque importaria admitir o *contrato consigo mesmo*. **A outra resistência decorria de entendimento fossilizado no âmbito do Fisco, que temia que pudesse a sociedade unipessoal furtar-se mais facilmente às suas obrigações tributárias.** Não se conhecem detalhes deste entendimento, tampouco os motivos que nutriam tal temor, mas sabe-se que as iniciativas legislativas tendentes a criar, no Brasil, a sociedade limitada unipessoal invariavelmente esbarravam na oposição (firme e eficiente) dos órgãos encarregados da administração tributária federal e da cobrança, em juízo, dos tributos em atraso.

Em razão destes receios e preconceitos, era, de certo modo, até mesmo previsível que a introdução do instituto no direito brasileiro não pudesse ocorrer senão no contexto de alguma solução de compromisso. E foi o que aconteceu, quando da edição da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011. Ao alterar disposições do Código Civil, para encartar a figura da sociedade limitada unipessoal, a lei optou por evitar clara referência à figura do direito societário (embora tenha se valido de categorias exclusivas deste ramo jurídico) para, de um lado, contornar a infundada concepção do descabimento da unipessoalidade originária e, de outro, afugentar os desarrazoados receios da administração tributária. Surgiu desta necessária solução de compromisso, então, uma entidade aparentemente inédita - e um tanto desajustada, admita-se -, referida pela noção de *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada*.

Compreendendo-se a necessidade da solução de compromisso e empreendendo-se, ademais, uma técnica de interpretação sistemática

do direito positivo dela resultante, não há como fugir da conclusão de que esta entidade nada mais é do que a conhecida sociedade limitada unipessoal. Neste diapasão, é de se celebrar a alteração legislativa, que vem suprir inconveniente atraso do direito societário brasileiro.”

(COELHO, Fábio Ulhoa. A sociedade unipessoal no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comercial**, v. 01, p. 7-21, 2014) Grifei.

Em que pesem essas desconfianças, o passar dos anos, no entanto, indicou uma clara tendência mundial no sentido de introduzir, na legislação dos diversos países, instrumentos da limitação da responsabilidade do empresário individual. E o Brasil, como se sabe, foi talvez um dos últimos a aderir a esse movimento, o que só veio a ocorrer com a edição da Lei n. 12. 441/2011 ora sob exame.

Nesse quadro, como já disse, a cautela do legislador brasileiro não é de se estranhar. Aliás, bem se justifica, ao menos por ora, diante da importante mudança promovida no âmbito da legislação civil.

Com efeito, penso que a exigência de capital social mínimo compreende-se no âmbito da discricionariedade política do legislador e é plenamente compreensível diante do quadro histórico que veio desaguar na edição da lei ora impugnada.

Aliás, Senhores Ministros, já disse, em diferentes oportunidades, do caráter de experimentação que marca o afazer legislativo e sobre tudo dos riscos que implica. Sempre oportuno lembrar a seguinte passagem de **Victor Nunes Leal** :

“Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse acondicionando materiais explosivos. As conseqüências da imprevisão e da imperícia não serão tão espetaculares, e quase sempre só de modo indireto atingirão o manipulador, mas podem causar danos irreparáveis ”.

(LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In: **Estudos de Direito Público** . Rio de Janeiro, 1960. p. 7-8)

De fato, os riscos envolvidos no afazer legislativo exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam do difícil processo de elaboração normativa. A análise não se limita aos aspectos ditos estritamente jurídicos, colhe também variada gama de informações sobre a matéria que deve ser regulada, no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial, e não pode nunca desconsiderar a repercussão econômica, social e política da decisão legislativa.

No caso em tela, não se pode negar a novidade introduzida pela Lei 12.441/2011. Por isso, nesse quadro, as cautelas estabelecidas pelo legislador brasileiro não são de todos censuráveis. A introdução de novos institutos decerto requer prudência.

Demais disso, cumpre reconhecer também que a obrigatoriedade de integralização de certa quantia a título de capital mínimo ou exigência de outras cautelas análogas não é de toda estranha também à legislação estrangeira. Assim como nossa lei, outros sistemas jurídicos também contam com exigência semelhante, ainda que sob outra denominação.

Vejamos alguns exemplos.

Em Portugal, a matéria foi inicialmente regulada pelo Decreto-Lei nº 248/86, que criou o chamado “estabelecimento mercantil individual de responsabilidade limitada”, o qual limita a responsabilidade do comerciante em nome individual pelas dívidas contraídas na exploração econômica da sua empresa.

Eis a redação originária do Decreto-Lei 248/86:

“Artigo 3.º
(Capital - Sua formação)
1 - O montante do capital será sempre expresso em escudos. 2 - O capital mínimo do estabelecimento não pode ser inferior a 400000\$00.”

Posteriormente, a exigência de capital social mínimo passou a ser de cinco mil euros. Em 2011, o Decreto-Lei nº 33, num esforço de simplificação da legislação comercial portuguesa, suprimiu a necessidade de um capital social mínimo, passando ele a ser livremente definido pelos sócios.

“Artigo 1.º
Objecto
O presente decreto-lei adopta medidas de simplificação dos processos de constituição das sociedades por quotas e das sociedades unipessoais por quotas, prevendo-se:
a) Que o capital social possa ser livremente fixado pelos sócios; b) Que os sócios procedam à entrega das suas entradas nos cofres da sociedade até ao final do primeiro exercício económico.”

Na França, embora não haja limitação quanto ao montante do capital social inicial, o legislador também se mostrou cauteloso, ao instituir a figura da *Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée* (EURL).

Com efeito, a Lei nº 85-697, de 11 de julho de 1985, estabeleceu que cada pessoa física só poderia ser sócia individual de uma sociedade de responsabilidade limitada e que a sociedade individual de responsabilidade limitada não pode ter como único sócio outra sociedade individual. Ademais, dispôs a lei que o descumprimento dessa restrição autoriza eventuais interessados a postular a dissolução das sociedades irregularmente constituídas:

“Uma pessoa física só pode ser sócia individual de uma sociedade de responsabilidade limitada. Uma sociedade de responsabilidade limitada não pode ter como sócio individual outra sociedade de responsabilidade limitada composta de uma só pessoa.

No caso de violação das disposições da alínea anterior, qualquer interessado pode postular a dissolução das sociedades irregularmente constituídas”. (art. 3º da Lei 85-697, de 11 julho de 1985). Tradução livre nossa.

A legislação da Espanha conta com instituto semelhante no Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que dispõe:

“ Artículo 4 Capital social mínimo

1. El capital de la sociedad de responsabilidad limitada no podrá ser inferior a tres mil euros y se expresará precisamente en esa moneda.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, podrán constituirse sociedades de responsabilidad limitada con una cifra de capital social inferior al mínimo legal en los términos previstos en el artículo siguiente.

El capital social de la sociedad anónima no podrá ser inferior a sesenta mil euros y se expresará precisamente en esa moneda.”

A possibilidade de se instituírem restrições (e.g.: capital mínimo) para as sociedades unipessoais é mencionada expressamente no Art. 7º da Décima segunda Directiva 89/667/CEE do Conselho das Comunidades Europeias, de 21 de Dezembro de 1989, em matéria de direito das sociedades relativa às sociedades de responsabilidade limitada com um único sócio, nos seguintes termos:

“Considerando que é conveniente prever a criação de um instrumento jurídico que permita a limitação da responsabilidade do empresário individual, em toda a Comunidade, sem prejuízo das legislações dos Estados-membros que, em casos excepcionais, impõem

a responsabilidade desse empresário relativamente às obrigações da empresa;

Considerando que uma sociedade de responsabilidade limitada pode ter um único sócio no momento da sua constituição, ou então por força da reunião de todas as partes sociais numa só pessoa; que, enquanto se aguarda a coordenação das disposições nacionais em matéria de direito dos grupos, os Estados-membros podem prever certas disposições especiais, ou sanções, aplicáveis no caso de uma pessoa singular ser o único sócio de diversas sociedades ou quando uma sociedade unipessoal ou qualquer outra pessoa colectiva for o único sócio de uma sociedade; que o único objectivo desta faculdade é atender às particularidades actualmente existentes em determinadas legislações nacionais; **que os Estados-membros podem, para esse efeito, e em relação a casos específicos, prever restrições ao acesso à sociedade unipessoal ou a responsabilidade ilimitada do sócio único; que os Estados-membros são livres de estabelecer regras para enfrentar os riscos que a sociedade unipessoal pode apresentar devido à existência de um único sócio, designadamente para garantir a liberação do capital subscrito ;**

[...]

Artigo 7º

Um Estado-membro pode decidir não permitir a existência de sociedades unipessoais no caso de a sua legislação prever a possibilidade de o **empresário individual constituir uma empresa de responsabilidade limitada com um património afecto** a uma determinada actividade desde que, no que se refere a essas empresas, se prevejam **garantias equivalentes às impostas pela presente directiva** bem como pelas outras disposições comunitárias aplicáveis às sociedades referidas no artigo 1º”

Os exemplos que trago vêm aqui apenas a título de ilustração. Evidentemente, não são razões de decidir. Servem apenas para demonstrar que a exigência do Art. 980-A do Código Civil não representa qualquer invencionice brasileira, inclusive no que diz respeito ao trecho da disposição impugnada na presente ação direta.

O fato é que não enxergo, na disposição, ofensa ao Art. 170 da Constituição Federal de 1988, notadamente no que se refere à livre iniciativa, argumento apontado na inicial.

A exigência de integralização do capital social, no montante previsto no Art. 980-A do Código Civil, não configura impedimento ao livre exercício da atividade empresarial. É requisito para uma forma de pessoa jurídica, a

Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (Eireli), não uma condição de acesso ao mercado ou à atividade empresarial. A bem dizer, trata-se de um requisito para limitação da responsabilidade patrimonial do empresário pessoa física.

Tampouco se apresenta como uma requisito discriminatório ou desproporcional. Justifica-se, aliás, no quadro de experimentação institucional que marca a introdução dessa forma de pessoa jurídica.

A respeito da exigência da capital mínimo na EIRELI, transcrevo a doutrina de **Marlon Tomazette**, em artigo publicado na Revista de Direito Empresarial, no qual aduz:

“Nas sociedades em geral, o capital social é formado pela soma das contribuições dos sócios, que são destinadas à realização do objeto social e representa aquele patrimônio inicial, indispensável para o início das atividades sociais. Ele cumpriria três funções básicas: a função de produtividade, a função de garantia e a função de determinação da posição do sócio. Vincenzo Buonocore revela ainda outra função no sentido da revelação da situação patrimonial da sociedade, que a nosso ver se liga à função de garantia. Fora a determinação da posição de sócio, que não se aplica ao caso, nas EIRELIs o capital também teria a função de produtividade enquanto fator patrimonial inicial que possibilitará o exercício da atividade empresarial e especialmente a função de garantia, na medida em que o capital representaria o mínimo do patrimônio da EIRELI que os credores teriam a sua disposição para satisfação das obrigações. O STF já afirmou que “A garantia dos credores, frente ao risco da atividade empresarial, está no capital e no patrimônio sociais”.

Por esta última função é que se exigiu o capital mínimo de cem vezes o maior salário mínimo vigente no país, cujo valor pode ser discutível, mas representa a ideia da garantia mínima para os credores. Além disso, no caso da EIRELI exige-se que tal valor seja imediatamente integralizado na própria constituição, vale dizer, não há possibilidade de se deixar capital a integralizar. O texto do artigo

980-A diz que “A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado”, logo, é condição de constituição da própria EIRELI essa integralização do capital, como um instrumento de proteção aos credores.

Dentro da mesma perspectiva de proteção aos credores e pela aplicação das regras atinentes às sociedades limitadas, o capital só pode ser formado por dinheiro ou bens, não se admitindo a contribuição em serviços (CC, art. 1.055, §2º), uma vez que o capital

social é a garantia dos credores e a contribuição em serviços não teria como cumprir esse papel de garantia. Pelas mesmas razões, nos casos de contribuição em bens, não se pode incorporar ao capital social um bem por um valor superior ao seu valor efetivo.”

(TOMAZETTE, Marlon. **A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) no Brasil**. Revista de Direito Empresarial – RDEmp, Belo Horizonte, ano 10, n. 3, p. 99132, set./dez. 2013.)

A bem da verdade, deve-se reconhecer que o montante indicado a título de capital social mínimo para a EIRELI não é insignificante. Com salários mínimos, quando da edição da lei, em 2011, representavam R\$ 54.500,00, tendo como base o salário mínimo no valor de R\$ 545,00, fixado pela Lei n. 12.382/2011.

Em valores atuais (2020), o montante do capital social mínimo previsto no Art. 980-A do Código Civil chega a R\$ 104.500,00, considerando-se o salário mínimo de R\$ 1.045,00, previsto na Lei 14.013, de 2020.

É um valor elevado. Uma exigência tal certamente reduz o alcance e a eficácia da disposição em questão. Ou seja, por conta dessa previsão, menos empresários são alcançados pela lei, menor é o número de indivíduos beneficiados pela lei.

Já temos conhecimento de que tramitam no legislativo iniciativas no sentido de modificar a redação atual do Art. 980-A, retirando a exigência do capital mínimo indicado atualmente na disposição (e.g: Projeto de Lei do Senado nº 10, de 2018).

De fato, fosse menor o montante exigido ou mesmo dispensado o montante exigido pela lei, provavelmente seria maior o alcance da norma em questão. Disso, no entanto, não decorre a inconstitucionalidade da norma, a meu ver. A análise cinge-se ao nível da eficácia, não avança sobre o tema da validade.

Sim, porque da falta do capital mínimo não decorre a proibição jurídica nem a inviabilização prática do exercício da atividade econômica pretendida. Nega-se ao empreendedor tão somente usar da forma empresarial introduzida pelo Art. 980-A do Código Civil.

Dito de outro modo: o empresário poderá, sim, empreender, mesmo sem o capital mínimo exigido pela lei, mas não será beneficiado pela limitação de responsabilidade que, de outra forma, a EIRELI proporciona. 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.

Não vejo nisso inconstitucionalidade.

Aliás, é importante destacar que o nosso regime constitucional não comporta direitos absolutos – nem a livre iniciativa, nem qualquer outro. Lembro, a propósito, a doutrina do **Ministro Eros Grau**, na conhecida obra “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, da qual cito o seguinte trecho:

“Uma das faces da *livre iniciativa* se expõe, ninguém o contesta, como *liberdade econômica*, ou *liberdade de iniciativa econômica*, cujo titular é a empresa.

Lanço mão, para em linhas gerais referi-la, de observações que anteriormente produzi.

O princípio da liberdade de iniciativa – originariamente postulado no édito de Turgot, de 9 de fevereiro de 1776 – inscreve-se plenamente no decreto d’Allarde, de 2-17 de março de 1791, cujo art. 7º determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aproovesse, sendo contudo ela obrigada a se munir previamente de uma “patente” (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis.

Mesmo após, na chamada Lei Le Chapelier – decreto de 14-17 de junho de 1791 – que proíbe todas as espécies de corporações, o princípio é reiterado.

Vê-se para logo, nestas condições, que no princípio, nem mesmo em sua origem, se consagrava a liberdade absoluta de iniciativa econômica. Vale dizer: a visão de um Estado inteiramente omissivo, no liberalismo, em relação à iniciativa econômica privada, é expressão pura e exclusiva de um tipo ideal. Pois medidas de polícia já eram, neste estágio, quando o princípio tinha o sentido de assegurar a defesa dos agentes econômicos contra o Estado e contra as corporações, a eles impostas.[...]

O que mais importa considerar, de toda sorte, é o fato de que, em sua concreção em regras atinentes à liberdade de iniciativa econômica, o princípio, historicamente, desde o Decreto D’Allarde, jamais foi consignado em termos absolutos. Das circunstâncias históricas a considerar a esse respeito encontra-se um quadro expressivo – creio – no segundo capítulo deste ensaio.

De resto, quanto ao preceito inscrito no parágrafo único do art. 170, que se tem enfatizado, na afirmação de que reiteraria, consolidando, o caráter liberal da ordem econômica, como acima anotei, é a garantia da legalidade: liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar *não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei*. O que esse preceito pretende introduzir no plano constitucional é tão-somente a sujeição ao *princípio da legalidade em termos absolutos* – e não, meramente, ao *princípio da legalidade em termos relativos* (art. 5º, II) – da imposição, pelo Estado, de autorização para o exercício de qualquer atividade econômica. Em nada, pois, fortalece ou robustece o princípio da *livre iniciativa* em sua feição de *liberdade de iniciativa econômica*”.

(GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** . 9. ed . São Paulo: Malheiros, 2004. p. 187 e 189).

Penso que minha posição não destoia da orientação firmada em diversos julgados desta Corte, nos quais este Tribunal também teve que enfrentar alegações de ofensa à livre iniciativa.

É o caso da ADI 173 de relatoria do **Ministro Joaquim Barbosa** , em que se discutia a constitucionalidade da exigência de quitação dos créditos tributários para participar de processo licitatório.

Cuja ementa, no que relevante à presente discussão, é a seguinte:

"CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. DIREITO DE PETIÇÃO. TRIBUTÁRIO E POLÍTICA FISCAL. REGULARIDADE FISCAL. NORMAS QUE CONDICIONAM A PRÁTICA DE ATOS DA VIDA CIVIL E EMPRESARIAL À QUITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. CARACTERIZAÇÃO ESPECÍFICA COMO SANÇÃO POLÍTICA. AÇÃO CONHECIDA QUANTO À LEI FEDERAL 7.711/1988, ART. 1º, I, III E IV, PAR. 1º A 3º, E ART. 2º. [...] 3. Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição. **É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de**

escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser **desproporcional e não-razoável**. [...]” (ADI 173, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe 20.03.2009) grifei.

Na mesma linha, destaco também o RE 627.543 – RG, de relatoria do Rel. Min. Dias Toffoli, em que se discutia a constitucionalidade do inciso V do art. 17 da LC nº 123/06 que vedava a o recolhimento na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte “que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa”.

O julgado está assim ementado:

"Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Microempresa e empresa de pequeno porte. Tratamento diferenciado. Simples Nacional. Adesão. Débitos fiscais pendentes. Lei Complementar nº 123/06. Constitucionalidade. Recurso não provido. 1. O Simples Nacional surgiu da premente necessidade de se fazer com que o sistema tributário nacional concretizasse as diretrizes constitucionais do favorecimento às microempresas e às empresas de pequeno porte. A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em consonância com as diretrizes traçadas pelos arts. 146, III, d, e parágrafo único; 170, IX; e 179 da Constituição Federal, visa à simplificação e à redução das obrigações dessas empresas, conferindo a elas um tratamento jurídico diferenciado, o qual guarda, ainda, perfeita consonância com os princípios da capacidade contributiva e da isonomia. 2 . Ausência de afronta ao princípio da isonomia tributária. O regime foi criado para diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico, sendo desarrazoado que, nesse universo de contribuintes, se favoreçam aqueles em débito com os fiscos pertinentes, os quais participariam do mercado com uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem pontualmente com suas obrigações. 3. A condicionante do inciso V do art. 17 da LC 123/06 não se caracteriza, a priori, como fator de desequilíbrio concorrencial, pois se constitui em exigência imposta a todas as pequenas e as microempresas (MPE), bem como a todos os microempreendedores individuais (MEI), devendo ser contextualizada, por representar também, forma indireta de se reprovar a infração das leis fiscais e de

se garantir a neutralidade, com enfoque na livre concorrência . 4. A presente hipótese não se confunde com aquelas fixadas nas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, porquanto a espécie não se caracteriza como meio ilícito de coação a pagamento de tributo, nem como restrição desproporcional e desarrazoada ao exercício da atividade econômica. Não se trata, na espécie, de forma de cobrança indireta de tributo, mas de requisito para fins de fruição a regime tributário diferenciado e facultativo . 5. Recurso extraordinário não provido.”

(RE 627.543 – RG, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Dje 29.10.2014)

Destaco do voto do relator, Ministro Dias Toffoli

“Em conclusão, ao meu sentir, a exigência de regularidade fiscal para o ingresso o a manutenção do contribuinte no Simples Nacional – prevista no art. 17, inciso V, da LC n° 123/06 – não afronta os princípios da isonomia, porquanto constitui condição imposta a todos os contribuintes, conferindo tratamento diverso e razoável àqueles que se encontram em situações desiguais relativamente às suas obrigações perante as fazendas públicas dos referidos entes políticos, **não havendo, outrossim, que se falar em ofensa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, uma vez que a exigência de requisitos mínimos para fins de participação no Simples Nacional não se confunde com limitação a atividade comercial do contribuinte** ”. grifei

Não vislumbro, portanto, qualquer inconstitucionalidade em relação ao disposto na parte final do *caput* do Art. 980–A do Código Civil, com redação dada pelo Art. 2º da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011.

IV - VOTO

Ante o exposto, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.