

Doutrina

O REGIME DAS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS RECÍPROCAS E AS SOCIEDADES POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Exercício de aplicação da Lei 6.404/76 à problemática das sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

OTAVIO YAZBEK

I — Objeto. II — Metodologia. III — Problemática dos grupos de sociedades. IV — As participações societárias recíprocas. V — Aplicabilidade da Lei 6.404/76 às sociedades por quotas de responsabilidade limitada. VI — Os objetivos da vedação às participações societárias recíprocas. VII — Os riscos de caráter patrimonial provenientes das participações recíprocas. VIII — Os riscos de caráter organizativo provenientes das participações recíprocas. IX — Conclusões.

I — OBJETO

I. O presente estudo trata da possibilidade de aplicação do regime estabelecido pelo artigo 244 da Lei 6.404, de 15.12.1976, para as participações societárias recíprocas, às sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

Tal questão impõe-se por uma série de motivos, podendo-se ressaltar, dentre os principais, a amplitude do uso das sociedades por quotas de responsabilidade limitada na prática comercial brasileira e a conseqüente necessidade de extensão a estas do regime aplicável aos chamados "grupos societários de fato", forma de concentração empresarial mais utilizada no Brasil. Daí surgem, ainda, diversos questionamentos, como adiante veremos.

2. O objeto desse estudo tem por pano de fundo uma preocupação com a problemá-

tica decorrente do famoso hibridismo institucional das sociedades por quotas no direito brasileiro e a questão, a esta vinculada, da aplicabilidade de soluções institucionais típicas da Lei das S.A. àquele tipo societário.

II — METODOLOGIA

3. Para o trato das questões acima, e pela sua capacidade para suprir as dificuldades decorrentes da análise do direito por um prisma meramente formal, faremos uso do método chamado funcionalista.¹

1. Julgamos importante distinguir "funcionalismo jurídico" de "funcionalismo sociológico". Este último termo nomeia uma das principais escolas da sociologia norte-americana deste século, de caráter eminentemente conservador, na qual as considerações de caráter funcional dizem respeito a processos e mecanismos de integração social, tendo sempre por fim a continuidade institucional.

Trata-se de abordar os institutos jurídicos não apenas com base em sua estrutura jurídica formal ou estrutural, partindo para a análise das reais funções econômicas e sociais de cada instituto. Em especial na área de que tratamos, a análise formalista apresenta-se por demais limitada. A dinâmica econômica não permite a estagnação das formas negociais e, na medida em que os regramentos positivados começam a distanciar-se das funções para as quais foram criados, as necessidades da vida negocial passam a exigir a adaptação dos mesmos, a moldar novas formas (essa, a natureza consuetudinária do direito comercial).

Ora, no direito mercantil as formas jurídicas tem sua "modelagem" determinada historicamente pela sua finalidade econômica conjugada àquelas condições materiais existentes quando do surgimento de cada instituto. Decorrencia desse movimento histórico e da acumulação das formas nele surgidas é uma certa fungibilidade de formas jurídicas nas sociedades modernas, nas quais, por caminhos diversos, torna-se possível a consecução de fins econômicos bastante similares (Ascarelli, 1947:17 e ss.).²

Assim, para uma adequada compreensão desta dinâmica e para a integração do sistema jurídico, mostra-se de grande valia a análise do direito fundada nas suas funções econômicas. Tal método é importante não apenas para a compreensão do jurídico, mas também para a crítica das estruturas vigentes, atribuindo às formas jurídicas uma maior dinâmica, na medida em que as impulsiona para o atendimento das novas necessidades econômicas.

4. É importante frisar que, ao falarmos nas *funções* dos institutos jurídicos, cogi-

tando de funções específicas, de situações concretas, não deixamos de lado a possibilidade que se abre para uma compreensão mais ampla das relações entre o jurídico e os demais planos da vida social, de onde provém, ainda, uma boa parte do potencial crítico e interpretativo deste método. Tal postura é bem esclarecida por Renner: "In questa analisi, non possiamo tralasciare un' esposizione generale delle funzioni degli istituti giuridici: ogni singola funzione, che è storicamente condizionata, ha la propria posizione nella totalità e viene pienamente illuminata solamente da essa; lo schema delle funzioni ha dunque perlomeno un valore orientativo. In che maniera può venire esposta una concreta particolarità se non mediante un rapporto di riflesso alla totalità?" (1981:52).³

III — PROBLEMÁTICA DOS GRUPOS DE SOCIEDADES

5. Corolário ao que parece necessário do desenvolvimento do sistema capitalista e, ao mesmo tempo, um dos principais mecanismos atuais para tal desenvolvimento, é o fenômeno da concentração empresarial, tema de que trataremos sucintamente neste tópico, uma vez que é dele que partem as questões a serem analisadas.

A partir do instrumental técnico peculiar à sistemática de funcionamento das sociedades anônimas e transcendendo os limites dados pelo direito societário a partir de uma gradual complexificação e especialização, mecanismos que não cabe aqui analisar, acabaram por surgir os chamados grupos societários ou, conforme uma terminologia mais atual, os grupos de empresas.⁴ Tais

2. O que vale também para as sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Muitos autores ressaltam que tal forma societária deriva de mera criação legislativa, não refletindo o desenvolvimento dos costumes comerciais. Tal postura, parece-nos, ignora que, de qualquer forma, a criação do instituto das sociedades por quotas atende a necessidades materiais específicas existentes à época do seu surgimento, não derivando da mera atividade volitiva do legislador.

3. O trecho transcrito foi extraído da tradução italiana da obra de Renner, precursora das formas de interpretação funcional do direito, *Os Institutos de Direito Privado e a sua Função Social*, cuja primeira edição, em língua alemã, data de 1904. A segunda edição da mesma obra data de 1929, havendo a tradução italiana sido feita a partir desta última.

4. Usaremos por diversas vezes a expressão grupos empresariais, em lugar de grupos societários,

estruturas, ao suplantarem as antigas formas e padrões de organização empresarial, passaram a ameaçar a perpetuação de muitos dos princípios garantidores da segurança e da certeza tão prezadas na vida negocial.

6. Com efeito, a existência dos grupos empresariais passa a exigir mecanismos de tutela dos direitos dos grupos sociais minoritários (não-controladores), dos credores de qualquer natureza (inclusive fiscal) e do consumidor, ameaçados por novos riscos, decorrentes da falta de transparência e dos múltiplos "vasos comunicantes" que geralmente caracterizam tais grupos (Comparato, 1978:196; Broseta Pont, 391 e ss.) e pela possibilidade de abuso do poder econômico por parte dos mesmos, que coloca em risco as estruturas de mercado de modo geral.

Para a efetiva formulação de tais padrões de controle é necessário que o conceito legal de grupo englobe as múltiplas facetas do fenômeno da concentração econômica, abrangendo tanto os grupos de direito como os chamados grupos de fato. De acordo com essa distinção, os grupos de direito são aqueles em que há um vínculo contratual entre as sociedades participantes. Já nos grupos de fato inexistem relação contratual, estando as sociedades vinculadas por participações societárias, acordos parassociais, contratos interempresariais, uniões pessoais ou relações econômicas fáticas de dependência (Engrácia Antunes, 1993:45).⁵

por reconhecer que, pela sua amplitude, a matéria fuge aos limites formais e materiais do direito comercial. A despeito disso, frisamos que o regime estabelecido pela Lei 6.404/76 tem menor abrangência, dizendo respeito unicamente aos grupos de sociedades (Comparato, 1978:196). É interessante esclarecer que desde os primeiros estudos sobre a matéria já eram amplamente reconhecidas a natureza extravagante dos grupos empresariais em relação às normas comerciais típicas e as diversas dificuldades para o acompanhamento do fenômeno grupal pelos institutos jurídicos existentes (Salandra, 1934:64).

5. Nem todos este tipos de vinculação são reconhecidos pela legislação brasileira que, como já se viu, tem âmbito de aplicação mais restrito, tendo caráter eminentemente societário. De qualquer maneira, po-

7. A Lei 6.404, de 15.12.1976, ao disciplinar a matéria, regulou tanto o funcionamento dos grupos de direito (de subordinação em seu Capítulo XXI e de coordenação, ou consórcios, em seu Capítulo XXII) como o dos grupos de fato (no Capítulo XX, que trata das sociedades coligadas, controladoras e controladas).⁶ Na prática, tanto os grupos de direito propriamente ditos como os consórcios restaram ou relativamente esquecidos ou com aplicações bastante restritas. A imensa maioria dos grupos existentes no Brasil é formada por grupos de fato.

8. Uma das primeiras questões que se impõem quando da consideração do regime legal dos grupos de sociedades diz respeito à sua aplicabilidade às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, uma vez que estas têm grande relevância no modelo brasileiro como forma organizativa não apenas da pequena e média empresa, mas também das empresas de maior porte.⁷ A despeito desta importância, a questão

rém, os grupos de fato são aqueles em que não há vínculos contratuais entre as partes envolvidas, sendo as relações internas regidas por um poder de fato.

6. Para os fins da Lei das S.A., são coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la" (art. 243, § 1º) e "considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores (art. 243, § 2º).

7. Talvez seja interessante apontar que alguns autores estrangeiros apregoam a superioridade das sociedades por quotas como mecanismos de concentração econômica, apontando vantagens de ordem prática e conceitual (Alvarez Quelquejeu, 1958:122 e ss.). Uma discussão desta ordem afigura-se deslocada perante o direito brasileiro, uma vez que, como vimos, nosso ordenamento trabalha com o conceito, mais restrito, de grupos societários, e não de grupos empresariais, restringindo toda a sistemática existente ao disposto na Lei das S.A. É interessante esclarecer, porém, que a possibilidade de criação de grupos econômicos baseados unicamente em sociedades por quotas traz consigo alguns riscos de ordem pública, decorrentes sobretudo dos reduzidos controles externos existentes sobre tais sociedades.

vem sendo deixada de lado pela grande maioria dos autores. A ela voltaremos mais adiante.

IV — AS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS RECÍPROCAS

9. Dentre os mecanismos estabelecidos pela legislação brasileira para o regimento das atividades dos chamados grupos societários de fato (ainda que estes não sejam expressamente nomeados desta forma pela Lei das S.A.) encontra-se a vedação às participações societárias recíprocas, constante do art. 244 e §§ da Lei 6.404/76. Devido à relevância da matéria, regimes mais ou menos similares são adotados por praticamente todas as legislações destinadas à regulamentação dos grupos (Engrácia Antunes, 308 e ss.; Galgano, 1981:690; Broseta Pont, 1994:395; e Had-den, 1972:296 e ss.), com maior ou menor rigidez.

O art. 244 veda expressamente a “participação recíproca entre a companhia e suas coligadas e controladas”, estabelecendo, ainda, os limites da aplicabilidade desta vedação, as condições excepcionais em que pode ocorrer a participação recíproca e os efeitos decorrentes da aquisição de participação recíproca decorrente de incorporação, fusão ou cisão ou em descumprimento da disposição legal.⁸

8. Para os conceitos de sociedades coligadas ou controladas, estabelecidos pelos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei 6.404/76, cf. nota 5 acima. O texto do citado do art. 244 é o seguinte:

“Art. 244. É vedada a participação recíproca entre a companhia e suas coligadas ou controladas.

§ 1º. O disposto neste artigo não se aplica ao caso em que ao menos uma das sociedades participa da outra com observância das condições em que a lei autoriza a aquisição das próprias ações (art. 30, § 1º, alínea b).

§ 2º. As ações do capital da controladora, de propriedade da controladora, terão suspenso o direito de voto.

§ 3º. O disposto no § 2º do art. 30 aplica-se à aquisição de ações da companhia aberta por suas coligadas e controladas.

10. As restrições à aquisição de participações cruzadas, pela sua natureza (ou seja, já aqui tendo em vista as suas funções), apóiam-se sobre os mesmos fundamentos que justificam as restrições à negociação, pelas sociedades anônimas, com as suas próprias ações (contidas no art. 30 e §§ da Lei 6.404/76 e, na legislação anterior, no art. 15 do Decreto-lei 2.627, de 26.9.1940).

Como esclarecido pela imensa maioria dos autores que tiveram por objeto o estudo da questão, tais fundamentos dizem respeito a dois princípios fundamentais do direito societário, quais sejam: o princípio da integridade do capital social e o princípio da soberania e não-falseamento das decisões assembleares, ameaçados tanto quando há participação recíproca como quando a companhia adquire as suas próprias ações, tornando-se sócia de si mesma. Os fundamentos da tutela atribuída a tais princípios serão melhor analisadas mais abaixo.

Por hora é importante frisar apenas que foi justamente com base na defesa destes princípios que, mesmo antes de promulgada a Lei 6.404/76 (portanto ainda sob a égide do Decreto-lei 2.627/40), embora ainda não expressamente vedadas as participações recíprocas, alguns autores já consideravam que as mesmas eram impedidas,

§ 4º. No caso do § 1º, a sociedade deverá alinear, dentro de 6 (seis) meses, as ações ou quotas que excederem do valor dos lucros ou reservas, sempre que esses sofrerem redução.

§ 5º. A participação recíproca, quando ocorrer em virtude de incorporação, fusão ou cisão, ou da aquisição, pela companhia, do controle da sociedade, deverá ser mencionada nos relatórios e demonstrações financeiras de ambas as sociedades, e será eliminada no prazo máximo de 1 (um) ano; no caso de coligadas, salvo acordo em contrário, deverão ser alienadas as ações ou quotas de aquisição mais recente ou, se da mesma data, que representem menor porcentagem do capital social.

§ 6º. A aquisição das ações ou quotas de que resulte participação recíproca com violação ao disposto neste artigo importa responsabilidade civil solidária dos administradores da sociedade, equiparando-se, para efeitos penais, à compra ilegal das próprias ações.

tendo em vista os riscos delas provenientes (Ascarelli, 1969:491).⁹

II. Resta saber, por força dos questionamentos já acima referidos, quanto à aplicabilidade do citado art. 244 aos grupos societários integrados por sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Ora, pela amplitude de seu uso no Brasil afigura-se inevitável que haja uma tendência para a criação de vínculos, tanto de controle quanto de coligação, entre sociedades desta natureza, impulsionado o surgimento destas ligações pelas próprias necessidades de mercado. Resta então aferir quanto à aplicabilidade das normas específicas, constantes da Lei das S.A., a essa matéria em especial.

Nesse sentido, esclarece Fábio Konder Comparato que a regra do art. 244, em princípio, não vigora para todas as sociedades vinculadas por relação de controle ou coligação, frisando que: "Na hipótese de coligação, a proibição se aplica, pelo texto legal, unicamente às companhias. Na relação de controle, é vedada a participação recíproca quando a controladora é uma sociedade anônima. É de se perguntar, também aqui, se não se torna inevitável a aplicação analógica dessa regra às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, pelo menos enquanto for mantida, em nosso Direito, a norma do art. 18 do Decreto 3.708, de 1919, e levando-se em consideração as razões justificadoras da proibição de participações recíprocas, quais sejam, a manutenção da integridade do capital social e o não-falseamento da vontade social, expressa nas votações de assembléias" (1978:212).

9. É época, reconhecendo a inexistência de um dispositivo legal expresso e os riscos provenientes das participações recíprocas, Philomeno J. da Costa sugeria o aperfeiçoamento do sistema legal aplicável à matéria, com a criação de uma norma restritiva destas participações (1965:256). Destaque-se que, a despeito da inexistência de norma expressa referente à matéria, os efeitos das participações cruzadas já eram oficialmente reconhecidos antes de 1976, como atesta a Circular do Banco Central de n. 126, de 20.3.1969, que vedava as relações desta natureza entre instituições financeiras.

Com efeito, a despeito dos limites estabelecidos pelo próprio texto legal regulamentador da matéria, os fins da vedação às participações recíprocas justificam a extensão do instituto, ainda que com necessárias adaptações decorrentes das eventuais diferenças estruturais, às sociedades por quotas.¹⁰

Analisemos pois, inicialmente, a questão da aplicabilidade, genericamente falando, da Lei das S.A. às sociedades por quotas. Depois, tendo em vista que a nossa argumentação parte de um prisma funcional, vale aprofundar a análise dos fins visados pelo art. 244 e §§ da Lei 6.404/76.

V — APLICABILIDADE DA LEI 6.404/76 ÀS SOCIEDADES POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

12. Conforme já acima referido, as sociedades por quotas de responsabilidade li-

10. É necessário reiterar que em outros regimes legais o problema inexistia com tal intensidade, apesar de, por vezes, persistirem algumas controvérsias acerca da relação entre os regimes das sociedades anônimas e das sociedades limitadas. O Código Civil italiano trata da matéria em seus artigos 2.359 e 2.360, dispondo, no artigo 2.359-*bis* que "La società controllata non può acquistare azioni o quote della società controllante se non nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato...". E, mais adiante, dispõe o artigo 2.359-*quinquies*, que "La società controllata non può sottoscrivere azioni o quote della società controllante...". Ressalte-se que tais dispositivos receberam sua atual redação por força do disposto na Diretiva Comunitária 92/101. Quanto a este último ponto, vale lembrar que até o advento do Regulamento CEE n. 2.137/85, de 25.6.85, que instituiu o chamado Agrupamento Europeu de Interesse Econômico ("AEIE"), as Diretivas foram praticamente os únicos instrumentos a tratar do direito societário no plano comunitário, sendo ainda hoje largamente utilizadas quando o fim que se objetiva é a harmonização das legislações dos diferentes Estados-membros, visando suprimir determinados óbices ou incrementar o processo de integração econômica (Meireles, 1992:20). Neste sentido a utilização da acima referida Diretiva 92/101, a adap-

mitada são largamente utilizadas como meio de organização formal da pequena, média e mesmo da grande empresa. Tal situação é facultada pela dinâmica atribuída a estas sociedades pelas especificidades da forma legalmente adotada para as mesmas (afinal, tais sociedades apresentam diversas vantagens para o empresário, aliando a limitação da responsabilidade à simplicidade institucional das sociedades de pessoas).

O Decreto 3.708/19 estabelece para a sociedade por quotas um regime híbrido, que distingue esse modelo tanto das sociedades de pessoas quanto das sociedades de capitais, fazendo referência por vezes a uma, por vezes a outra forma de organização societária.

Com efeito, após vincular em seus arts. 3º e 4º as sociedades por quotas ao regime do Código Comercial para as sociedades de pessoas, assim dispõe o citado Decreto 3.708/19 em seu art. 18: "Art. 18. Serão observadas quanto às sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas".

Se, por um lado, a generalidade e a maleabilidade decorrentes do conteúdo deste art. 18 acabaram tendo por subprodutos algumas inegáveis vantagens de ordem prática, apresentam-se também diversas dificuldades. Provam-no as constantes discrepâncias jurisprudenciais e as controvérsias entre os muitos autores que trataram da questão (Lacerda Teixeira, 1956:25 e ss.).¹¹

tar dispositivos da legislação italiana. Ainda quanto à questão do direito societário na Comunidade Européia, é importante lembrar que, na esteira da Diretiva 92/101, também consta da proposta de Estatuto da Sociedade Européia a vedação às participações societárias recíprocas (Meireles, 1992:113).

11. Ao que me parece tal situação encontra-se com os dias contados. Com efeito, o Projeto de Código Civil de 1975, que dispõe também sobre matéria comercial, pretende atribuir à sociedade por quotas uma feição própria que incorpora muitas das es-

Além disso, desde 1919 a lei acionária tem sido objeto de seguidas adaptações e reformas que, se por um lado tiveram o objetivo de refletir ou estimular o desenvolvimento do país, atendendo às novas necessidades surgidas, por outro, indiretamente, acabaram trazendo uma grande instabilidade ao sistema das sociedades por quotas, cujo diploma básico foi criado tendo em vista condições institucionais e sócio-econômicas bastante diversas.

13. Eloquentes exemplos dessas dificuldades encontra-se no regime dos grupos societários. Alguns autores já ressaltaram a existência de sérios óbices à sua aplicação para as sociedades por quotas, já que estas não tem as mesmas obrigações de publicidade e os mesmos controles internos a que são sujeitas as sociedades anônimas. Assim a posição defendida por Orlando Gomes: "Medida de segurança indispensável a prevenir fraudes na coligação de sociedades sob o modelo de uma união hierárquica seria, em arremate, a que impedisse a adoção de outro tipo de sociedade que não a anônima para a controladora ou qualquer das controladas. Devem todas submeter-se ao mesmo regime de publicidade para evitar que se ocultem nas que obrigadas não estão a publicar a demonstração de sua situação econômica e financeira dados que relevem debilidade ou escamoteação" (1977:213).

A solução do problema, desnecessário dizer, deve ser buscada a cada caso. É por este motivo que partiremos para a discussão das funções do já citado art. 244 da Lei das S.A., pretendendo com isso resolver alguns dos impasses e dúvidas existentes no trato dessa questão em especial e estabelecer um padrão de conduta capaz de sanar algumas das dificuldades para a aplicação subsidiária e *na parte aplicável* da Lei 6.404/76 às sociedades por quotas.

truturas institucionais das sociedades anônimas, fugindo do famigerado *no quanto for aplicável* do art. 18 do Decreto 3.708/19 (Marcondes, 1977:17 e ss.).

VI — OS OBJETIVOS DA VEDAÇÃO ÀS PARTICIPAÇÕES SOCIETÁRIAS RECÍPROCAS

14. Como já comentado, os objetivos da vedação às participações recíprocas dizem respeito aos princípios da intangibilidade do capital social e da soberania e não-falseamento das decisões assembleares. Engrácia Antunes (1993:310) esquematiza esses fins em função dos riscos decorrentes das participações cruzadas que se pretende evitar, criando a seguinte classificação:

(i) riscos de caráter patrimonial (por ser o capital social das sociedades envolvidas distorcido pela reciprocidade de participações); e

(ii) riscos de caráter organizativo (visto que, com a inversão da ordem de competências decisórias, cai por terra a legitimidade das deliberações assembleares das sociedades envolvidas).

Analisemos, pois, esses dois planos tutelados pela legislação restritiva das participações cruzadas.

VII — OS RISCOS DE CARÁTER PATRIMONIAL PROVENIENTES DAS PARTICIPAÇÕES RECÍPROCAS

15. Quando duas sociedades encontram-se em relação de participação recíproca o capital das mesmas permanece adstrito a uma certa "circularidade" que faz com que o capital social aparente das sociedades envolvidas seja maior que aquele capital realmente existente (Hadden, 1972:298).

Com efeito, em situações desta natureza as quantias inicialmente dispendidas por uma dada sociedade para a aquisição de uma participação no capital de outra sociedade, sua coligada ou controlada, acabam retornando para a primeira sociedade quando esta tem uma parcela do seu capital adquirida pela própria coligada ou controlada. O capital social da primeira socie-

dade é integralizado com quantias partidas dela mesma.¹²

16. Para a correta compreensão da extensão dos problemas de natureza patrimonial gerados pelas participações recíprocas é importante compreender o papel exercido pelo capital social nas sociedades comerciais.

Grosso modo, pode-se definir o capital social, sob o prisma econômico, como o conjunto de bens e elementos passíveis de valoração econômica e que se destinam à exploração de uma atividade concreta. Sob o prisma jurídico, o capital social é o montante que vai consignado no contrato social ou estatuto, equivalente às quantias aportadas pelos sócios (ou por estes prometidas) à sociedade (Broseta Pont, 1994:241).

Ainda que muitos autores desconsiderem a importância do capital social, pela sua incapacidade para refletir a verdadeira situação patrimonial da sociedade em outros momentos que não no de sua constituição, motivo pelo qual lhe atribuem posição de somenos importância,¹³ tal conceito é ainda de bastante relevante para a vida das

12. De acordo com Galgano, "Il fenomeno che si vuole evitare è quello per cui una medesima somma di danaro permetta la costituzione di due società aventi ciascuna un capitale corrispondente a quella somma di danaro, o il fenomeno per il quale una medesima somma di danaro venga utilizzata da parte di due società per effettuare ciascuna un corrispondente aumento di capitale" (1981:690). Cf., ainda, a exposição do já citado Philomeno J. da Costa (1965:26 e ss.).

13. Neste sentido, são eloquentes as críticas feitas por J. E. Tavares Borba àqueles que medem as forças da sociedade tomando por base seu capital social. De acordo com o citado autor, "...o capital é um valor formal e estático, enquanto o patrimônio é real e dinâmico. O capital não se modifica no dia-a-dia da empresa — a realidade não o afeta, pois se trata de uma cifra contábil. O patrimônio encontra-se sujeito ao sucesso ou insucesso da sociedade, crescendo na medida em que esta realize operações lucrativas, e reduzindo-se com os prejuízos que se forem acumulando" frisando-se ainda que "os reveses da sociedade poderão levá-la a consumir todo o capital, de tal forma que o seu patrimônio líquido se reduza a nada. A despeito disso, o capital formal da sociedade — constante do contrato — permanecerá o mesmo" (1997:52 e ss.). Para uma análise da rela-

sociedades mercantis. Assim o reconhece, ainda, a Exposição Justificativa preparada para o Projeto de Lei das S.A., que veio a transformar-se na Lei 6.404, de 15.12.76 (Lamy Filho e Bulhões Pedreira, 1997:254).

De fato, ante a impossibilidade de aferir, a cada momento, as reais condições patrimoniais de uma empresa, os terceiros que com ela contratam tomam por garantia o capital social da mesma. Daí a importância dos múltiplos mecanismos de defesa do capital social, como por exemplo a retenção de determinadas reservas. Eis o porquê do princípio da intangibilidade do capital social, sobre o qual são radicados os diversos regimes legais de tutela deste capital (dentre tais regimes encontrando-se a vedação às participações recíprocas).

17. Nas sociedades por quotas, o capital social exerce as mesmas funções que nas sociedades anônimas, estabelecendo o montante da garantia oferecida a terceiros e, ainda, sob o ponto de vista interno, fornecendo os elementos de cálculo dos lucros a serem partilhados entre os sócios (Lacerda Teixeira, 1956:75).

Assim, também a integridade do capital social das sociedades por quotas deve ser objeto de mecanismos de tutela adequados. Tal convicção é apenas reforçada pela consideração de que as finanças das sociedades por quotas já são, naturalmente, menos sujeitas a controle, por terceiros ou por minoritários, do que as finanças das sociedades anônimas.

VIII — OS RISCOS DE CARÁTER ORGANIZATIVO PROVENIENTES DAS PARTICIPAÇÕES RECÍPROCAS

18. Pelas participações recíprocas falta-se também uma inversão das com-

petências sociais decisórias, atentatória, como já referido, à soberania das decisões tomadas pela assembleia geral.

Realmente, como bem esclarece Engrácia Antunes, sempre que as participações recíprocas forem de montante significativo "...elas permitirão aos órgãos de administração passar a dominar por via indirecta as respectivas Assembleias Gerais, através da utilização recíproca do poder de voto da outra, inerente à participação detida — funcionando nesta medida como um meio de iludir ou perverter a divisão de competências legais entre administradores e sócios, imperativamente fixada na lei" (1993:316).

19. A formação da vontade social é prerrogativa dos sócios que, enquanto titulares de parcela do capital social, podem dispor sobre as diversas questões relevantes para a sociedade. Tanto é assim que a Lei 6.404/76 ao estabelecer a competência da Assembleia Geral, dispõe em seu art. 121 que esta "... tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento".

Além dessa competência genérica atribuída à Assembleia Geral, a Lei das S.A. elenca ainda uma série de matérias em que a competência da Assembleia é privativa (art. 122), estabelecendo, também, mecanismos garantidores da legitimidade das deliberações tomadas em Assembleia (como os quóruns de instalação e de deliberação, por exemplo, constantes dos art. 125 e 129).

As deliberações das Assembleias Gerais são sujeitas ao princípio majoritário, cujos fundamentos gerais, aplicáveis às sociedades anônimas como às sociedades por quotas, são esclarecidos por Egberto Lacerda Teixeira da seguinte maneira: "A prevalência do princípio majoritário nos corpos legislativos e nas organizações colegiais assenta em sólidas razões de ordem doutrinária e de política aplicada. As entidades públicas ou privadas devem manifestar sua vontade própria e atuar na esfera

ção entre a capitalização das sociedades comerciais e as garantias dos credores, inclusive tendo em vista as tendências que vêm norteando a mais recente produção legislativa sobre a matéria, cf. Easterbrook e Fischel, 1991:59 e ss.

jurídica como um todo coeso e íntegro. A *vontade* do ente moral tem de ser, contudo, ditada pela maioria no pressuposto lógico de que o interesse dessa maioria se confunde com o da própria entidade. Seria impraticável nas sociedades mercantis modernas exigir que as deliberações coletivas fossem tomadas sempre por unanimidade de votos" (1956:149).¹⁴

20. A competência decisória dos órgãos de administração da sociedade, por sua vez, é limitada ao necessário para o exercício das funções gerenciais. Apenas é interessante apontar que, nos casos em que a sociedade anônima tem Conselho de Administração, este recebe, por ser eminentemente um órgão de deliberação colegiada (art. 138, § 1º. da Lei 6.404/76), algumas competências residuais, estabelecidas pelo art. 142 da Lei das S.A.

É natural que ante o desenvolvimento do chamado controle gerencial tendam a surgir conflitos entre os administradores da

14. Um interessante quadro do desenvolvimento do princípio majoritário, mostrando seus fundamentos sociais e econômicos relacionados ao movimento, historicamente situado, de autonomização do direito mercantil, é traçado por Francesco Galgano, de acordo com o qual, em seu surgimento, tal princípio alterou as concepções então vigentes de autonomia privada, pertencentes à esfera do direito civil. Como esclarece o citado autor, "è stato recentemente dimostrato che alcuni dei principi del diritto delle obbligazioni cedono il posto ad altri principi nell'ambito di quello che viene definito il diritto dell'impresa. Il fenomeno, che costituisce l'ultima manifestazione di quella autonomia del diritto commerciale rispetto al diritto civile che la recente unificazione dei codici di diritto privato non è riuscita a soprimere, ha origini lontane. È noto, infatti, che, se il nome de diritto dell'impresa è di adozione recente, antica, invece, è la formazione d'un diritto proprio delle attività commerciali" (Galgano, 1960: 78). Quanto aos mecanismos de defesa do princípio majoritário e às limitações ao mesmo no sistema da *Common Law*, que muito tem influenciado os recentes desenvolvimentos de tais matérias no Brasil e em outros países dentro de uma certa tendência à uniformização internacional da legislação mercantil (Lamy Filho e Bulhões Pedreira, 1997:93 e ss.), merecem destaque as percutientes análises de Frank H. Easterbrook e Daniel R. Fischel (1991:63 e ss.) e Tom Hadden (1972:82 e ss.).

sociedade — que podem tentar defender interesses próprios ou meramente divergir dos sócios na interpretação dos problemas da empresa e nas vias escolhidas para a solução destes problemas — e os sócios, sendo de se ressaltar, porém, que, a rigor, o direito de decidir sobre as questões centrais da vida social deve caber sempre a estes últimos.

21. Os mesmos pressupostos válidos para a formação da vontade social nas sociedades anônimas valem para as sociedades por quotas, ressalvada a maior simplicidade que usualmente reveste as estruturas decisórias e executórias destas últimas (o que, porém, não chega a ser uma regra).

Assim, também nas sociedades por quotas o poder decisório cabe prevalentemente aos quotistas reunidos em Assembleia Geral, valendo o princípio majoritário para a tomada de decisões. Aliás, merece destaque o fato de que a capacidade decisória dos quotistas é fortalecida, em detrimento de qualquer outra instância de poder social, pela própria proximidade existente entre as sociedades por quotas e as sociedades de pessoas.

Parece-nos então que, a despeito das diferenças estruturais existentes entre as sociedades anônimas e as sociedades por quotas, impõe-se também no campo da tutela da veracidade e legitimidade das decisões assembleares, a utilização de garantias comuns para os dois tipos societários.

IX — CONCLUSÕES

22. Em resumo, temos que:

(i) as sociedades por quotas, tipo misto e de grande flexibilidade no direito brasileiro, são largamente utilizadas na prática comercial, não se restringindo apenas às atividades de menor vulto econômico, sendo regradas subsidiariamente e no quanto lhes seja aplicável pela Lei 6.404/76;

(ii) as tendências atuais de concentração empresarial, em especial por meio dos chamados "grupos de fato", exigem uma

disciplina legal que as regulamente, garantindo a subsistência dos princípios sobre os quais se estabelecem as relações econômicas em sociedade e da certeza e segurança necessárias para o pleno desenvolvimento das mesmas, sendo tal disciplina fornecida, no presente momento, pela Lei 6.404/76; e

(iii) os riscos de malefícios decorrentes da concentração econômica, incidentes, em princípio, sobre as minorias societárias, os credores e consumidores de modo geral, manifestam-se também e talvez até com maior frequência nas sociedades por quotas, dadas as suas peculiaridades estruturais (uma maior maleabilidade formal e menores controles externos e internos a que se submetem tais sociedades, por exemplo) e a sua já referida utilização maciça na prática negocial.

23. Vai daí que a vedação às participações cruzadas responde a necessidades não apenas das sociedades anônimas, mas também das sociedades por quotas, devendo ser aplicada também aos grupos formados por estas últimas, em linhas gerais e tomando em conta as diferenças estruturais eventualmente existentes (parece-nos, por exemplo, que a norma constante do § 5º do art. 244 não é de todo aplicável, visto que fala em *relatórios e demonstrações financeiras*), a despeito mesmo da formulação aparentemente restritiva do art. 244 da Lei das S.A.

X — BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ QUELQUEJEU, Luis Camilo, *La Sociedad de Responsabilidad Limitada como Instrumento de la Concentración de Empresas*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1958.

ASCARELLI, Tullio, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1969.

_____. *Sociedades e Asociaciones Comerciales*, Buenos Aires, Ediar S.A. Editores, 1947.

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder, "Os Grupos Societários na Nova Lei de Sociedades por Ações", in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978.

EASTERBROOK, Frank H. e FISCHER, Daniel R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

ENGRÁCIA ANTUNES, José A., *Os Grupos de Sociedades — Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, Coimbra, Almedina, 1993.

GALGANO, Francesco, *Diritto Privato*, Padova, CEDAM, 1981.

_____. *Il Principio di Maggioranza nelle Società Personali*, Padova, CEDAM, 1960.

GOMES, Orlando, "Subsídios para a Interpretação da Nova Lei das Sociedades Anônimas", in *Direito Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1977.

HADDEN, Tom, *Company Law and Capitalism*, Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1972.

JOAQUIM DA COSTA, Philomeno, *Operações da Anônima com as Ações do seu Capital*, São Paulo, Tese, 1965.

LACERDA TEIXEIRA, Egberto, *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*, São Paulo, Max Limonad, 1956.

LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz, *A Lei das S.A. — Pressupostos, elaboração, modificações*, v. 1, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

MARCONDES, Sylvio, "Direito Mercantil e Atividade Negocial no Projeto de Código Civil", in *Questões de Direito Mercantil*, São Paulo, Saraiva, 1977.

MEIRELES, Isabel, *Os Novos Institutos Societários de Direito Comunitário*, Porto, Elcla Editora, 1992.

RENNER, Karl, *Gli Istituti del Diritto Privato e la loro Funzione Sociale*, Bologna, Il Mulino, 1981.

SALANDRA, Vittorio, *Il Diritto delle Unioni di Imprese (Consorzi e Gruppi)*, Padova, CEDAM, 1934.

TAVARES BORBA, José Edvaldo, *Direito Societário*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos Editora, 1997.