

**GUILHERME SETOGUTI J. PEREIRA**

**IMPUGNAÇÃO DE  
DELIBERAÇÕES DE  
ASSEMBLEIA DAS S/A**

Negócio jurídico bilateral (contrato) ela nunca será porque lhe faltam os dois principais elementos essenciais desses atos jurídicos: (i) concurso de vontades de partes diversas (e não sujeitos diversos) e (ii) consenso. Ela será sempre negócio jurídico unilateral, pois fruto da declaração de uma única parte: a sociedade. Por fim, não se trata de negócio jurídico simples, pois não é formada pela declaração de um só agente ou vários agentes constituídos em partes contrapostas; trata-se de negócio complexo, resultante de várias vontades paralelas, que se unem e que são emitidas por sujeitos de uma mesma parte – a sociedade –, regidas pelo princípio majoritário.

## 5. VÍCIOS DOS ATOS JURÍDICOS EM GERAL

Embora o regime de invalidades do direito societário seja autônomo e distancie-se do regime das nulidades do direito civil (v. item 7 a seguir), aquele emana deste<sup>100</sup> e, assim, nosso estudo deve partir deste.

Não existe uniformidade quanto à classificação dos vícios dos atos jurídicos,<sup>101</sup> mas é possível traçar, com certa segurança, os elementos comuns às várias teorias sobre o assunto. *Existente* é o ato que ostenta todos os *elementos nucleares* que *juridicamente* o constituem como tal. Além de existir no mundo fático – pois seria um contrassenso falar-se de um não ato –, existe também no mundo jurídico. Se estão presentes todos os elementos nucleares mas o ato é inquinado por outro vício, o suporte fático concretiza-se no mundo jurídico, porém de forma deficiente: ele existe, mas pode ser inválido ou ineficaz.<sup>102</sup>

judiciais e os órgãos de administração das sociedades por ações, como a assembleia geral e o conselho de administração (cf. *Teoria general...*, n. 38, p. 224).

100 Cf. Angeles Alcalá Diaz, *La impugnación...*, p. 78.

101 Para se ter uma ideia, Caio Mário da Silva Pereira chega a afirmar que “a matéria é muito obscura, carece de boa exposição dogmática, e alimenta acentuada desarmonia entre os escritores, não somente no que se refere à fixação dos conceitos, como ainda no que diz respeito à terminologia, que é algo desencontrada e imprecisa” (cf. *Instituições...*, v. I, p. 537). Da mesma forma Antônio Junqueira de Azevedo, para quem a doutrina vem há muito fazendo alusão a negócios inexistentes, inválidos e ineficazes, mas “não se tem conseguido fixar, com precisão, em que cada situação se distingue da outra”. Ainda de acordo com o eminente civilista, a teoria das nulidades é reconhecida pela doutrina como das mais difíceis do direito, a ponto de “Sobre ela, pode-se dizer, sem *blague*, que o único ponto em que todos estão de acordo é que não há acordo a seu respeito” (cf. *Negócio jurídico...*, p. 25). Veja-se a resenha da doutrina feita por Junqueira de Azevedo, que demonstra o caos não só terminológico/conceitual como também classificatório que impera na doutrina das invalidades dos atos jurídicos (pp. 27/29).

102 Cf. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico – plano da validade*, pp. 41/42. O autor cita como exemplo o contrato de compra e venda, que possui como elementos nucleares o acordo de vontades, o objeto (a coisa) e o preço. Faltando algum desses elementos, o contrato será inexistente; mas estando todos eles presentes, pode ser que incida algum vício sobre eles, como, por exemplo, o acordo de vontades não seja manifestado por pessoas capazes, o objeto seja impossível ou o preço seja fixado em moeda que não a nacional. Nesses casos, em decorrência da deficiência em elemento nuclear o ato é inválido (p. 42, nota 17).

*Válido* é o ato perfeito, isto é, de acordo com os *requisitos* do suporte fático previsto pela norma que o prevê ou que, embora em desacordo com essa moldura, possua defeitos que o sistema repete irrelevantes a ponto de não lhe impor sanções como a ausência de eficácia.<sup>103</sup> *Eficaz*, por fim, é o ato que possui todos os *fatores* necessários para produzir os efeitos a que se destina.<sup>104</sup>

*Invalidade* é a sanção imposta ao ato que, embora existente, foi praticado em desobediência aos seus requisitos legais, isto é, que não possui os requisitos necessários para a sua configuração objetiva.<sup>105</sup> A validade do ato, portanto, depende de sua sujeição às exigências legais, variando o grau da sanção de ineficácia proporcionalmente à relevância que o ordenamento atribui aos requisitos desatendidos. Em regra, um ato válido será também eficaz e, um inválido, ineficaz.

Em uma acepção lata, *ineficácia* é empregada para todos os casos em que o ato jurídico não produz efeitos e, portanto, trata-se de gênero do qual invalidade é espécie, pois o ato inválido, em regra, será inapto a produzir os efeitos a que se destina. Em uma acepção estrita, ineficácia se opõe a invalidade e diz respeito ao ato que, embora possua todos os seus elementos essenciais – isto é, seja válido –, não produz efeitos por conta de algum *elemento externo*, como o não implemento de termo ou de condição.<sup>106</sup> Nessa última perspectiva, existem quatro categorias de atos viciados, em uma escala crescente de ineficácia:<sup>107</sup> ineficazes *stricto sensu*, anuláveis, nulos e inexistentes.<sup>108</sup>

103 Cf. Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato...*, p. 34. No sistema do Código Civil, o negócio jurídico é válido desde que preencha certos requisitos relacionados à pessoa do agente, ao objeto da relação e à forma da emissão de vontade. O art. 104 do CC alude a agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma adequada.

104 Essa é a classificação de Antônio Junqueira de Azevedo, que faz menção a *elementos* de existência, *requisitos* de validade e *fatores* de eficácia (cf. *Negócio jurídico*, p. 30).

105 Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. IV, n. 362, p. 28; Zeno Veloso, *Invalidade do negócio jurídico – nulidade e anulabilidade*, n. 25, p. 146; e José de Oliveira Ascensão, *Direito civil: parte geral*, v. II, n. 204, p. 314.

106 Cf. Orlando Gomes, *Introdução...*, n. 276, p. 471. Também atrelando a invalidade a uma circunstância *interna* e a ineficácia a uma circunstância *externa*, v. Mario Vaselli, *Deliberazioni nulle...*, cap. III, n. 2, pp. 27/28.

107 Antonio Junqueira de Azevedo criticou essa classificação, que coloca os atos inexistentes e ineficaz ao lado do nulo e do anulável: “Não é lógico que se continue a colocar, ao lado do nulo e do anulável, o negócio dito inexistente, como se tratasse de um *tertium genus* de invalidade. Não há uma graduação de invalidade entre o ato inexistente, o nulo e o anulável. Ao negócio inexistente opõe-se o ato existente (este é que pode ser nulo, anulável, ou válido). A dicotomia ‘negócio existente – negócio inexistente’, de um lado, e a tricotomia ‘negócio válido – negócio nulo – negócio anulável’, de outro, estão em *planos diferentes*. (...) Da mesma forma, o negócio ineficaz em sentido estrito também não é, ao lado do nulo e do anulável, um *tertium genus* (ou *quartum genus*, para os que admitem também a inexistência). Ao negócio ineficaz se opõe o negócio eficaz” (cf. *Negócio jurídico...*, cap. 2, n. 5, p. 63).

108 O Código Civil de 2002, assim como já o fazia o Código Civil de 1916, adotou os termos nulidade e anulabilidade, abandonando a antiga divisão da nulidade em absoluta e relativa, que fora acolhida

A *ineficácia stricto sensu* aplica-se ao ato para o qual, embora válido, não concorre algum elemento que lhe é alheio e do qual dependem os seus efeitos.<sup>109</sup> Já a *inexistência* – categoria originalmente concebida para fundamentar a ineficácia absoluta de atos praticados no âmbito do direito de família, como, por exemplo, o casamento de pessoas do mesmo sexo,<sup>110</sup> quando este ainda era repellido – está ligada à falta de elemento essencial do ato, sem o qual este sequer se perfaz juridicamente. O ato foi praticado e existe faticamente, mas não possui existência jurídica.<sup>111</sup> Trata-se de categoria polêmica e que até hoje não é completamente aceita pela doutrina.<sup>112</sup>

Invalidez é considerada gênero do qual nulidade e anulabilidade são espécies.<sup>113,114</sup> Essa posição é adotada pelo Código Civil, que intitula o Capítulo V do Título I do Livro III da Parte Geral com a frase “Da invalidade do negócio jurídico” e distingue, nos artigos nele contidos, nulidade de anulabilidade (arts. 166/184).

pelo Regulamento n. 737/1850.

- 109 Cf. Angeles Alcalá Diaz, *La impugnación...*, pp. 78/79. No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira conceitua ineficácia *stricto sensu* como “a recusa de efeitos quando, observados embora os requisitos legais, intercorrer obstáculo extrínseco, que impede se complete o ciclo de perfeição do ato” (cf. *Instituições...*, v. I, p. 539).
- 110 De acordo com Roque Komatsu, a noção de ato inexistente teria surgido no começo do século XIX, no campo do direito matrimonial francês, quando, em razão de vigorar regra de que não há nulidade sem expressa cominação legal, forjou-se uma saída jurídica para tornar ineficazes certos casamentos que feririam a moral da época, como, por exemplo, aqueles entre pessoas do mesmo sexo (cf. *Da invalidade no processo civil*, pp. 154/157).
- 111 Diferentemente do ato nulo, que “reúne os elementos necessários à sua constituição, mas apresenta defeito que a lei considera bastante grave para lhe recusar validade”, o ato inexistente sequer chega a se formar, “porque lhe falta requisito indispensável à sua existência jurídica” (cf. Orlando Gomes, *Introdução...*, n. 275, p. 469). Para uma análise da categoria da inexistência e da sua evolução histórica, não apenas no direito processual, é consultada obrigatória a obra *La sentenza civile inesistente*, de Chiara Besso. V., ainda, o nosso É possível a chamada relativização da coisa julgada?, n. 5, p. 62, onde analisamos a doutrina que tratou do assunto.
- 112 No direito processual, apontou Flávio Yarshell que “a doutrina é consideravelmente incerta a propósito do tema e, de forma não pouco frequente, a referência à categoria peca pela falta de critérios objetivos e envereda para o casuismo” (cf. *Ação rescisória – juízo rescindente e rescisório*, n. 78, p. 24 1). Ainda sobre o tema, v. a resenha doutrinária sucinta mas elucidativa feita por Eduardo Talamini (cf. *Cóisa julgada e sua revisão*, n. 5.4, pp. 294 e ss.).
- 113 Cf. Pontes de Miranda, *Tratado...*, t. IV, n. 362, p. 29; Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico – plano da validade*, p. 35, nota 4; Zeno Veloso, *Invalidez...*, n. 14, pp. 26/29; e José de Oliveira Ascensão, *Direito civil...*, n. 205, p. 315.
- 114 Nulidade é o termo utilizado nos mais variados ordenamentos (nullité, nulità, nichtigkeit etc.). Já o termo anulabilidade sofre variações. No direito italiano se diz *anulabilidade*, ao passo em que no francês se prefere a denominação *nulidade relativa* e no alemão *impugnável* (cf. Angeles Alcalá Diaz, *La impugnación...*, p. 78). No Brasil, utilizam-se os termos *nulidade e anulabilidade e*, em menor grau, *nulidade absoluta e nulidade relativa*. Na doutrina francesa, como aponta Heitor Sica, prefere-se falar em nulidades absolutas e relativas (cf. “Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no novo Código Civil e no direito processual civil”, in *Impactos processuais do direito civil* (coord. Cassio Scarpinella Bueno), p. 184).

A *nulidade* é a sanção imposta ao ato *contra legem*, isto é, àquele que infringe uma proibição que, embora não necessariamente legal, tutela um interesse público ou que suplanta a esfera das partes envolvidas. Costuma-se atrelá-la ao desrespeito à ordem pública, ao interesse geral, à moral e aos bons costumes<sup>115-116-117</sup> – por mais fluidos que sejam tais conceitos. O regime da nulidade caracteriza-se, por isso, afirma a doutrina tradicional, por demandas cujo exercício não é submetido a prazos e legitimidades específicas, na medida em que há um interesse geral na identificação dos vícios. Para essa espécie de vício vigoram os seguintes preceitos: (i) a nulidade se opera de pleno direito; (ii) a nulidade pode ser invocada por qualquer interessado, pelo Ministério Público e até de ofício pelo juiz (CC, art. 168); e (iii) o negócio nulo não é passível de confirmação e, em regra, não convalesce pelo decurso do tempo (CC, art. 169).<sup>118</sup> Ademais, diferentemente do anulável, o ato nulo não pode ser ratificado (CC, arts. 169 e 172): se as partes querem obter os efeitos jurídicos que pretenderam com o ato devem praticá-lo novamente. Nessa hipótese, haverá o perfazimento do ato – não a sua ratificação –, e os efeitos derivarão do segundo.<sup>119</sup>

Já a *anulabilidade* é a sanção à violação a normas ditadas em proteção de interesses de pessoas ou grupos específicos. Existe imperfeição não tão grave que a lei franqueia ao interessado a opção entre pleitear o reconhecimento de sua ineficácia ou deixar que seus efeitos transcorram normalmente, conva-

- 115 Cf. Enneccurus-Kipp-Wolff, *Tratado...*, t. I, v. II, n. 189, pp. 354 e seguintes; Von Tuhr, *Derecho civil*, v. II, n. 55, pp. 247 e seguintes; Zeno Veloso, *Invalidez...*, n. 16, p. 35; e Mario Vaselli, *Deliberazioni nulle...*, cap. III, n. 5, p. 31. Caio Mário da Silva Pereira apontou que o legislador brasileiro desprezou o critério do *prejuízo*, desconsiderando o velho princípio francês de que *non há nulidade sem prejuízo* (“pas de nullité sans grief”). Preferiu o legislador pátrio o princípio do *respeito à ordem pública*, assentando a nulidade na infração de normas que contenham esse caráter (cf. *Instituições...*, v. I, p. 540).
- 116 Não se deve confundir a associação entre nulidade e violação ao interesse geral com a violação a uma norma cogente ou imperativa. Pode haver violação a uma norma dessa espécie sem que haja nulidade. O critério é o *interesse tutelado*. Nesse sentido é a seguinte passagem de Antígono Donati: “non tutte le violazioni di norme cogenti (proibitive) danno luogo a nullità, ma quelle soltanto delle norme proibitive poste nell’interesse generale” (Cf. *L’invalidità...*, n. 24, p. 99).
- 117 Há, contudo, quem defenda a divisão da nulidade em absoluta e relativa: embora a nulidade seja tipicamente entendida como aquela em que está em jogo um interesse geral, e não particular, “examinando algumas figuras básicas de nulidade, verificamos que há um interesse particular que é contemplado em primeira linha”. Exemplo disso seria, no direito português, a simulação: embora o ato simulado seja nulo por expressa disposição legal, a anulação do ato simulado tutela, antes de tudo, os particulares interessados. Por isso que “a nulidade relativa é assim aquela em que não há prioritariamente um sujeito que é tutelado; na nulidade absoluta pode pelo contrário haver vários interessados particulares, mas a tutela é em primeira linha de um interesse geral”. Por conta dessa subdivisão, fica de certa forma afetada a distinção entre nulidade e anulabilidade (cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito civil...*, nn. 207/209, pp. 318/319 e 322/323).
- 118 No sistema do Código Civil, ato nulo é, alternativamente, o praticado por pessoa absolutamente incapaz, que possui objeto ilícito, impossível ou indeterminável, que desrespeita a forma cominada para a sua prática ou que é simulado (CC, arts. 166/167).
- 119 Cf. Silvio Venosa, *Direito civil*, v. I, p. 594.

lidando-se pelo decurso do tempo.<sup>120</sup> De tal sorte, as medidas judiciais destinadas ao reconhecimento do vício em regra sujeitam-se a prazos decadenciais breves e só podem ser adotadas pelos sujeitos a favor de quem as normas foram estabelecidas.<sup>121</sup> Só os interessados podem alegar a anulabilidade, não cabendo iniciativa do Ministério Público e tampouco pronúncia de ofício (CC, art. 177). O ato anulável, ainda, pode ser confirmado (CC, art. 172) e é sanado pelo decurso do tempo.

Uma das distinções entre o ato nulo e o anulável, como visto, é que, *ab initio* e de pleno direito, aquele não produz os efeitos a que se destina (*quod nullum est, nullum producit effectum*),<sup>122</sup> ao passo em que o segundo produz efeitos provisórios que, se não impugnados adequada e tempestivamente, transmudam-se em definitivos. Em razão disso, para alguns autores o decreto judicial da nulidade gera efeitos *ex tunc*, pois apenas limitar-se-ia a declarar um estado jurídico que, desde o momento em que constituído o ato viciado, já era marcado pela ineficácia, ao passo em que a pronúncia sobre a anulabilidade geraria efeitos *ex nunc*, pois os seus efeitos provisórios foram produzidos e só são extirpados do mundo jurídico a partir do momento em que sobrevenha uma mudança na ordem jurídica.

Em suma, de acordo com a doutrina analisada, no regime geral do direito privado a principal diferença entre nulidade e anulabilidade é que aquela está a serviço do “interesse social” – por mais que esse conceito indeterminado seja, repita-se, fluido e difícil de ser definido – e esta diz respeito a interesses privados. Em decorrência disso, possui legitimidade para suscitar a nulidade qualquer interessado ou o Ministério Público, e, pelos mesmos motivos, ela deve ser pronunciada de ofício. A anulabilidade depende de alegação de interessados e deve ser necessariamente decretada por provimento judicial, ao passo em que a nulidade opera-se de pleno direito e não requer decisão judi-

120 Existem três formas pelas quais convalida-se o ato anulável: decurso do tempo, que extingue o direito à anulação (decadência); confirmação (CC, arts. 172 e 173); e suprimento da autorização, nas hipóteses em que a ausência desta torna o ato anulável (CC, art. 176) (cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições...*, v. I, pp. 546/548). Mais genericamente, Silvio Venosa alude apenas ao decurso do tempo e à ratificação (cf. *Direito civil*, v. I, p. 601). E, de fato, a terceira hipótese indicada pelo primeiro autor é particular a alguns vícios.

121 Cf. Angeles Alcalá Diaz, *La impugnación...*, pp. 80 e 82; e José de Oliveira Ascensão, *Direito civil...*, n. 206, p. 316. Também atrelando a nulidade ao interesse social e a anulabilidade ao privado, Silvio Venosa, *Direito civil*, v. I, pp. 588 e 591: “Devemos ter em mente que a nulidade repousa sempre em causas de ordem pública, enquanto a anulabilidade tem em vista mais acentuadamente o interesse privado”. Da mesma forma Orlando Gomes, *Introdução...*, n. 279, p. 474.

122 De acordo com Zeno Veloso, “normalmente, como regra geral, o negócio nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos” (cf. *Invalidez...*, n. 25, p. 146). Sobre o assunto, v., ainda, Coviello, *Doctrina general...*, n. 106, p. 359; José de Oliveira Ascensão, *Direito civil...*, nn. 205/206, pp. 316/317; e Hörster, *A Parte Geral...*, n. 347, p. 212.

cial. O que justifica a necessidade de pronunciamento sobre a nulidade é a insegurança que a dúvida sobre a validade do ato gera. Os atos anuláveis podem ser ratificados (ou confirmados, para usar a terminologia do Código Civil), ao contrário dos nulos.

De toda forma, deve ser considerada a afirmação de Marcos Bernardes de Mello de que não é possível falar, rigorosamente, em *características da nulidade*, na medida em que as características que a ela são comumente imputadas (imprescritibilidade, alegabilidade por qualquer interessado, ineficácia do ato etc.) não são encontradas em todos os atos nulos. Isso porque os sistemas jurídicos, procurando atender a situações especiais e particulares, criam exceções que impedem sejam feitos enunciados genéricos.<sup>123</sup>

## 6. VÍCIOS DO CONCLAVE, DO VOTO E DA DELIBERAÇÃO

O art. 286 da LSA dispõe que “a ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”,<sup>124</sup> ao passo que o § 4º do

123 Cf. *Teoria do fato jurídico - plano da validade*, n. 65, p. 261: “Por isso é necessário destacar, bem claramente, que nenhuma daquelas características integra essencialmente, de modo absoluto, o conceito de nulidade, em face das exceções. Dai não ser cientificamente correto afirmar-se que sejam características essenciais da nulidade, mas, sim, que em geral lhe são pertinentes”.

124 Embora o referido dispositivo – no que é seguido por quase toda a doutrina – aluda a um prazo *prescricional*, trata-se, na verdade, de prazo *decadencial*. Com efeito, em tese de cátedra para a cadeira de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Câmara Leal bem explicou que, embora haja semelhanças entre decadência e prescrição (ambas são causas extintivas, baseiam-se na inércia do titular do direito e têm o tempo como fator operante), são institutos diversos por basicamente três fatores. O primeiro é que a decadência extingue o direito, ao passo em que a prescrição extingue a ação. O segundo traço distintivo é que o prazo decadencial nasce no mesmo momento em que surge o direito, ao passo em que a prescrição pressupõe um direito já existente e só passa a correr quando este é ameaçado ou violado, “porque nesse momento é que nasce a ação, contra a qual a prescrição se dirige”. O terceiro e último traço de diferenciação diz respeito à natureza do direito violado: a decadência opera-se sobre um direito que, “embora nascido, não se tornou efetivo pela falta de exercício”, enquanto que a prescrição “supõe um direito nascido e efetivo, mas que pereceu pela falta de proteção pela ação, contra a violação sofrida” (cf. *Da prescrição e da decadência*, nn. 72 e 318/323, pp. 100/102 e 397/401). No mesmo sentido, Agnelo Amorim Filho afirmou que, como os direitos potestativos (dando o exemplo o direito à anulação do contrato) são direitos *sem pretensão ou sem prestação*, “só as ações condenatórias podem prescrever”. Prosseguindo, concluiu que “os potestativos são os únicos direitos que podem estar subordinados a prazos de decadência, uma vez que o objeto e efeito desta é, precisamente, a extinção dos direitos não exercitados dentro dos prazos fixados”. E arrematou, ao aludir à “manifesta impropriedade da expressão *ações imprescritíveis*” para designar as ações constitutivas não sujeitas à decadência, defendendo que se utilize a locução *ações perpétuas* em substituição àquela expressão (cf. “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, *RT*, v. 744, pp. 735/736, 738 e 746/747). Firmados estes critérios, parece ser evidente que o prazo firmado no art. 286 da LSA é decadencial, pois o direito à impugnação da deliberação só surge a partir do momento em que ela própria surge, isto é, a partir do momento em que o ato é praticado, e, portanto, o prazo para o exercício do direito de

art. 115 da LSA preceitua que "a deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável". Logo se vê que o legislador misturou três espécies diferentes de vícios: (i) do conclave (irregularidades relativas ao procedimento assemblear, como de convocação e instalação); (ii) da deliberação (irregularidades materiais, de infração à lei ou ao estatuto social); e (iii) do voto (irregularidades nas manifestações de vontade individuais dos sócios). Não obstante tenha havido essa confusão, não só esses defeitos são diversos como importam em consequências e disciplinas diversas, como, por exemplo, a legitimidade *ad causam* para a impugnação.<sup>125</sup>

Quando se tratar de *vício do conclave*, isto é, que diga respeito à própria assembleia, todas as deliberações nela tomadas também serão maculadas, pois há relação de prejudicialidade: se a deliberação resulta da convergência de vontades manifestadas em uma reunião procedimental, viciado esse procedimento igualmente viciado será, por *via de estrita consequência*, como anotou Comparato, o seu resultado.<sup>126</sup> Os vícios dessa espécie mais comuns são os que resultam de desrespeito às formalidades estabelecidas para a convocação e instalação da

ação começa a correr no mesmo momento em que surgiu o direito que vai embasar o pedido de tutela jurisdicional. Como reforço do ora defendido, ressalte-se ainda que Câmara Leal arrolava entre decadenciais o prazo de a minoria anular a modificação do estatuto social das fundações (nn. 291/292, pp. 374/375). Para uma análise de teorias que procuram diferenciar os dois institutos, v. Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, v. I, n. 405, pp. 563/566. Diga-se, por fim, que também Erasmo Valladolid França afirmou tratar-se de prazo decadencial (cf. *Invalidez...*, n. 16, p. 71, nota 9).

125 Ascarelli atentou para que o fato de que o art. 156 do Decreto n. 2.627/40 - cuja redação foi praticamente replicada pelo art. 286 da LSA - disciplinava diferentes tipos de vícios (cf. "Vícios das deliberações...", nn. 2 e 3, pp. 371 e 382/385). No mesmo sentido, v. Comparato, "Da imprescritibilidade...", p. 218; Erasmo Valladolid França, "Ilegitimidade de parte...", p. 387; *Invalidez...*, p. 85 e "Invalidez de deliberações conexas da companhia", in *Temas...*, nn. 2/3, pp. 409/410; e Erasmo Valladolid França e Marcelo von Adamek, "Algumas notas sobre o exercício abusivo da ação de invalidação de deliberação assemblear", in Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira (coords.), *Processo societário*, p. 157, nota 2. Renato Ventura Ribeiro corrobora essa classificação (cf. *Direito de voto nas sociedades anônimas*, p. 261). Diferenciando os vícios na convocação e na instalação e os vícios das deliberações, Modesto Carvalhosa anota que os primeiros dizem respeito a "formalidades preliminares, necessárias e suficientes à instalação e deliberação das assembleias gerais", ao passo em que os últimos referem-se ao "mérito dessas deliberações". Os primeiros vícios dizem respeito ao procedimento e os segundos ao conteúdo (cf. *Comentários...*, 4º v., t. II, p. 480). Também evidenciando a distinção entre vícios do voto ou da deliberação, Pontes de Miranda anotou que "a nulidade pode resultar da manifestação de vontade de um, ou do órgão" (cf. *Tratado de direito privado*, t. 50, n. 5.322, p. 282).

126 O referido autor atenta para "a necessidade lógica de se distinguirem as deliberações das reuniões ou assembleias durante as quais elas são tomadas", pois "a reunião aparece como o *quadro jurídico*, que constitui o pressuposto necessário (*condicionio juris*) à validade e eficácia das deliberações". E completa: "Nula uma reunião (por falta de regular convocação, p. ex.), nulas são, por via de estrita consequência, todas as deliberações nelas tomadas" (cf. "Eleição de diretores em companhia aberta. Validade e eficácia de reuniões do conselho de administração de sociedade anônima. 'Quorum' deliberativo em assembleias gerais de companhia aberta", in *Direito empresarial*, n. 11, pp. 189/190). No mesmo sentido, Erasmo Valladolid França, *Invalidez...*, n. 19.1., p. 88; e Modesto Carvalhosa, *Comentários...*, v. 4, t. II, p. 488. Colhe-se o entendimento também na jurisprudência: "se a assembleia realizada estava inquinada de nulidade, todos os atos por ela aprovados são nulos, pois o que é nuclearmente nulo, resulta sem possibilidade de repercussões efetivas, sendo de

assembleia (LSA, arts. 123/125), mas Erasmo Valladolid França confere outros exemplos: desrespeito à ordem do dia (LSA, art. 124, *caput*); recusa de participação ao acionista ou a seu representante (LSA, art. 126, §§ 1º e 4º); inexistência de quórum legal ou estatutário de deliberações (LSA, arts. 129 e 136); falta de lavratura da ata; ausência de prévia publicação de documentos da administração (LSA, art. 133); desrespeito ao procedimento e aos demais requisitos firmados no art. 134 da LSA.<sup>127</sup>

Quando houver *vício de voto*, a deliberação só será afetada se, excluído o cômputo desse voto, for alterada a maioria que a lei exige. A deliberação será válida, portanto, desde que os votos válidos sejam suficientes para mantê-la.<sup>128</sup> Exemplos de vícios que maculem os votos: incapacidade; vício de consentimento (erro, dolo, simulação); voto em conflito de interesses (LSA, art. 115, § 1º); voto de administrador a respeito dos documentos listados no art. 133 da LSA (LSA, art. 134, § 1º); e voto do acionista que, na fusão, pronuncia-se sobre o laudo de avaliação do patrimônio líquido de sociedade de que faz parte (LSA, art. 228, § 2º).

Há quem discorde dessa diferenciação, defendendo que todos os vícios previstos pelo art. 286 da LSA são da deliberação, sob o argumento de que esta é um ato complexo ou procedimental, isto é, um ato final resultando de vários outros atos intermediários e autônomos, praticados ao longo de um *iter* procedimental.<sup>129</sup> Referida discordância não procede, porém. O voto é uma declaração de vontade do acionista, ao passo em que a deliberação resulta dos votos manifestados na assembleia, que, por sua vez, é, ao mesmo tempo, uma

antiga sabença que *quod nullum est non producit effectus*" (TJSP, Apelação 144.160-1/4, Rel. Antonio Carlos Munhoz Soares, 2ª Câmara Civil, j. 10.03.1992).

127 Cf. *Invalidez...*, n. 19.1, pp. 91/97.

128 Cf. Ascarelli, "Vícios das deliberações...", n. 3, p. 385; Erasmo Valladolid França, *Invalidez...*, n. 19.3., pp. 113/114; e Nelson Eizirik, *A Lei das S/A comentada*, v. III, p. 597. É por isso, aliás, que Comparato escreveu que a decretação da ineficácia de votos proferidos em violação a acordo de acionistas "acarretará, por via de consequência, a ineficácia das deliberações tomadas em assembleia com aqueles votos, infirmando-se todos os atos ulteriores praticados pela companhia com base nelas" (cf. "Validade e eficácia de acordos de acionistas. Execução específica de suas obrigações", in *Novas ensaios e pareceres de direito empresarial*, p. 71). E mesmo que os votos viciados não interfiram no resultado do conclave, não se pode falar que o acionista não teria interesse na anulação, uma vez que referido interesse pode repousar na isenção de responsabilidade e no exercício de direitos como o de recesso (cf. Renato Ventura Ribeiro, *Direito de voto...*, p. 262). No direito português, Pinto Furtado chega a conclusão diversa, ao sustentar que se o voto não for essencial para a deliberação, "não seria ele impugnável em si mesmo". A isso o jurista lusitano chama de *prova de resistência*, "pois não faria sentido alimentar um contencioso judicial relativamente a um voto que, viciado embora, ao descontar-se à maioria por que foi aprovada a deliberação, apenas reduziria a dimensão do seu voto, sem a eliminar" (cf. *Deliberações...*, n. 96, p. 712). Também aludindo à *prova de resistência*, Menezes Cordeiro, *SA: assembleia geral...*, n. 104, p. 228. A jurisprudência também acolhe essa relação existente entre votos e deliberação: TJSP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Ap. 0007654-10.2010.8.26.0286, Rel. Romeu Ricupero, j. 07.02.2012.

129 Cf. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "Vícios...", p. 164.

reunião e um órgão da sociedade. São, pois, coisas diversas, cujos vícios importam em consequências igualmente diversas.

## 7. INVALIDADES NO DIREITO SOCIETÁRIO BRASILEIRO (LSA, ARTS. 115, § 4º E 286)

Como apontam autorizadas vozes, é necessária e existe – ainda que não em decorrência do direito posto brasileiro – uma disciplina própria das *invalidades no direito societário*, com caracteres diversos do regime das *invalidades do direito civil*,<sup>130</sup> marcada pelo *princípio da estabilidade dos atos* e que busca permitir a continuidade da atividade empresarial diante de defeitos nos processos de constituição das sociedades e de formação da vontade social.<sup>131</sup>

130 Em regra, são estudiosos de direito privado que chegam a essa conclusão, como Antigono Donati, que defendeu a abordagem do tema com a comunhão de princípios do direito privado, do direito administrativo e do direito processual (cf. *L'invalidità...*, n. 3, pp. 13/14). Nesse sentido, v., ainda, Erasmo Valladão França, *Invalidade...*, nn. 5 e 6, pp. 21/27, e "Anulação de assembleia de transformação de S/A", in *Temas...*, nn. 6/9, pp. 265/263; Andrea Pisani Massarmormile, "Invalidità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, v. 102, n. 1/3, pp. 55 e 57; Angeles Alcalá Díaz, *La impugnación...*, p. 106; Lobo Xavier, *Anulação...*, pp. 12/13; Francesco Terrusi, *L'invalidità...*, nn. 1.2 e 2.1, pp. 16 e 61/63; Waldirio Bulgarelli, "Anulação de assembleia geral de sociedade anônima", *RT*, v. 514, p. 60 e "Questão referente a livros societários e documentos relativos à presença e às deliberações das assembleias gerais", *RDM*, n. 114, p. 255; Carvalho de Mendonça, *Tratado...*, v. III, n. 1.002, pp. 372/374; Moitinho de Almeida, *Anulação...*, p. 1; Bulhões Pedreira, "Regime especial de invalidade dos atos societários", in *A Lei das S/A*, v. II, 697/699; Lamy Filho, "Mudança de objeto social e incorporação de subsidiária", in *A Lei das S/A*, pp. 545/546; José Edwaldo Tavares Borba, *Direito societário*, pp. 484/485 Modesto Carvalhosa, *Comentários...*, v. 4, t. II, pp. 475/476; Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "Vícios...", pp. 162/163; Nelson Eizirik, *A Lei das S/A...*, v. III, pp. 580/581 e 591; e Ricardo Tepedino, *Direito das companhias*, v. I, n. 261, p. 975. Mas também há processualistas que defendem a existência do regime especial de nulidades societárias: Corrado Ferri, "Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 59, n.1, p. 52; Ada Pellegrini Grinover, "Realização de assembleia sob o regime da execução provisória e posterior anulação", in Ernane Fidélis dos Santos e outros (coords.), *Execução civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*, p. 393; José Rogério Cruz e Tucci, "Impugnação judicial da deliberação de assembleia societária e projeções da coisa julgada", in Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira (coords.), *Processo societário*, p. 471; Luiz Fernando C. Pereira, *Medidas urgentes no direito societário*, p. 164; e Francesco Camelutti, "Eccesso di potere...", p. 176, embora esse último autor tenha tido produção doutrinária profícua também fora do direito processual. Esse entendimento ecoa na jurisprudência: STJ, REsp 35.230-0, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20.11.95; e STJ, REsp 1.046.497, Rel. João Otávio de Noronha, DJe 9.11.10. Ainda, reflexo da especialidade do regime de nulidades do direito societário, é a defesa da professora espanhola Sonia Calaza López de um regime especial de limites subjetivos da coisa julgada com base na necessidade de celeridade do tráfego processual (cf. *La cosa juzgada*, cap. IV, n. 7.1.3, p. 175).

131 De acordo com Andrea Pisani Massarmormile, esse princípio fundamenta-se nas necessidades de rapidez do tráfego mercantil, eficiência das organizações e governo eficaz das empresas (cf. "Invalidità delle...", pp. 57 e 64), o que é corroborado por Francesco Terrusi, *L'invalidità...*, n. 2.1., p. 63. De acordo com esse último autor, "la ragione della specialità del regime veniva correlata all'esigenza di garantire la stabilità degli atti societari, in considerazione del novero dei soggetti potenzialmente coinvolti: i soci, ma anche, sebbene indirettamente, i terzi" (cf. *L'invalidità...*, n. 2.1., pp. 61/62). Também aludindo a tal princípio, Erasmo Valladão França, "Apontamentos sobre a invalidade das deliberações conexas das companhias", in *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*, pp. 69 e seguintes.

Defende-se a existência de um regime que se afasta do regime comum de nulidades do direito civil – e, de fato, diferentes ramos apresentam diferentes disciplinas de nulidades<sup>132</sup> – e que é marcado por (i) maior tolerância às transgressões aos requisitos para a prática dos atos, (ii) relativização à regra de contaminação das nulidades,<sup>133</sup> (iii) prazos decadenciais mais curtos, (iv) limitação do rol de legitimados para demandas de impugnação e (v) preservação de efeitos. Exemplificativa disso é a afirmação de Waldemar Ferreira de que, mesmo portadora de *vício congênito* em seu ato constitutivo, a sociedade empresária, em especial a anônima, organiza-se e age no mundo jurídico como se regular fosse, na plenitude de sua capacidade de contrair deveres e adquirir direitos.<sup>134</sup>

À base desse pensamento está o dinamismo exigido pela vida societária,<sup>135</sup> incompatível com a insegurança e a instabilidade que o sistema tradicional de

132 Exemplo disso são as profundas diferenças existentes entre as nulidades processuais civis e as do direito civil, decorrentes principalmente do caráter privado deste e do caráter público daquele. O grande exemplo disso é que em processo não existem nulidades de pleno direito, uma vez que, conforme apontado por Dinamarco, fazendo referência ao direito processual civil, "não há nulidades de pleno direito em nosso campo, porque os atos do juiz são *provimentos*, atos estatais imperativos, repugnando ao sistema que possa o particular, mediante seu próprio juízo, refutar a eficácia do comando recebido" (cf. "Os institutos fundamentais do direito processual", *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, p. 246). Na mesma linha, ainda na vigência do CPC de 1939, Luís Eulálio de Bueno Vidigal já alertava para as diferenças entre os regimentos de nulidades do Código Civil e do Código de Processo Civil (cf. *Da ação rescisória dos julgados*, p. 25). De fato, é incorreta a transposição do regime de nulidades do direito civil para o direito processual civil, que não só pertence ao direito público como se trata de ramo autônomo do direito, com princípios, regras e diretrizes próprios. Nesse sentido, v. a crítica tecida por Roque Komatsu, *Da invalidade...*, pp. 26/28. Remete-se, ainda, a texto de Heitor Sica, em que o professor das Arcadas compara os sistemas de nulidades do CC de 2002 e do direito processual civil, inclusive afirmando que ainda que hoje se tenha consciência de que a divisão da ciência jurídica em "ramos" é fruto de uma conformação histórica distante e que possui valor menor do que já se pensou, é inegável que quando se analisam alguns assuntos, como a "teoria das nulidades", tal divisão apresenta-se inidúvida (cf. "Contribuição ao estudo...", pp.183/202).

133 Entende-se que, sendo anulada uma deliberação assemblear, não necessariamente devem ser reputados inválidos as deliberações e os atos praticados com base nela. Nesse sentido L. P. Moitinho de Almeida, que inclusive indica doutrina em sentido inverso (cf. *Anulação e suspensão...*, p. 15).

134 Cf. *Tratado...*, v. 4, n. 980, p. 632.

135 De fato, os modelos de "processos societários" de países da União Europeia apresentam em comum aspectos que estão diretamente relacionados com a necessidade de ser conferida resposta jurisdicional rápida, como sumarização procedimental, sumarização cognitiva e economia processual (cf. Remo Caponi, "La tutela sommaria nel processo societario in prospettiva europea", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 58, n. 4, p. 1.376). Sobre o processo societário italiano, v. Andrea Proto Pisani, "I lineamenti del nuovo processo societario", *Rivista di diritto civile*, v. 49, n. 5, pp. 547 e seguintes; Roberta Tiscini, "Il procedimento di cognizione nelle liti societarie", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 58, n. 1, pp. 261 e seguintes; Diego Volpino, "Cognizione e decisione nel procedimento societario", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 61, n. 1, pp. 67 e seguintes; Giuseppe Tarzia, "Interrogativi sul nuovo processo societario", *Rivista di diritto processuale*, v. 58, n. 3, pp. 641 e seguintes; Sergio Menchini, "Il giudizio sommario per le controversie societarie, finanziarie e bancarie", in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, t. II, pp. 1.767 e seguintes; e Bruno Sassani, "Sulla riforma del processo societario", in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, t. II, pp. 1.811 e seguintes.

invalidades propicia,<sup>136</sup> ou, como disse Galgano, a exigência de eficiência do aparato produtivo e de expansão econômica.<sup>137</sup> Além disso, como para as sociedades por ações vige a *regra de livre transferência das ações*,<sup>138</sup> já que típicas sociedades de capitais,<sup>139</sup> as suas deliberações afetam não só um quadro social

136 Como apontou Ada Pellegrini Grinover, "a aplicação ao direito das sociedades dos princípios da nulidade clássica ou civil pode, sem maiores cautelas, produzir efeitos certamente indesejáveis. Nesse ramo específico, em nome da preservação da dinâmica da vida empresarial, constata-se uma certa e justificada tolerância com transgressões talvez impensáveis para um civilista, mas que são próprias e necessárias para a efetividade e utilidade do direito comercial. O processo, como instrumento que é, deve estar pronto a aceitar e implementar essas diferenças, tornando-se igualmente mais flexível e dinâmico" (cf. "Realização de assembleia...", p. 393). Chamando a atenção para o descompasso entre as regras societárias e as processuais, José Alexandre Tavares Guerreiro, ao tratar do art. 118, § 3º da LSA, escreveu: "A complexidade processual inerente à consecução do objetivo desejado pelo legislador de 1976 revela o descompasso entre a lei acionária e o ordenamento processual, a sugerir e recomendar, além de esforços da doutrina e da jurisprudência, providências legislativas capazes de colocar em consonância os preceitos da lei do anonimato e as disposições de ordem processual destinadas a torná-los efetivos, numa perspectiva de praticidade e objetividade" (cf. "Execução específica do acordo de acionistas", *RDAI*, v. 41, 1981, p. 68). A necessidade de um regime especial de nulidades no direito societário foi bem resumida em conhecida e ácida crítica que Carvalho de Mendonça dirigiu ao sistema de nulidades da constituição de sociedades: "O systema legal quanto à nulidade da constituição das sociedades anonyms não resiste à mais benigna censura. Derramaram-se profusamente os casos de nulidade para afungentar a fraude. A preocupação tornou-se obsecção. (...) A sociedade exerce a sua actividade e explora o seu objecto por longos annos. Celebra contractos que tiveram execução, cria relações jurídicas; de repente se vê ameaçada pela acção de nulidade. Anima-se o appetite dos deshonestos; dá-se foros de cidade à profissão indecorosa de demandista. O portador de uma acção que seja, sem ter soffrido prejuizo directo, desacredita a mais forte sociedade com a demanda perversa, baseada, não raro, em futilidades, como esta: 'eu não assignei os estatutos, não obstante ter participado da assemblea constituinte, que os approvou, ter recebido dividendos e vendido com agio as acções que subscrevi. Comprei-as de novo na baixa e pretendo annullar a sociedade!' (...) A nulidade resolve-se na dissolução da sociedade e responsabilidade dos fundadores. Todos os actos praticados pela sociedade não deviam ter, em rigor, existencia jurídica, porque foram praticados por quem não existia; torcem-se, porém, todas as consequencias, emprestando-se vida ao nada, contrapondo o *facto ao direito*. (...) Para que esse rigor se temos instituido o *registro do commercio*, no qual as sociedades depositam os seus *documentos legais* para poderem funcionar? Porque se não dá aos encarregados deste registro o direito de verificar a legalidade dos documentos fundamentaes da organização da sociedade., isto é, se o acto constitutivo está conforme à lei e se as condições exigidas da sociedade foram cumprida? (...) Porque a lei não se limita a estabelecer sérias responsabilidades civis e penas contra os fundadores que a infringirem?". Com tais fundamentos o ilustre comercialista recomendava que "as nulidades devem ser reduzidas às estritamente necessárias e em todos o caso sujeitas às seguintes regras: 1ª, a prescrição da acção dentro do anno da constituição da sociedade; 2ª, ratificação pelas assembleas, funcionando com dois terços. As infracções da lei, às quaes não fosse comminada a pena de nulidade, teriam como sancção a responsabilidade directa e solidaria dos fundadores para serem os interessados pelos prejuizos, perdas e damnos que este soffressem" (cf. *Tratado...*, v. III, livro 2, n. 1.002, pp. 372/374). A esse respeito, v. também Ilaria Pagni, *Le azioni...*, p. 594.

137 Cf. *La società...*, cap. 7, n. 8, p. 224.b

138 Cf. Waldírio Bulgarelli, *Regime jurídico da proteção às minorias das S/A*, cap. II, n. 29: "A transmissibilidade das ações tem sido admitida pacificamente pela doutrina, como um direito irrevogável, considerada como da essência das sociedades anônimas".

139 Conquanto criticada por comercialistas de peso – v., por exemplo, a crítica feita por Waldemar Ferreira em *Tratado de direito comercial*, v. 3, pp. 217/218; mais recentemente, v. Erasmo Valladão França e Marcelo Vieira Von Adamek, ao tecerem críticas ao conceito de *affectio societatis* em "Affectio societatis" e conceito de "fim social", in Erasmo Valladão Azevedo e Novas França, *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, pp. 27 e ss. –, a distinção entre sociedades de

a cada instante mutável, mas também uma esfera muito vasta de terceiros, sobretudo nas grandes companhias de capital aberto. A aplicação do regime de invalidades do direito civil, pois, traria prejuízos não só à própria companhia<sup>140</sup> como a terceiros.<sup>141</sup>

Por esses motivos, Giorgio Meo noticia a tendência recente do ordenamento italiano de salvaguardar situações substanciais instauradas com base na deliberação inválida.<sup>142</sup> Da mesma forma, Lucas Enriques e Andrea Zorzi anotam que no direito italiano, sobretudo após a reforma do direito societário de 2003, passou-se a oferecer com maior vigor a tutela ressarcitória como uma alternativa à tutela específica (desconstituição da deliberação), procurando-se privilegiar a estabilidade dos atos societários.<sup>143</sup> Também por tal razão é que no campo societário procura-se diminuir o radicalismo da nulidade absoluta, atribuindo-se efeitos aos atos nulos e inexistentes, de modo que se impeça a retroatividade do reconhecimento do vício e permita-se a retificação do ato.<sup>144</sup> Parte da doutrina diz, ainda, que outra particularidade da nulidade da deliberação assemblear é que o ato não é ineficaz *ab ovo*. Nesse sentido Bulhões Pedreira, para quem no regime especial de invalidez dos atos societários não prevalece o enunciado de que o ato nulo não produz nenhum efeito.<sup>145</sup> Ademais, prazos decadenciais mais curtos do que os da lei civil caracterizam o regime em análise e encontram fundamento na dinamicidade da atividade empresarial.<sup>146</sup>

capital e de pessoas continua válida para diferenciar características das sociedades empresariais e para solucionar importantes problemas que surgem no dia a dia desses entes jurídicos.

140 Cf. José Rogério Cruz e Tucci, "Impugnação judicial...", p. 471: "É até intuitivo que o interesse na estabilidade das deliberações sociais não se deve apenas ao fato de tais atos poderem repercutir na esfera de direitos de um círculo considerável de pessoas e, sobretudo, nas sociedades anônimas de capital aberto, a todo tempo mutável, mas, de modo particular, aos danos que poderiam ser experimentados pela própria gestão da empresa, se sujeitos à impugnação em prazo muito amplo".

141 Cf. Vasco da Gama Lobo Xavier, *Anulação...*, n. 7, p. 99.

142 Cf. *Gli effetti...*, cap. III, n. 20, pp. 201/203.

143 Cf. "Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle deliberazioni assembleari", *Rivista del diritto commerciale*, v. 104, p. 1.

144 Cf. Waldírio Bulgarelli, "Anulação de assembleia...", p. 62.

145 Cf. "Regime especial...", p. 697.

146 O art. 286 da LSA reduziu o prazo do art. 156 do DL 2.627/40, que estipulava a prescrição (*rectius*: decadência) em três anos. Sobre referido prazo, esclarece Carvalho que, apesar de a atual Lei das Sociedades Anônimas não mais estipular que o lapso inicia-se com a publicação da ata que instrumentaliza a deliberação, como fazia o art. 156 do diploma de 1940, essa regra continua em vigor, "pelo simples fato de a eficácia do mesmo [ato societário] somente se produzir a partir do seu arquivamento e publicação" (cf. *Comentários...*, v. 4, t. II, pp. 475/476). No mesmo sentido, Nelson Eizirik, *A Lei das S/A...*, v. III, pp. 588 e 593; Marcelo Vieira Von Adamek, *Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas*, n. 7.3.3.2.1., p. 371; e Fran Martins, que inclusive dá notícia histórica do trâmite legislativo do projeto que redundaria na Lei 6.404 e afirma que a menção do dispositivo ao prazo contado "da deliberação" deve ser tratada como erro legislativo (cf. *Comentários à Lei das S.A.*, v. 3, n. 1.175, p. 530). Essas manifestações doutrinárias justificam-se

No Brasil não há nenhuma regra ou princípio positivados que acolham expressamente referido regime. Embora disponhamos de uma lei de sociedade por ações reconhecidamente moderna,<sup>147</sup> ela quase nada estabelece a respeito da invalidade de deliberações societárias. Tanto é que os arts. 115, § 4º e 286 da LSA – únicos dispositivos que versam sobre o assunto – não contêm sequer uma palavra sobre um regime especial de nulidades. E mesmo o Projeto de Lei n. 1.572/11 – que tramita na Câmara dos Deputados e que, baseado em minuta elaborada por Fábio Ulhoa Coelho, objetiva instituir novo Código Comercial brasileiro<sup>148</sup> – não traz qualquer regra a respeito de invalidades de deliberações.

Doutrina e jurisprudência, porém, extraem esse regime do art. 286 da LSA – embora a associação também deva ser feita com o art. 115, § 4º da LSA –, argumentando que ele estabelece apenas a *anulabilidade* das deliberações e, pois, silencia sobre a nulidade. Nesse sentido é a lição de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, para quem a confirmação da existência de um regime de invalidades societárias *sui generis* adviria de que a legislação do anonimato não prevê casos de nulidade e, pois, teria reduzido todas as invalidades à anulabilidade, evitando a ineficácia completa do ato e a restituição das coisas ao estado anterior.<sup>149</sup>

Com efeito, comentando o art. 155 do DL 2.627/40 – que tratava da invalidade da constituição de companhia e é hoje reproduzido, com algumas alterações,<sup>150</sup> pelo art. 285 da LSA –, Trajano de Miranda Valverde anotou que

no fato de que a publicação possui função declarativa e constitutiva da deliberação (cf. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni...*, n. 31, p. 114).

147 Prova disso é que, referindo-se a esse diploma legal, Manoel de Queiroz Pereira Calças disse que existe “o reconhecimento geral da excelência do mesmo e da grande importância que ele teve na consolidação de um capitalismo saudável” (cf. “A reforma da Lei das Sociedades por Ações”, *Revista do Instituto de pesquisas e estudos*, n. 25, p. 17).

148 A minuta foi levada a público pelo professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo no livro *O futuro do direito empresarial*, publicado em 2010 (cf. Fábio Ulhoa Coelho, *Princípios do direito comercial*, parte I, n. 9, p. 22).

149 Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “Vícios em assembleia-geral ordinária”, in *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*, n. 20, pp. 162/163. A particularidade desse regime é bem exemplificada na seguinte passagem de Bulhões Pedreira: “A ineficácia do negócio jurídico de sociedade e dos atos dos órgãos societários não está sujeita ao regime comum do direito civil, mas a regime especial no qual (a) não prevalece o princípio de que ‘o que é nulo não produz nenhum efeito’; (b) os prazos de prescrição da ação de anulação dos atos viciados ou defeituosos são curtos; e (c) os vícios ou defeitos podem ser corrigidos a qualquer tempo, mesmo depois de proposta a ação de anulação do ato” (cf. “Regime especial...”, p. 697).

150 Modesto Carvalhosa critica a redação do art. 286 da LSA, que teria *empobrecido* a redação do art. 156 do DL de 1940: “O artigo ora comentado apresenta-se empobrecido quanto à sua redação, *vis-à-vis* do referido art. 156 do diploma de 1940. Usando linguagem telegráfica, suprimiu-se a conjunção alternativa ‘ou’ entre ‘assembleia irregularmente convocada ou instalada’ e ‘violadoras da lei ou do estatuto’. Essa supressão gramatical, ainda que irrelevante sob o ponto de vista interpretativo, demonstra a singeleza de linguagem do legislador de 1976, que trouxe perplexidade à doutrina sobre o real sentido do texto legal” (cf. *Comentários...*, v. 4, t. II, p. 474).

o regime comum das nulidades não se aplica às sociedades, ao menos não *sem graves desvios*, pois como é possível, indagou o autor do anteprojeto que culminou naquele Decreto-lei, sustentar que o nulo não produz efeito algum se com base nele surgiram e motivaram-se transformações jurídicas várias, muitas vezes impossíveis de serem retroativamente desfeitas? A regra de que as partes envolvidas por um negócio nulo devem ser repostas ao *status quo ante* encontra sérios obstáculos no contexto das sociedades comerciais, em especial as por ações.<sup>151</sup> Daí por que, ainda conforme Miranda Valverde, a lei societária optou por um regramento particular, pautado por (i) prazos prescricionais mais curtos, (ii) irretroatividade dos efeitos da invalidação e (iii) possibilidade de convalidação e ratificação do ato. Pelos mesmos motivos é que, não obstante ter dirigido a Valverde críticas veementes, Pontes de Miranda asseverou ser esse regime fruto de uma técnica legislativa *protetiva*, cujo escopo é evitar danos a terceiros e acionistas e, assim, atender à função social que as sociedades por ações desempenham na sociedade.<sup>152</sup> E apesar de todas essas considerações terem sido feitas a respeito do art. 155 do DL 2.627/40, que tratava da invalidade da constituição da companhia, aplicam-se também às invalidades das deliberações em geral.

A própria opção legislativa por um regime de mera anulabilidade, como visto, é um claro sinal da instituição de um regime particularizado.<sup>153</sup> Mas, realmente, no ordenamento brasileiro as deliberações inválidas limitam-se às anuláveis?

## 7. 1. EXISTEM DELIBERAÇÕES NULAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO?

Não é só a legislação brasileira que prevê apenas a anulabilidade das deliberações societárias. O ordenamento português – que trata do tema nos arts.

151 Vejam-se as seguintes passagens: “O regime comum das nulidades dos atos jurídicos não se ajusta, sem graves desvios, aos organismos que, sob a denominação de sociedades, associações, corporações, fundações, surgem por obra de energia dos homens e atuam, como sujeitos de direito, na vida social. (...) A afirmação de que o ato jurídico nulo não existe, é um nada –  *nihil actum est* – sob o mar agitado da vida econômica. (...) Frágil é a máxima de que o ato nulo não produz efeitos – *quod nullum est, nullum producit effectum*” (cf. *Sociedades por ações*, v. III, nn. 811, 812 e 815, pp. 97, 99, 100 e 103).

152 Embora tenha criticado a interpretação dada por Trajano de Miranda Valverde (cf. *Tratado de direito privado*, t. II, n. 5-358, p. 95).

153 A peculiaridade desse regime decorre das vicissitudes das normas de direito societário. Para que se afirme a existência de tal regime particular, não é sequer necessário invocar-se o chamado *princípio da conservação*, que, de acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, “consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia” (cf. *Negócio jurídico...*, cap. 2, n. 5, p. 66). A respeito do princípio da conservação, v. Marcos Bernardes de Mello (cf. *Teoria do fato jurídico – plano da validade*, n. 66, p. 262) e, tratando especificamente da aplicação desse princípio às deliberações assembleares, Gianluca Guerrieri (cf. *La nullità...*, cap. III, n. 8, pp. 194/195).

56º/62º do Código das Sociedades Comerciais, de 1986, que se aplica às sociedades anônimas, e no art. 46º, § 1º da Lei de 11 de abril de 1901, que se aplica às sociedades por quotas – hoje alude a deliberações nulas e anuláveis, mas o revogado art. 146 do Código Comercial, de 1882, versava apenas sobre a anulabilidade. No direito alemão, até 1937, data da edição da *Aktiengesetz* (AktG, Lei de Sociedades por Ações alemã), não havia previsão de nulidade das deliberações, pois a *Aktiennovelle*, de 1884, preceituava apenas a anulabilidade. O mesmo ocorreu com o direito italiano, que antes da edição do Código Civil de 1942, isto é, na vigência do *Codice di Commercio* de 1882, estatuiu apenas a anulabilidade das deliberações (art. 163).<sup>154</sup> Hoje o *Codice Civile* estabelece também a nulidade (arts. 2.377 e 2.379), embora as duas figuras sejam próximas em inúmeros aspectos.<sup>155</sup> Também as legislações suíça, venezuelana, mexicana, peruana e argentina não prevêm a nulidade das deliberações.<sup>156</sup>

Porém, apesar da opção do legislador de seu país por um regime de mera anulabilidade, Lobo Xavier defende que a tipologia das deliberações inválidas não pode esgotar-se na disciplina dos dispositivos referidos. Para comprovar essa assertiva, emprega argumento *ad absurdum*: se a impugnação do vício só pudesse ocorrer por meio de demanda anulatória a ser proposta por acionista

– que no direito português deve fazê-lo dentro do exíguo prazo de 30 dias<sup>157</sup> –, estaria nas mãos dos sócios a escolha de estabilizar todo e qualquer efeito contrário ao estatuto ou à lei. O mesmo ocorreria em caso de renúncia pelos acionistas do direito à anulação ou, para os que defendem a ilegitimidade do sócio para anular deliberação para a qual proferiu voto favorável, de deliberação aprovada por todos os acionistas.<sup>158</sup> Além disso, não sendo a deliberação nula passível de confirmação, também não se poderia permitir que ela se convalidasse pelo tempo, pois o que não é concedido aos sócios diretamente (confirmação) também não pode ser dado pela via oblíqua.<sup>159</sup> Admitir a inexistência da nulidade, assim, significaria permitir que os sócios regressassem a vida social ao completo arripio da ordem jurídica, razão pela qual defendeu Lobo Xavier que os tipos de deliberações inválidas extrapolam a previsão legal e podem ser também de nulidade e ineficácia.<sup>160</sup>

De forma análoga, Erasmo Valladão França escreveu que o *argumento decisivo* contra a adoção de um regime de mera anulabilidade no direito brasileiro é o de que, se todo e qualquer vício importasse unicamente em sanção com os caracteres próprios da anulabilidade, seria permitido aos acionistas produzir e cristalizar os efeitos jurídicos que bem entendessem: passados os dois anos do prazo decadencial do art. 286 da LSA ou havendo renúncia ao direito de impugnação, convalidar-se-iam todos os vícios, gerando-se a absurda situação de que deliberações ilegais seriam acobertadas pelo manto da imutabilidade. Por isso, de acordo com o renomado comercialista, é inegável que não há como afastar do terreno das deliberações a aplicação do regime das nulidades do Código Civil, de tal sorte que a nulidade da deliberação pode ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público e deve ser pronunciada de ofício,<sup>161</sup> além de ser vedada a sua ratificação.<sup>162</sup>

154 Cf. Antigono Donati, *L'invaditività...*, n. 15, p. 59; e Lobo Xavier, *Anulação...*, pp. 108/109. Este último, que defende a categoria das deliberações nulas, atribui a falta de previsão do regime de nulidade a uma deficiência daqueles sistemas legislativos, que, porém, logo foi suprida pela doutrina e pela jurisprudência (p. 111). Esse mesmo trabalho teria sido, ainda de acordo com Lobo Xavier, desenvolvido pelas doutrinas e jurisprudências suíça, mexicana, austríaca e venezuelana, países onde também faltaria a expressa menção a deliberações nulas. Afirma Lobo Xavier, ainda, que "já no Brasil, a distinção entre deliberações nulas e deliberações anuláveis é geralmente omitida pelos autores. Entre os nacionais, a vemos mencionada apenas por Aloysio Lopes Pontes, II, p. 113 e ss. – que, porém, parece não atribuir a estas duas categorias a fisionomia que normalmente se lhes assinala; e, por seu turno, Waldemar Ferreira, *Instituições de Direito Comercial*, 1, 3ª ed., Rio de Janeiro-S. Paulo, 1951, p. 365, fala de 'nulidade absoluta' de deliberações sociais, mas apenas a propósito de uma hipótese particular. Não obteve aparentemente grande ressonância, no meio a que era destinado, o claro e breve estudo que Ascarelli publicou durante o seu exílio brasileiro (cf. *Problemas das sociedades anônimas*, cit., p. 375 e ss.), onde sustentava serem compatíveis com o direito local as categorias das deliberações nulas, ineficazes e inexistentes – para além das deliberações impugnáveis nos termos do art. 156º do Dec.-Lei nº 2672 de 26 de setembro de 1940" (cf. *Anulação...*, p. 113). Vale dizer que Lobo Xavier fez suas considerações à luz do revogado art. 146º do Código Comercial Português, de 1882. Hoje, quem rege a matéria é, como dito, o Código das Sociedades Comerciais, de 1986, em seu art. 59º.

155 Em 2003, os arts. 2.377, 2.378 e, especialmente, 2.379 do Código Civil italiano sofreram reforma substancial, mediante a Lei 366, de 3.10.01 e o Decreto Legislativo 6, de 17.1.03 – que alteraram diversos aspectos do Código Civil a respeito de sociedades de capitais e cooperativas. Para uma análise da reforma do direito societário italiano a respeito de deliberações assembleares, v. Erasmo Valladão França, "Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidez das deliberações assembleares", in *Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa*, pp. 99/118.

156 Cf. Lobo Xavier, *Anulação...*, n. 7, p. 109, nota 18. A edição dessa obra é de 1998 e, portanto, podem ter havido alterações legislativas depois dela.

157 Conforme o art. 56 do Código das Sociedades Comerciais, de 1986, antes do qual vigorava o prazo de 20 dias, previsto pelo revogado art. 146 do Código Comercial, de 1882. Lobo Xavier faz menção ao prazo do Código Comercial, uma vez que apresentou sua tese em 1973 e a publicou em 1976.

158 Cf. *Anulação...*, nn. 8 e 9, pp. 123/127, 143 e 146.

159 Cf. Lobo Xavier, *Anulação...*, n. 9, p. 146. Embora esse autor utilize a palavra *convalidação* como algo que os sócios não podem fazer diante de uma deliberação nula, cremos que quis se referir à figura da *confirmação*.

160 Cf. *Anulação...*, n. 8, pp. 126/129.

161 Em sentido contrário, o seguinte julgado: "não pode o juiz, de ofício, mesmo nos casos em que ainda não atingido o termo 'ad quem' do lapso prescricional, reconhecer a ilegalidade da deliberação e declará-la nula" (ST), 4ª Turma, RESP n. 35.230-0, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20.11.95).

162 Cf. *Invalidez...*, n. 16, pp. 73/75. Também Ascarelli (cf. "Vícios das deliberações...", n. 3, pp. 374/375 e 385/386), Pontes de Miranda (cf. *Tratado de direito privado*, t. 50, n. 5.322, pp. 288/295) e Ricardo Tepedino (cf. *Direito das companhias*, v. 1, n. 261, p. 974), para citar alguns, adotaram o mesmo entendimento.

Porém, fazendo um contraponto à posição de Valladolid Franco, há quem, no direito brasileiro, negue as deliberações nulas,<sup>163</sup> ou as restrinjam a hipóteses muito específicas.<sup>164</sup>

Apesar disso, acreditamos que as deliberações assembleares nulas de fato convivem entre nós. Mas discordamos de que não se sujeitam à decadência e que podem ser impugnadas sem limite de prazo. Ou seja, as deliberações nulas existem, mas a elas não se aplica o cânone de que podem ser desconstituídas a qualquer momento. Compartilhamos do entendimento de que a deliberação nula deveria estar submetida a um prazo decadencial mais alongado do que a anulabilidade (embora não a nenhum prazo), mas diante da redação do art. 286 da LSA esta é uma posição defensável apenas de *lege ferenda*. Na nossa realidade legislativa – que, repita-se, não pode ser desconsiderada –, pouco importa o vício que inquina a deliberação; o direito de impugná-lo estará sempre sujeito ao prazo decadencial bienal.

O art. 286 da LSA expressamente estabelece que o direito à desconstituição da deliberação inválida esvai-se em dois anos e, apesar de, ao interpretarmos o texto legal, não estarmos atados à sua literalidade, não podemos simplesmente desconsiderar as palavras da lei.<sup>165</sup> Se esta estabelece X, não podemos dela extrair Y; quem sabe X com algum temperamento, mas não Y. Quando menos, portanto, o art. 286 da LSA sinaliza – para dizer pouco – na direção de que *o ordenamento quer que, independentemente da natureza do vício que o inquina, o ato se convalide em dois anos*.

Verdade que vai contra o senso de justiça a ideia de que deliberações ilegais tornem-se imutáveis porque não impugnadas dentro de certo prazo. Por

163 Cf. Luiz Gastão Paes de Barros Leães, "Vícios em assembleia-geral...", n. 20, pp. 162/163; Trajano de Miranda Valverde: *Sociedades por ações*, v. III, nn. 811, 812 e 815, pp. 97, 99, 100 e 103; e Eduardo Talamini, "Legitimidade, interesse, possibilidade jurídica e coisa julgada nas ações de impugnação de deliberação societária", in Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira (coords.), *Processo societário*, p. 114.

164 Para Nelson Eirizik, só se pode cogitar de nulidade absoluta diante de disposição estatutária contrária à lei (cf. *A Lei das S/A...*, v. III, pp. 591/592 e 598).

165 A respeito disso, ver nosso "É possível a chamada 'relativização' da coisa julgada?", no qual, analisando a questão da desconsideração da coisa julgada, apontamos que "embora não se negue aqui que o ato de interpretação seja ele também um ato de criação normativa (...), está sendo paulatinamente esquecido – e ninguém parece com isso se importar – que há limites na atividade interpretativa e, mais ainda, que esses limites têm uma razão de ser, que é a de resguardar a sociedade do arbítrio e das subjetividades do julgador". Na mesma ocasião, tivemos a oportunidade de apontar que "o que me parece importante é atentar para o fato de que deve haver um mínimo de conformidade ao texto legal, pois, do caso contrário, seria o mesmo que reputar inúteis a Constituição, os Códigos e os demais diplomas jurídicos. É dizer, na medida em que, a pretexto de se estar fazendo interpretação extensiva, sistemática, conforme a Constituição etc., se desprenda completamente do texto legal, esvazia-se por completo a noção de ordenamento jurídico enquanto conjunto ordenado de normas" (cap. 6.7, pp. 89/90).

outro lado, igualmente injusto seria que elas fossem indefinidamente precárias, à eterna espera de que algum interessado pedisse a sua invalidação. Mesmo os ilícitos penais, salvo poucas exceções, sujeitam-se à prescrição, por mais graves que sejam. É correto que os prazos prescricionais para a pretensão punitiva de crimes graves são bem mais alongados que o prazo bienal do art. 286 da LSA, mas é também verdade que o direito penal é a *ultima ratio* e, assim, os bens jurídicos por ele tutelados são, em tese, mais relevantes do que os que podem ser violados por uma deliberação inválida.

Note-se, ademais, que há outros ordenamentos que não só contam com prazos para a impugnação de deliberação anulável muito mais curtos do que os nossos dois anos, como também fixam prazo para a impugnação de deliberação nula. É o caso, por exemplo, do sistema italiano, que prevê 30 dias para a primeira demanda e três anos para a segunda, ressalvada apenas a deliberação nula que institua objeto social ilícito ou impossível, hipótese em que não há prazo para o exercício da pretensão (arts. 2.377 e 2.379).<sup>166</sup>

E mais. Apesar de o art. 169 do Código Civil fixar que o nulo não convalida pelo decurso do tempo e, assim, acolher o que afirmou a doutrina tradicional (*quod nullum est nullo lapsu temporis convalidescere potest*, ou, o que é nulo não pode ganhar força com o decurso do tempo), nomes de peso, com razão, afirmaram que o nulo está sujeito à decadência. Buzaid, com efeito, alertou que o preceito de que as demandas meramente declaratórias – geralmente associadas à impugnação dos atos nulos – não estão sujeitas a lapso temporal é uma regra, que, como tal, comporta exceções.<sup>167</sup> Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, defendeu que a paz social, a favor da qual milita a prescrição e a decadência, deve prevalecer sobre o resguardo da ordem jurídica, de maneira que não haveria direitos imprescritíveis.<sup>168</sup> Também Agnelo Amorim Filho, em

166 Embora também haja ordenamentos que disciplinam a questão de forma diversa. Em Portugal, por exemplo, o Código das Sociedades Comerciais firma o prazo de 30 dias para o ajuizamento da demanda de anulação de deliberação (art. 59º), mas silêncio a respeito do prazo para a demanda de nulidade, o que leva a doutrina a defender que esta não está sujeita a prazo algum (cf. Paulo Olavo Cunha, *Direito das sociedades comerciais*, n. 30.6.3, p. 708).

167 Sob a vigência do Código Civil de 1916, Buzaid deu os exemplos da ação de contestação de legitimidade da filiação (art. 178, § 3º); ação dos herdeiros do filho para prova da legitimidade da filiação (art. 178, § 6º, XII); e ação do filho natural para impunir o reconhecimento (art. 178, § 9º, VI) (cf. "A ação declaratória no direito brasileiro", pp. 162/166).

168 Nessa direção: "Estão, pois, um contra o outro, dois princípios de igual relevância social: o não-convalidamento do ato nulo *tractu temporis* e o perpétuo silêncio que se estende sobre os efeitos do negócio jurídico, também *tractu temporis*. E, do confronto entre estas duas normas, igualmente apoiadas no interesse da ordem pública, contínuo sustentando que não há direitos imprescritíveis e, portanto, perante o novo Código, a declaração de nulidade prescreve em dez anos (art. 206)" (cf. "Instituições...", v. I, p. 542). Sílvio Venosa, que partilhava dessa posição no CC/16, defende que, diante do art. 169 do CC/02, o ato nulo é sim imprescritível (cf. *Direito civil*, v. I, p. 595). No direito italiano, Betti já apontara que a invalidação do matrimônio era sujeita a uma particular

trabalho ainda hoje fundamental para o estudo da prescrição e da decadência, afirmou que existem demandas que, como a de nulidade de ato jurídico, seriam apenas *aparentemente declaratórias*, já que na realidade são constitutivas negativas, pois extirpam o ato do mundo jurídico. Em reforço desse entendimento, invocou os atos nulos que produzem efeitos permanentes e que inclusive chegam a se convalidar, como é o caso do casamento putativo.<sup>169</sup> E, pela leitura de seu artigo, parece-nos que, se indagado sobre a demanda de anulação ou de nulidade de deliberação assemblear, esse autor diria que ambas estão sujeitas à decadência, pois, como visto anteriormente, em sua teoria as demandas de nulidade de atos jurídicos são constitutivas (e não declaratórias). Com pensamento análogo, Humberto Theodoro Jr. defende que a teoria moderna distingue entre negócios nulos que produziram efeitos concretos e os que não os produziram. Se o ato inválido não foi efetivado, isto é, não produziu efeitos, poderá ser objetada a sua invalidade a qualquer momento, sem que se cogite de decadência. Se, contudo, apesar do seu defeito, produziu seus efeitos naturais e criou situações para as partes envolvidas, está sujeito à decadência, pois a segurança jurídica não pode ficar indefinidamente em xeque.<sup>170</sup>

Se o nulo não está a salvo da decadência nem no direito civil, o que dirá no direito societário. Nesse sentido, já entendeu o STJ que “a teoria das nulidades de Direito comum não se aplica, de ordinário, em matéria de sociedades anônimas, de modo que os atos societários nulos prescrevem nos prazos previstos na lei societária”<sup>171</sup> e que “o direito de impugnar as deliberações tomadas em assembléia, mesmo aquelas contrárias à ordem legal ou estatutária, sujeita-se à prescrição, somente podendo ser exercido no exíguo prazo previsto na Lei das Sociedades por Ações”.<sup>172</sup>

Portanto, a despeito de a lei referir-se apenas a deliberações anuláveis, as deliberações nulas convivem entre nós. Mas também elas estão sujeitas ao prazo decadencial do art. 286 da LSA. Essa regra geral apresenta apenas duas exceções, pois há dois casos em que, embora não se possa dizer que não se aplica o prazo do art. 286 da LSA – porque ele se aplica indistintamente a qualquer situação –, em termos práticos é obtido o mesmo resultado como se aquele não

forma de caducidade em períodos breves (um ou três meses) (cf. *Teoria general...*, n. 587, p. 356), em razão das já tantas vezes referidas particularidades de tratamento que o direito material dos mais variados dispensava ao casamento. O mesmo raciocínio aplica-se às invalidades societárias.

169 Cf. “Critério científico...”, pp. 742/743 e 747/748.

170 Cf. Notas a Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, n. 286, p. 485.

171 REsp 1.046.497, Rel. João Otávio de Noronha, DJ 9.11.10.

172 STJ, REsp 35.230-0, Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20.11.95.

se aplicasse. Tais hipóteses são: (i) norma estatutária nula e (ii) deliberação nula que viole a lei e cujos efeitos sejam constantemente produzidos.

A primeira hipótese é a de *modificação do estatuto social por deliberação nula*, da qual são exemplos a fixação da “comercialização de drogas” ou da “prestação de serviços de assassinato” como objeto social.<sup>173</sup> A deliberação que alterou o estatuto continua sujeita ao prazo decadencial de dois anos, mas a norma estatutária poderá ser impugnada sem limite de tempo. Nada impede que se peça também a desconstituição da deliberação; mas, para tanto, a pretensão está sujeita ao prazo do art. 286. De toda forma, para que se atinja o fim pretendido no mais das vezes bastará anular a norma estatutária, mesmo que não se anule deliberação que lhe deu origem.

A norma estatutária é um efeito da deliberação, que se destaca desta. Existe, nos dizeres de Comparato, uma *separação objetiva* entre elas, que são ontológica e cronologicamente diversas. De modo similar ao que ocorre com a lei, que após o trâmite legislativo passa a ter existência jurídica autônoma, também a norma estatutária desprende-se da deliberação que a criou. Além de haver diferença *ontológica* entre as duas figuras – pois a norma é um comando geral e abstrato, dirigido a todos, ao passo que a deliberação é um ato pontual e dirigido a sujeitos determinados –, há também diferença *cronológica*: enquanto a deliberação é um fato jurídico pontual, a norma se protraí no tempo.<sup>174</sup> E essa diversidade gera diferença também no tratamento das invalidades.<sup>175</sup>

Quando se pede a desconstituição de uma norma estatutária, o objeto do provimento não será um ato ou relação jurídica em particular, mas sim um enunciado geral e abstrato. A norma inválida insere-se em uma hierarquia normativa e, assim, é como se a violação seja constantemente renovada. Por isso é que para o reconhecimento da invalidade de norma estatutária não há que se

173 Também Ascarelli defendeu que a nulidade do contrato social pode ser sempre invocada (cf. “Os vícios de constituição...”, n. 15, p. 367).

174 Cf. “Da imprescritibilidade...”, p. 219. Também Nelson Eizirik entende que a única hipótese de nulidade absoluta é a da disposição estatutária contrária à lei, de modo que, em razão da estrutura escalonada das normas, “o estatuto integra o ordenamento jurídico societário de determinada companhia e suas regras retiram o seu fundamento de validade das normas superiores contidas na Lei das S.A. Assim, uma disposição estatutária conflitante com a Lei das S.A. não existe como norma jurídica, podendo ser declarada a sua nulidade a qualquer tempo” (cf. *A Lei das S/A...*, v. III, pp. 587/588 e 592).

175 Mais uma vez invoca-se Comparato: “como direito objetivo que é, como sistema normativo, o estatuto está submetido a regras de validade bem diferentes das que disciplinam os atos jurídicos” (cf. “Da imprescritibilidade...”, pp. 222/223).

falar em decadência.<sup>176</sup> Mas, repita-se, para toda e qualquer deliberação, aplica-se o prazo bienal do art. 286 da LSA.

A segunda e última hipótese em que a deliberação nula pode ser impugnada a qualquer momento é a da *deliberação nula que viola a lei e cujos efeitos são constantemente renovados no tempo*. É o caso, por exemplo, da deliberação que eleja um estrangeiro para administrar empresa jornalística, em violação ao art. 222 da CF.<sup>177</sup> Os efeitos da deliberação não se esgotam no momento em que cumprida, mas perduram por todo o período em que o estrangeiro permanecer no cargo. Também nesta situação não é que o prazo do art. 286 da LSA não se aplique; ele se aplica, mas como a violação é constante e contínua, o termo *a quo* para o exercício da pretensão desconstitutiva é também *constantemente renovado*.

Essas duas exceções conciliam o art. 286 da LSA com a impossibilidade de que se convalida norma estatutária nula ou deliberação nula violadora de lei e cujos efeitos sejam produzidos permanentemente.

Outra saída talvez seja aceitar e alargar a categoria das deliberações juridicamente inexistentes. Nesse sentido, em um breve artigo escrito em réplica a Carnelutti, disse Ascarelli que, embora as consequências da inexistência e da nulidade possam coincidir, a distinção entre as duas figuras é também prática e se evidencia em situações em que a lei alude apenas à anulabilidade e o intérprete não vê como encaixar nessa categoria uma hipótese concreta, ou em situações em que a lei também regula casos de nulidade mas a letra da lei não permite encaixar o caso concreto.<sup>178</sup> Caso este caminho seja trilhado, porém, desde logo deve ser feito o alerta de que a inexistência está, como disse Vivante, ligada a uma *existência aparente* ou à falta de elementos essenciais do ato jurídico<sup>179</sup> – que, em regra, diz respeito ao trinômio sujeito, objeto e forma –,<sup>180</sup> daí por que fora dessas hipóteses, não é correto falar em inexistência, sobretudo pragmaticamente, com o intuito de afastar a decadência.

176 Embora chegue à mesma conclusão, Comparato o faz por outros fundamentos: a imprescritibilidade da demanda que visa ao reconhecimento de invalidade da norma estatutária decorre de que, nesse caso, o que está em jogo não são interesses pessoais, mas sim da "comunidade para a qual a norma foi editada" (cf. "Da imprescritibilidade...", pp. 224/225).

177 Exemplo colhido em Erasmo Valladão França, *Invalidade...*, n. 16, p. 73.

178 Cf. "Inesistenza e nullità", in *Problemi giuridici*, t. I, pp. 227/228.

179 Cf. *Trattato di diritto commerciale*, v. II, n. 521, p. 253. A respeito do núcleo essencial da deliberação, v. Valentino Sanna, "L'inesistenza delle deliberazioni assembleari e delle decisioni assembleari: un problema ancora aperto", *Rivista di diritto civile*, v. 53, n. 2, p. 205.

180 Vem a calhar a ponderação de Flávio Yarshell, para quem, no direito processual civil, "mesmo em relação aos três elementos já mencionados - sujeito, objeto e forma -, não é qualquer vício que será apto a gerar uma decisão qualificável como *inexistente*" (cf. *Ação rescisória...*, n. 78, p. 245).

Vale lembrar, por fim, que, fechada a porta da tutela específica, restará sempre a via da tutela ressarcitória. Essa é, aliás, uma tendência do direito italiano, sobretudo após a reforma de 2003, pela qual, procurando privilegiar a estabilidade dos atos societários, o legislador evidenciou a tutela ressarcitória como uma alternativa à tutela específica.<sup>181</sup> Por isso, nem se diga que a posição ora defendida seria restritiva do direito de acesso à Justiça. É como se o legislador optasse por, em se tratando de litígios societários, restringir a tutela desconstitutiva e dar prevalência à tutela condenatória (indenizatória), na premissa de que o custo econômico que a posição contrária representaria é muito grande. Opta-se por restringir direitos em prol do caminhar da vida societária.<sup>182</sup>

## 7.2. INEXISTÊNCIA, NULIDADE, ANULABILIDADE E INEFICÁCIA DAS DELIBERAÇÕES

A tipologia dos vícios das deliberações assembleares, assim como a dos atos jurídicos em geral, obedece, antes de tudo, à vontade da lei. Trata-se, portanto, de questão de política legislativa.<sup>183</sup> Mas, independente disso, também

181 Luca Enriquez e Andrea Zorzi, com efeito, apontam que "la riforma del diritto societario del 2003 ha confermato, accentuando, la tendenza dell'ordinamento settoriale delle società a cercare in rimedi diversi da quelle invalidativi (o 'reali') gli strumenti di tutela delle posizioni soggettive degli attori giuridici, in ossequio a una costante ricerca di 'stabilità' degli atti sociali. In questo quadro, lo strumento alternativo privilegiato (...) è la tutela risarcitoria. (...) Si è parlato di 'sostituzione' della tutela invalidatoria con quella risarcitoria. Il chiaro intento di politica legislativa è quello di evitare che l'azione sociale sia intralciata da soci di minoranza titolari di partecipazioni inferiori a una soglia ritenuta critica; il legislatore ritiene più consona alla tutela degli interessi di tali soggetti la tutela, appunto, risarcitoria, che garantisce (dovrebbe garantire) il diritto della parte lesa 'senza compromettere interessi dimensionalmente sproportionati all'entità della lesione', dato che tale forma di tutela può essere di 'precisione chirurgica'" (cf. "Spunti in tema...", n. 1, pp. 1 e 3).

182 Dúvida existe sobre a possibilidade de que o estatuto altere o prazo decadencial do art. 286 da LSA. O Código Civil vigente, inovando em relação ao de 1916, prevê expressamente a hipótese de decadência convencional, em seu artigo 211: "Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação". Também o Código de Defesa do Consumidor traz disposição nesse sentido, ao permitir a ampliação e a redução do prazo para o consumidor, diante de responsabilidade por vício do produto e do serviço, optar pela substituição do produto por outro, devolução da quantia paga ou redução do preço (art. 18, § 2º): "Poderão as partes convenionar a redução ou ampliação do prazo previsto no parágrafo anterior, não podendo ser inferior a sete nem superior a cento e oitenta dias". Não só a decadência convencional existe em nosso sistema como está prevista justamente no microsistema do CDC. Diante disso, talvez fosse possível a inserção de cláusula estatutária alterando o prazo do art. 286 da LSA. O prazo, assim, poderia apenas ser apenas aumentado, mas não diminuído, pois desta forma estar-se ia restringindo o direito de ação de modo mais gravoso do que estabeleceu o legislador. Contudo, cremos que o prazo do art. 286 não pode ser alterado, por se tratar de regra imperativa e porque é estabelecido também em prol da sociedade.

183 Exemplo disso é que, ao analisar os arts. 2.377 e 2.379 do *Codice Civile* italiano, Corrado Ferri observa que, enquanto no direito civil italiano a demanda de nulidade é geral e construída com base na circunstância de que o ato seja contrário a normas imperativas, e a demanda de anulação é especial e exercida apenas nos casos previstos em lei, com a disciplina da invalidação de deliberações sociais ocorre o contrário: é geral a demanda de anulação e especial a de nulidade. Isso porque o art. 2.379, que disciplina os casos de nulidade, possui rol taxativo, ao passo em que o art. 2.377, que disciplina os casos de anulabilidade, apresenta uma moldura legislativa subsidiária, para os

como ocorre com os atos jurídicos em geral – v. item 5 acima –, o critério adotado na classificação das invalidades das deliberações é o do *interesse violado*. Se a norma infringida tutela um interesse geral, que extravasa a órbita societária ou pode prejudicar terceiros, o futuro quadro de acionistas ou o interesse público em sentido estrito, haverá nulidade; se a violação é de norma que resguarda interesse particular, restrito a um sócio em específico ou mesmo a todos os sócios que, naquele momento, integram a sociedade, haverá anulabilidade.<sup>184</sup>

Um primeiro aviso que deve ser feito é que o que se chama de “nulidade” em matéria de deliberação assemblear guarda grandes diferenças com a nulidade do direito civil. São vícios radicalmente diversos,<sup>185</sup> inclusive porque, como

demais casos de violação à lei ou ao estatuto. Daí por que a violação a uma norma imperativa pode gerar a mera anulabilidade da deliberação (cf. “*Le impugnazioni...*”, n. 1, p. 52). Isso, aponta Ferri, decorre da necessidade de se eliminar, quando possível, as incertezas quanto à estabilidade das deliberações societárias, o que tutela não só a sociedade, mas inclusive terceiros que com esta contratam (p. 53). Também anotando que no regime do Código Civil italiano a anulabilidade pode estar relacionada a violação de qualquer norma legal ou estatutária, Stefania Pacchi Pesucci, “*Impugnazione di delibere assembleari: legittimazione ed interesse ad agire*”, *Rivista del diritto commerciale*, v. 88, n. 1-2, p. 45. Como aponta Raffaele Lener, o regime dos arts. 2.377 e 2.379 do Código Civil italiano prevê a nulidade apenas quando há ausência de convocação da assembleia, ausência de manifestação de vontade ou ilicitude ou impossibilidade do objeto. Todos os outros vícios implicam apenas anulabilidade (cf. “*Invalità delle delibere assembleari di società per azioni*”, *Rivista del diritto commerciale*, v. 102, n. 1/3, p. 79).

184 Cf. Ascarelli, “Vícios das deliberações...”, n. 3, p. 385 e *Appunti di diritto commerciale – società e associazioni commerciali*, p. 280; Erasmo Valladão França, *Invalidade...*, cap. III, pp. 65/118; Romano-Pavoni, *Le deliberazioni...*, n. 35, p. 131; Mario Vaselli, *Deliberazioni nulle...*, cap. III, nn. 5/6, pp. 31/36; Antígono Donati, *L’invalità...*, nn. 25, 26 e 31, pp. 101, 105 e 121; Lacerda Teixeira-Tavares Guerreiro, *Das sociedades anônimas...*, v. II, n. 282, p. 821; Wilson de Souza Campos Batalha, *Sociedades anônimas e mercado de capitais*, n. 321, pp. 803/804; e Priscila Corrêa da Fonseca, *Suspensão...*, p. 152. Com algumas peculiaridades, esse é o critério adotado também por Aurelio Candian (cf. *Nullità e annullabilità...*, n. 70, p. 134). O mesmo critério é utilizado pela doutrina também na classificação dos vícios das deliberações das assembleias de condôminos (cf. João Batista Lopes, *Condomínio*, p. 108). Contudo, há casos, ressalta Ascarelli, que “embora se trate de violação de norma que tutela os terceiros, a deliberação é ‘anulável’, e não ‘nula’”, conferindo o exemplo da deliberação em fraude aos credores, que, segundo ele, também estaria sujeita à disciplina do art. 156 do DL 2.627/40 e, portanto, acarretaria a anulabilidade (cf. “Vícios das deliberações...”, n. 3, pp. 385/386, notas 54 e 55). Pontes de Miranda e Moitinho de Almeida apreciam o assunto de forma casuística, sem externar qual o critério classificatório por eles empregado (respectivamente, cf. *Tratado de direito privado*, t. 50, n. 5.322, p. 287/295 e *Anulação e suspensão*, parte I, n. 4, pp. 50 e seguintes.).

185 Por exemplo, no direito italiano a nulidade do direito civil comum é imprescritível, enquanto que a nulidade prevista pelo art. 2.379 do CC daquele país submete-se ao prazo decadencial de três anos, salvo uma única hipótese. A nulidade da deliberação também é conhecida de ofício pelo juiz, mas apenas dentro do prazo em que a parte pode impugná-la e suscitá-la. Se escoado o lapso prescricional trienal, o poder-dever do juiz esvai-se. Além disso, a nulidade *comum* é insanável, ao passo que a de deliberação nula é expressamente sanável e substituível por nova deliberação. Por fim, costuma-se dizer que a nulidade do direito civil opera *ex tunc*, atingindo os atos subsequentes que guardem relação com aquele ato viciado inicial: *quod nullum est, nullum producit effectum*. Isso não ocorre com as deliberações assembleares. Em alguns casos, a nulidade da deliberação gera apenas a sanção de ressarcimento em favor de quem se sagrou vitorioso na ação judicial (cf. Andrea Pissani Massarmormile, “*Invalità delle delibere assembleari. Stabilità ed effetti*”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, n. 102, pp. 55/57). Também Ascarelli apontou que “*Nullità e annullabilità della deliberazione non costituiscono a loro volta trasposizione delle norme generali del negozio giuridico*” (cf. “*L’interesse sociale dell’art. 2441 Cod. Civile. La teoria*

será visto a seguir, entendemos que no direito societário são bastante reduzidas as diferenças entre nulidade e anulabilidade. Também válida é a observação de Comparato de que é preciso ter em mente que a LSA estabelece uma verdadeira distinção de natureza entre sociedades abertas e fechadas. Naquelas predomina o aspecto institucional, pautado por um número maior de disposições inderrogáveis pelos acionistas, ao passo que nestas predomina caráter contratual, marcado por maior liberdade conferida aos acionistas na regulação dos interesses da companhia. Por isso, ao analisar a hipótese concreta procurando concluir quanto ao tipo da mácula que contamina a deliberação, o intérprete deve verificar se está diante de sociedade de capital aberto ou fechado.<sup>186</sup>

Partindo da distinção entre os três tipos de vícios que a confusa redação do art. 286 da LSA misturou, Erasmo Valladão França sustenta que no direito brasileiro o *vício no conclave* é sancionado com a anulabilidade. Embora as normas relativas à convocação, à instalação e às demais formalidades da assembleia sejam imperativas, como a lei expressamente dispõe que o conclave é anulável, assim deve ser. Provavelmente porque o legislador entendeu que esses vícios violam apenas uma assembleia *em concreto* e, conseqüentemente, apenas os direitos dos que compõem o quadro acionário *naquele momento*, que, se quiserem, deverão tomar a iniciativa de propor a demanda anulatória.<sup>187</sup> Portanto,

dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari”, in *Problemi giuridici*, t. II, p. 533). V, ainda, Corrado Ferri, “*Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LIX, p. 52; e Francesco Terrusi, *L’invalità...*, n. 5.1, p. 220. E embora essas observações tenham sido claramente feitas com base nas peculiaridades do direito italiano, aplicam-se, em grande medida, à nossa realidade.

186 Cf. “A natureza da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de *quorum* nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração”, in *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, n. 3, p. 119. Citando esse artigo, Erasmo Valladão França, *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.*, cap. II, n. 4, p. 48; e *Invalidade...*, n. 19, p. 87, embora o referido autor ressalve que “é óbvio que a ‘ampla liberdade de estipulação’, a que se refere Comparato, é muito relativa, pois existem inúmeras disposições de caráter cogente que se aplicam indistintamente a ambos os tipos de sociedades, notadamente no tocante à sua estrutura”. A consideração entre a natureza aberta ou fechada da companhia é defendida também por Carvalho na aferição da conduta do administrador para fins da responsabilização prevista pelo art. 158 da LSA. Para esse jurista, em se tratando de companhias com capital disperso e sem controlador definido, exige-se ainda maior rigor na conduta dos seus administradores, pois estes exercem a dupla função de gestores e condutores da política empresarial (*policy makers*), já que não é possível identificar um controlador (cf. *Comentários...*, 3<sup>o</sup> v., pp. 436/438 e 426). De modo similar, Jaeger apontou haver radical diferença entre a sociedade em que os sócios constituem um grupo delimitado e a sociedade de “*grandissime dimensioni*”, que apresenta quadro acionário numeroso e flutuante, o que, contudo, não justifica um tratamento diferenciado a respeito da tutela do interesse social (cf. *L’interesse sociale*, cap. IV, n. 14, p. 163).

187 Cf. Erasmo Valladão França, *Invalidade...*, n. 19.1., pp. 88/97. Esse mesmo autor, porém, ressalva duas hipóteses: ausência de convocação e ausência de quórum de instalação. A primeira seria caso de nulidade, pois se o art. 286 dirige a anulabilidade à assembleia *irregularmente* convocada, a *não convocada* só pode ser nula. Já a assembleia irregularmente instalada seria apenas anulável. Além disso, Erasmo Valladão França aponta outros casos de vícios da assembleia ou do conclave: inobservância da ordem do dia (LSA, art. 124, *caput*), recusa de participação ao acionista (LSA,

não importa se a violação foi de norma legal (LSA, arts. 123/128) ou estatutária, ou de norma cogente ou não cogente: sendo o desrespeito a formalidades procedimentais de uma assembleia (principal, mas não exclusivamente, problemas em convocação e instalação), haverá anulabilidade da assembleia e, conseqüentemente, de todas as deliberações nela tomadas.

No que diz respeito ao *vício da deliberação*, muda-se de figura. Quando se pretende alterar ilicitamente o estatuto de modo a se estabelecer uma *disciplina permanentemente contrária à lei*, as deliberações são nulas, pois violam não só os direitos dos componentes do quadro societário naquele momento, mas também direitos de eventuais futuros acionistas. Mas há ainda um segundo motivo para esse entendimento: enquanto normas jurídicas, as regras estatutárias submetem-se ao brocardo *lex superior derogat lex inferiori*, de modo que, conflitando com as normas legais, devem prevalecer estas. Não existem normas anuláveis, mas apenas nulas.<sup>188</sup> Por isso, se uma assembleia ou deliberação viola o direito de um acionista ou mesmo de todos os acionistas em um dado momento, será caso de anulabilidade; se, porém, se pretender estabelecer uma disciplina que viole continuamente a lei, estaremos diante de nulidade. Exemplificando: uma deliberação que desrespeite o direito de preferência de um acionista em concreto é anulável, enquanto que a que excluir permanentemente o direito de preferência de todos os acionistas é nula.

Igualmente nulas são as deliberações que atentem contra a ordem pública ou os bons costumes, em decorrência de impossibilidade ou ilicitude do objeto (exemplo: deliberações que obriguem administradores a praticarem atos fraudulentos ou ilícitos de modo geral, como crimes, simulação, fraude contra credores etc.), bem como as que infrinjam disposições legais que salvaguardem direitos de terceiros (como, por exemplo, normas que assegurem a integridade do capital social ou a veracidade das demonstrações financeiras).<sup>189</sup> São nulas, por fim, as deliberações que violem o interesse público em sentido estrito,

art. 126, par. 1º e 4º), inexistência do quórum para as votações (LSA, art. 129 e 136), ausência de lavratura da ata (LSA, art. 130), ausência de publicação dos documentos da administração (LSA, art. 133) e inobservância do procedimento e demais formalidades estabelecidas no art. 134 da LSA (pp. 91/96). Também Trajano Miranda Valverde ressaltou que as normas relativas à convocação da assembleia são "preceitos destinados à proteção do interesse público", mas disse que esses vícios acarretam a anulabilidade, e não a nulidade. O comercialista não justificou por que se trataria de causa de anulabilidade mas, pensamos, isso decorre do seu particular pensamento, que entendia que todos os vícios de deliberações geravam a anulabilidade (cf. *Sociedades...*, v. III, n. 828, p. 113).

188 Cf. Erasmo Valladão França, *Invalidez...*, n. 19.2, pp. 98/100.

189 Cf. Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale - società e associazioni commerciali*, p. 281; e Erasmo Valladão França, *Invalidez...*, n. 19.2, pp. 106/108. Nesse último caso, contudo, pensamos que a disciplina da nulidade já estaria abarcada pela simples violação à norma legal. Também associando a nulidade à violação a direito de terceiros, Lobo Xavier, *Anulação...*, n. 8, pp. 140/142.

como, para citar algumas, as que desrespeitem disposições que exigem participação majoritária de brasileiros em determinadas companhias (por exemplo, art. 222 da CF) ou autorização estatal para funcionar.<sup>190</sup>

Se uma deliberação, por seu conteúdo, violar uma *disposição estatutária*, ela será anulável, pois, novamente conforme Valladão França, terão sido desrespeitados os direitos dos próprios acionistas, aos quais é facultado renunciar às normas estatutárias.<sup>191</sup>

A *ineficácia* de deliberação, por sua vez, está relacionada à presença ou à falta de um elemento extrínseco, que impede a produção de efeitos.<sup>192</sup> No direito brasileiro, trata-se de deliberações que, sem o consentimento dos acionistas, estabeleçam disciplina violadora de seus *direitos especiais*. É o caso da alteração nas preferências ou vantagens conferidas a determinada classe de ações preferenciais, que, para ser eficaz, deve ser aprovada ou ratificada dentro de um ano, "por titulares de mais da metade de cada classe de ações preferenciais, reunidos em assembleia especial convocada pelos administradores" (LSA, art. 136, § 1º e I e II). A ineficácia é imposta também em caso de mudanças estatutárias atinentes à diversidade de classes (LSA, art. 16, par. único) ou das que estejam sujeitas à prévia aprovação de titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais (LSA, art. 18, par. único). Aqui, novamente, é importante distinguir entre uma violação em concreto e o estabelecimento de uma disciplina que viole os referidos direitos especiais: a primeira hipótese leva à ineficácia; a segunda, à anulabilidade, na forma do art. 286 da LSA.<sup>193</sup>

190 Cf. Erasmo Valladão França, *Invalidez...*, n. 19.2, pp. 110/111. Também assim Lobo Xavier, *Anulação...*, n. 8, pp. 135/138.

191 Cf. Erasmo Valladão França, *Invalidez...*, n. 19.2, p. 105: "resta dizer serem meramente anuláveis (...) as deliberações que violem os estatutos. Nesta hipótese não se acham em questão senão os interesses dos próprios acionistas, que podem livremente renunciar à aplicação das regras estatutárias, normas meramente internas da corporação, nos casos concretos, inexistindo, outrossim, interesses outros (de 'futuros acionistas', relativos a direitos irrenunciáveis e inderrogáveis, etc.) que justifiquem a sanção de nulidade a tais atos. O campo da nulidade absoluta das deliberações, portanto, restringe-se à violação à lei e não dos estatutos". Diversamente, Trajano Miranda Valverde sustentou que, quer em caso de violação à lei, quer em caso de violação ao estatuto, a deliberação poderia ser anulada (cf. *Sociedades...*, n. 830, p. 114). Isso decorre da já mais de uma vez mencionada posição desse autor, que reduzia todas as invalidezes de deliberações à hipótese de anulabilidade). De acordo com Moitinho de Almeida, no direito português a violação à lei ou ao estatuto pode redundar em nulidade ou anulabilidade, a depender do vício concreto (art. 56 do Código das Sociedades Comerciais) (cf. *Anulação e suspensão...*, parte, I, n. 4, p. 59). Contudo, com indicação de vasta doutrina estrangeira, Lobo Xavier expressamente afirma que "o vício de que enferma a deliberação que simplesmente contraria estipulações do pacto social nunca se traduzirá na nulidade, mas tão só na anulabilidade - ou, em certos casos, na ineficácia até ao assentimento de determinado sócio ou categoria de sócios" (cf. *Anulação...*, n. 9, pp. 148/149).

192 Cf. Romano-Pavoni, *Le deliberazioni...*, n. 36, p. 134.

193 Cf. Erasmo Valladão França, *Invalidez...*, n. 19.2, pp. 111/113. Também ineficazes são, ainda de acordo com esse autor, as deliberações que alteram o estatuto de maneira a atingir os direitos dos credores de partes beneficiárias, de debêntures conversíveis em ações ou de debêntures

Os vícios nos votos são relevantes para a desconstituição da deliberação apenas quando, excluídos, a maioria não esteja mais presente (v. item 6). Os vícios dos votos enunciados no art. 286 são erro, dolo, fraude ou simulação, mas nada impede que a coação também seja invocada como fundamento para o pedido de desconstituição.<sup>194</sup> Diante de deficiências desse tipo, o voto e, se este tiver sido essencial para a formação da maioria, também a deliberação serão anuláveis, não só porque o art. 286 da LSA assim dispõe, mas também porque assim o faz o Código Civil (arts. 148 e seguintes). Igualmente anulável é a deliberação que tenha sido constituída com voto proferido em conflito de interesse (LSA, art. 115, § 4º). Mais uma vez conforme a lição de Erasmo Valladão França, todos esses casos representam hipóteses de anulabilidade (LSA, art. 286 e 115, § 4º) porque se encontram em jogo apenas interesses dos acionistas. Contudo, em se tratando de voto proferido por absolutamente incapaz, será caso de nulidade; e em caso de contrariedade a acordo de voto arquivado na sede da companhia, o voto será ineficaz (LSA, art. 118).<sup>195</sup>

Resta, por fim, analisar a *inexistência* de deliberação, categoria que, como visto no item 7.1, é controversa. Tanto é que Ascarelli, que entendia haver deliberações inexistentes, disse não haver critérios precisos para diferenciá-las das nulas e anuláveis.<sup>196</sup> Por outro lado, a categoria é rejeitada por Erasmo Valladão França ao fundamento de que os chamados vícios de inexistência estão englobados pelos vícios de nulidade e que o regime da anulabilidade confere adequada solução à questão.<sup>197</sup> Com efeito, embora tenha atrelado a inexistência à ausência completa de um requisito do ato e a nulidade ao ato que, embora

simples (LSA, art. 51, 57, § 2º, 174 e 231), assim como as deliberações, em relação a terceiros, que reformem o estatuto, enquanto não forem arquivadas e publicadas (LSA, art. 135, § 1º). No direito português, apontam Vasco da Gama Lobo Xavier e L. P. Moitinho de Almeida, a ineficácia também está ligada a deliberações às quais falta algum requisito exterior do ato, em regra o consentimento de determinado sujeito, para que o ato produza efeitos (cf., respectivamente, *Anulação...*, n. 7, p. 106, nota 10; e *Anulação e suspensão...*, parte 1, n. 4, p. 52).

194 Cf. Trajano Miranda Valverde, *Sociedades...*, v. III, n. 831, pp. 114/115; e Modesto Carvalhosa, *Comentários...*, v. 4, t. II, p. 287. Como exemplo de erro ou dolo, Erasmo Valladão França aponta ser comum o caso de votação sobre a situação financeira da empresa ser viciada por conta de balanço irregular. Já como exemplo de simulação esse mesmo autor alude aos casos em que administradores, proibidos de votar as próprias contas, transferem suas ações para *testas-de-ferro*, para que estes votem e aprovem as contas em seus lugares (cf. *Invalidez...*, n. 19.3., pp. 113/117).

195 Cf. *Invalidez...*, n. 19.3., pp. 116/117.

196 Um exemplo dado pelo mestre é a deliberação tomada em assembleia cuja convocação não foi realizada regularmente, havendo prejuízo à publicidade e ao direito de participação dos sócios. Uma assembleia como essa seria inexistente, assim como inexistentes seriam as deliberações nela tomadas, e o vício poderia ser reconhecido judicialmente mediante demanda meramente declaratória, não sujeita a termo decadencial (cf. *Appunti di diritto commerciale - società e associazioni commerciali*, p. 279). Romano-Pavoni, por sua vez, entendeu ser útil a distinção entre invalidez e inexistência (cf. *Le deliberazioni...*, n. 34, p. 129).

197 Cf. *Invalidez...*, p. 84. Nesse sentido também Aurelio Candian, que iguala a *deliberação nula à não-deliberação* e dá como exemplo daquela a hipótese de "quando manca un requisito d'esistenza

apresente todos os seus requisitos, em seu conteúdo viola normas postas a serviço do interesse geral, Antigono Donati pontuou ser essa distinção exclusivamente terminológica, inútil e sem importância prática, pois ambas as categorias levariam à ineficácia completa.<sup>198</sup> E, de fato, o principal motivo para a criação dessa categoria é a ideia de que ela é completamente ineficaz e, portanto, em caso de dúvida seria adequada a tutela meramente declaratória. Mas no caso das deliberações mesmo a juridicamente inexistente, especialmente após registro e publicação, ostenta uma *aparência de legalidade* que vai além da mera incerteza jurídica e, em certos casos, pode exigir a remoção por tutela constitutiva.

A verdade é que há grande inexatidão a respeito do que leva à inexistência e, por isso, parecem estar com razão aqueles que afirmam que, ainda que fosse possível trabalhar com essa categoria, isso não seria recomendável. Caso se opte por empregar referida categoria, porém, vale a ressalva de Donati: a inexistência deve ser estendida a todas as hipóteses em que falta um requisito essencial da deliberação, e não só aos casos de falta de assembleia, falta de declaração de vontade ou violação a direitos de terceiros.<sup>199</sup>

Resumindo a classificação que acaba de ser exposta, e que neste trabalho é acolhida, tanto os vícios de voto como os de assembleia levam à anulabilidade, pois aqueles maculam apenas os direitos dos acionistas emissores dos votos e estes, os dos acionistas que compõem a sociedade naquele dado momento. Havendo vício na deliberação, a violação de interesse extra-societário (direitos de terceiros, ordem pública, bons costumes, interesse público, interesses de futuros acionistas) leva à nulidade, ressalvados os casos em que a lei autoriza a prática do ato mas a condiciona à aquiescência dos interessados, hipóteses em que haverá ineficácia. Se a deliberação violar a lei de forma duradoura, será caso de nulidade; se violá-la em um caso concreto, de anulabilidade; e, se violar o estatuto, também será caso de anulabilidade. Por fim, as hipóteses de ineficácia estão, *grosso modo*, relacionadas à criação de disciplina que, sem o consentimento dos acionistas, viole direitos especiais seus.<sup>200</sup> Basicamente, portanto, o intérprete deve avaliar, no caso concreto, qual o interesse transgredido, fazendo a seguinte pergunta: *a quem este vício afeta?* Se perturbar apenas a esfera de um acionista, ou mesmo de todos os acionistas em um dado mo-

della assemblea", que é o que ocorre, por exemplo, se os participantes do conclave não são sócios (cf. *Nullità...*, n. 17, p. 49).

198 Cf. *L'invalidità...*, nn. 24 e 26, pp. 99 e 104. Para um apanhado da doutrina que escreveu sobre o tema, v. n. 24, pp. 93 e seguintes.

199 Cf. *L'invalidità...*, nn. 24 e 26, pp. 99 e 104. Sobre a inexistência de deliberação, v., ainda, Waldirio Bulgarelli, "Deliberar não deliberar é deliberar?", in *Questões de direito societário*, pp. 83/93.

200 Cf. Erasmo Valladão França, *Invalidez...*, n. 19.4, pp. 117/118.

mento da vida societária, haverá anulabilidade; se o derrespeito ultrapassar essa órbita, será caso de nulidade.

Embora esta classificação seja feita pela mais autorizada doutrina e, reputa-se, seja adotada neste trabalho, ela é *confusa, pouco prática* e possui *relevância muito inferior* ao que se costuma pensar. A nosso ver, ela serve principalmente para estabelecer a legitimidade ativa para a impugnação: no caso de nulidade e, para os que a admitem, inexistência, a legitimidade é atribuída a qualquer interessado, isto é, a qualquer um que tenha recebido prejuízo jurídico da deliberação. Inclusive o acionista que votou a favor da deliberação, administradores e terceiros prejudicados têm legitimidade para suscitar os vícios. Já para a anulabilidade prevalece a opinião de que o sócio dissidente, ausente, abstinente ou sem direito a voto possui legitimidade para impugná-la, mas não o acionista que votou favoravelmente, os administradores e, na medida em que as deliberações via de regra produzem apenas efeitos *interna corporis*, tampouco credores e terceiros. Em se tratando de ineficácia, a legitimidade é daqueles cujo consentimento foi desconsiderado.<sup>201-202</sup>

Dizemos que essa é a principal – e talvez a única – relevância da distinção entre deliberações nulas e anuláveis porque nos parece que no direito societário tal diferenciação é bastante diluída.<sup>203</sup> Isso porque as duas categorias (i) exigem desconstituição judicial (v. item 12); (ii) são removidas em princípio com efeito *ex tunc* (v. item 16); e (iii) estão sujeitas à decadência e, portanto, convalidam pelo decurso do tempo (v. item 7.1). E embora haja quem entenda que apenas a deliberação anulável é passível de ratificação e confirmação,<sup>204</sup> há, de outro lado, quem defenda que, por conta dos imperativos de ampla sanção e convalidação dos atos viciados que vigoram no direito societário, também a

201 A respeito da legitimidade, v. Erasmo Valladão França, *Invalidez...*, n. 20.1, pp. 119 e seguintes; Erasmo Valladão França e Marcelo von Adamek, "Algumas notas...", p. 162; e Eduardo Talamini, "Legitimidade, interesse...", pp. 104 e seguintes. Embora a temática da legitimidade para a demanda de impugnação de deliberação assemblear não seja objeto deste trabalho, faz-se remissão a um caso bem específico em que surge essa questão, analisada em parecer de Erasmo Valladão França, qual seja, o de sócio de sociedade controladora pleitear a anulação de deliberação da controlada subsidiária integral (cf. "Legitimação do sócio da sociedade controladora para pleitear a anulação de assembleia da controlada subsidiária integral", in *Temas...*, pp. 424/431).

202 E mesmo essa classificação é criticável, na medida em que há doutrina de peso, como Eduardo Talamini, que, partindo da premissa de que a LSA quis igualar nulidade à anulabilidade, defende que não há na lei brasileira, diferentemente do que ocorre na Espanha, Itália e Portugal, distinção entre deliberações nulas e anuláveis sequer quanto à legitimidade ativa *ad causam* (cf. "Legitimidade, interesse...", p. 114).

203 Nesse sentido, v. Luiz Fernando C. Pereira, *Medidas urgentes...*, n. 3.7, p. 164; e, no direito italiano, Elena Zucconi Galli Fonseca, "La compromettibilità delle impugnative di delibere assembleari dopo la riforma", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, v. 59, n. 2, p. 456.

204 Cf. Ricardo Tepedino, *Direito das companhias*, v. I, n. 261, p. 988.

nula pode ser ratificada e confirmada.<sup>205</sup> Mesmo que não seja possível equivaler os dois vícios, eles estão muito mais próximos do que se costuma defender.

Em suma, por um lado, embora a divisão que expusemos entre deliberações nulas e anuláveis seja complexa e até mesmo confusa, ela é acolhida neste trabalho. Mas, por outro, parece-nos que o único aspecto relevante em que se distinguem as deliberações nulas e anuláveis diz com a legitimidade ativa *ad causam*. Todos os demais aspectos que costumam ser apontados pela doutrina ao diferenciar atos civis nulos e anuláveis não se aplicam, salvo reflexão mais amadurecida, no terreno das deliberações inválidas.

De toda forma, não convém aprofundar o assunto. Para os fins deste trabalho, o importante é reconhecer que, no que diz respeito ao conteúdo do provimento e aos limites objetivos e subjetivos do provimento e da coisa julgada na demanda de impugnação de deliberação assemblear, não há rigorosamente nenhuma diferença entre deliberações nulas e anuláveis. É o que basta para prosseguirmos.

## 8. A POSIÇÃO DOS ADMINISTRADORES PERANTE DELIBERAÇÕES INVÁLIDAS

Não só porque o administrador deve agir mirando o interesse social e, assim, evitar a prática de ato ilegal, mas também porque pode ser pessoalmente responsável pelo cumprimento de deliberação ilícita, predomina a ideia de que a administração deve dar cumprimento à deliberação anulável, mas negar-se a fazê-lo se o ato for nulo.<sup>206</sup> À base dessa diferenciação está a tantas vezes referida noção de que as deliberações nulas são desprovidas de efeito e as anuláveis produzem efeitos provisórios, cuja remoção depende da iniciativa de alguns poucos interessados.<sup>207</sup>

Há quem tenha defendido, porém, que a administração não está cegamente atrelada nem mesmo à deliberação anulável, e que por isso tem o dever de recusar-se a concretizá-la.<sup>208</sup> Nesse sentido Ascarelli, para quem os administradores não devem seguir as deliberações viciadas, mesmo aquelas cujo re-

205 Cf. Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades...*, v. III, n. 832, pp. 115/116; Lamy Filho, "Mudança do objeto...", pp. 545/546; Nelson Eizirik, *A Lei das S/A...*, v. II, pp. 582 e 591/593.

206 Cf. Antígono Donati, *L'invalidità...*, n. 72, p. 221. Nelson Eizirik entende que os administradores têm o poder-dever de não acatar as deliberações contrárias à lei e aos estatutos, sem diferenciar as nulas das anuláveis (cf. *A Lei das S/A...*, p. 595).

207 O que, conforme se procurará demonstrar no item 12, não nos parece correto, pois ambos os vícios não impedem, em princípio, a eficácia do ato assemblear.

208 Cf. Aurelio Candian, *Delibere...*, n. 72, p. 141; e Romano-Pavoni, *Le deliberazioni...*, n. 94, p. 362.