

Capítulo III
**O REGIME DE INVALIDADE DAS ASSEMBLEIAS
 E DAS SUAS DELIBERAÇÕES
 NA LEI 6.404/1976¹**

16. Considerações introdutórias. 17. Inexistência das assembleias e suas deliberações? 18. Vícios da assembleia, vícios das deliberações e vícios do voto. 19. Nulidade, anulabilidade e ineficácia das assembleias e suas deliberações: 19.1 Vícios da assembleia – 19.2 Vícios das deliberações – 19.3 Vícios do voto – 19.4 Recapitulação e síntese. 20. Legitimação para agir: 20.1 Legitimação ativa: 20.1.1 Nulidade – 20.1.2 Ineficácia – 20.1.3 Anulabilidade – 20.2 Legitimação passiva. 21. Prazos de prescrição ou de decadência? 22. Invalidade das assembleias e suas deliberações e direitos de terceiros.

1. Duas obras são de fundamental importância, em nosso entender, para a compreensão da matéria objeto deste capítulo, em face do atual estágio do direito positivo brasileiro: o notável estudo de Tullio Ascarelli intitulado “Vícios das deliberações assembleias – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, constante do citado volume *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado* (São Paulo, Saraiva, 1945, pp. 395-417), e a magistral tese de Vasco da Gama Lobo Xavier, também já mencionada, denominada *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas* (Coimbra/Portugal, Atlântida Editora, 1976). Para não ficar apenas em adjetivações, expliquemos, a seguir, as razões desta nossa afirmação.

A primeira das obras referidas, publicada entre nós em 1945, *teve em vista, precisamente, o regime de invalidades acolhido pelo legislador brasileiro no Decreto-lei 2.627/1940 – regime, este, que, como se salientou no primeiro capítulo deste trabalho, foi mantido praticamente intacto pela atual Lei 6.404/1976*. Em que pese, porém, ao caráter instigante do estudo em questão, parece que o mesmo, inexplicavelmente, não deu os frutos que seriam de se esperar. Lobo Xavier, examinando o Direito Brasileiro anterior à Lei 6.404/1976 acerca da matéria, assim lamenta essa situação: “Já, no Brasil, a distinção entre deliberações nulas e deliberações anuláveis é geralmente omitida pelos autores. Entre os nacionais, vemo-la apenas mencionada por Aloysio Lopes Pontes, II, pp. 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*, I, 3ª ed., Rio de Janeiro/São 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., pp. 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. 156 do Decreto-lei 2.627, de 26.9.1940” (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., Capítulo II, nota 13, p. 113). Embora tenha cometido algumas omissões, a apreciação de Lobo Xavier não deixa de ser correta ainda hoje.

No tocante à tese do mesmo Lobo Xavier, sua importância para o estudo do Direito Brasileiro atual infere-se das seguintes considerações por ele feitas a respeito do Direito Português então vigente (a tese, publicada em 1976, foi, no entanto, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 1973):

“Os únicos textos em que a nossa lei dispõe, de modo genérico, acerca das consequências da desconformidade entre as deliberações da assembleia-geral de sociedades anónimas ou por quotas e as determinações legais ou estatutárias que de algum modo as regulam – quer disciplinando o processo de formação de tais actos, quer delimitando, directa ou indirectamente, o seu conteúdo possível – são o art. 146º do CComercial, aplicável ao primeiro, e o art. 46º e seu § 1º da Lei de 11.4.1901, aplicáveis ao segundo dos dois tipos de sociedades que referimos. *Estes preceitos preveem a anulabilidade das deliberações ilegais ou antiestatutárias*: os efeitos das deliberações assim viciadas ficam sujeitos a ser eliminados *ex tunc*, desde que algum dos sócios o venha requerer judicialmente, dentro dos vinte dias posteriores à conclusão do acto” (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 88-89 – grifos nossos; assinala-se que o mencionado art. 146º do CComercial português, aplicável às sociedades por ações, assim dispunha: “Art. 146º [Ação de anulação de deliberações sociais]. Todo sócio ou acionista, que tiver protestado em reunião ou assembleia geral dos sócios contra qualquer deliberação nela tomada em oposição às disposições expressas da lei ou contrato social, pode, no prazo de 20 (vinte) dias, levar o seu protesto com as provas que tiver ao tribunal do comércio respectivo, e pedir que se julgue nula a deliberação, ouvida a sociedade”. Em notas ao pé de página, Lobo Xavier esclarece que, sem embargo de tal dispositivo falar em deliberação “nula”, na verdade cuidava-se de deliberação anulável: é que, “de harmonia com a linguagem da época do Código Comercial”, dizia-se “nulidade relativa” e não “anulabilidade” – ob. cit., p. 88, nota 2, e p. 38, nota 2. Saliente-se, outrossim, que o “protesto” aludido no art. 146º do CComercial já não era mais exigido para a propositura da ação de anulação, abolido que fora pelo art. 403 do CPC de 1939 – cf. ob. cit., Capítulo II, nota 3, p. 90).

Mais adiante, questiona o ilustre jurista português: “É de perguntar, porém, se a disciplina aplicável às deliberações que contrariam as disposições da lei ou do pacto social se esgota nos preceitos legais que foram mencionados e cujo sentido acabamos de descrever e explicar; mais concretamente, se, para além das deliberações *anuláveis*, nos termos dos citados art. 146º e art. 46º e seu § 1º, haverá lugar a falar-se em deliberações *nulas*, insusceptíveis de produzir os efeitos a que tendam, e sujeitas ao regime da nulidade do direito comum dos negócios jurídicos, tal como o define o art. 286º do CC, de forma a que o vício em causa deva julgar-se ‘invocável a todo o tempo por qualquer interessado’ – designadamente através de uma acção de simples apreciação que vise à declaração judicial da invalidade – e possa ser conhecido ‘oficiosamente pelo tribunal’. E, em caso de resposta afirmativa a este quesito, é de perguntar ainda quais os critérios a que haverá de recorrer-se para estremar as deliberações nulas das

16. Considerações introdutórias

A questão que se põe preliminarmente neste capítulo é a de saber se, para lá do regime especial de *anulabilidade* das assembleias e suas deliberações, o sistema da Lei 6.404/1976 admite a possibilidade de as-

simplesmente anuláveis, reguladas pelas disposições que foram referidas” (ob. cit., pp. 106-108; consigne-se que, segundo Lobo Xavier, a questão também se colocaria no que tange às deliberações *ineficazes* – cf. p. 106, nota 10).

Continua o eminente jurista, ressaltando, agora, a importância do estudo da evolução doutrinária e jurisprudencial verificada na Alemanha e na Itália: “Problemas substancialmente idênticos aos que enunciámos puseram-se no Direito Alemão que vigorou entre a *Aktiennovelle* de 1884 e a *AktG* de 1937, e no Direito Italiano anterior a 1942, ou, melhor, durante a vigência do *Codice di Commercio* de 1882. *As legislações alemã e italiana desta fase limitavam-se, com efeito, a estabelecer um regime de anulabilidade das deliberações da assembleia-geral das sociedades anônimas que infringissem a lei ou o pacto social, omitindo qualquer referência à nulidade das mesmas*, a qual só veio a ser prevista expressamente, na Alemanha, com a mencionada *AktG* de 1937, e na Itália com o Código Civil de 1942. Tratava-se, como logo se reconheceu, de uma deficiência do sistema legislativo. Mas em ambos os Países ela foi suprida pela elaboração doutrinária e jurisprudencial, que no caso alemão se mostrou particularmente lograda e inspirou a regulamentação – praticamente reproduzida pela última *AktG* (de 1965) – que a Lei de 1937 veio a editar neste domínio” (pp. 108-113 – grifos nossos).

Em nota ao pé de página, e após analisar as legislações de diversos Países, Lobo Xavier dá conta da situação em que se achava o Direito Português à época em que elaborou sua tese: “Nesta matéria, o Direito Português está muito mais próximo da linha do Direito Alemão e do Direito Italiano, *encontrando-se a nossa legislação num estágio comparável ao da Alemanha antes da AktG de 1937 e da Itália antes do Código Civil de 1942*” (ob. cit., Capítulo II, nota 14, p. 112 – grifos nossos).

Facilmente se infere, pelas considerações acima citadas, a importância da obra de Lobo Xavier para o estudioso do assunto em nosso País. Na verdade, muito embora disponhamos de uma moderna Lei de S/A, em matéria de invalidade de deliberações assembleares estamos, *mutatis mutandis*, no mesmo estágio em que se encontrava o Direito Português em 1973 (vale dizer, portanto, no mesmo estágio em que achavam o Direito Alemão anterior à *AktG* de 1937 e o Direito Italiano anterior ao Código Civil de 1942): a Lei 6.404/1976, com efeito, *repetindo, no particular, o Decreto-lei 2.627/1940*, limitou-se a estabelecer um regime de *anulabilidade* das deliberações, omitindo qualquer referência à *nulidade* das mesmas. A tese do eminente comercialista lusitano, muito embora se dedique, precipuamente, ao tema da invalidade das deliberações conexas – e sem embargo da excessiva modéstia do ilustrado autor –, traz, todavia, no Capítulo II (pp. 87-261), exaustiva resenha da doutrina e da jurisprudência (sobretudo) alemã e italiana acerca da invalidade das deliberações, anterior e posterior àqueles mencionados diplomas legais (neste último caso, para verificar os respectivos resultados), constituindo, pois, ponto de partida de grande valia para a solução do problema em face de nosso vigente direito das sociedades por ações.

sembleias e deliberações nulas (ou ineficazes *stricto sensu*),² sujeitas ao regime comum previsto nos arts. 166, 167 e 168 do CC/2002.³

Essa questão já foi respondida incidentalmente no Capítulo I, ao tratarmos da nulidade das assembleias *de constituição* das sociedades por ações.

Aqui, porém, por se cuidar mais propriamente do objeto principal do nosso estudo – qual seja, das assembleias ocorridas *durante a vida da companhia* (assembleias *de acionistas*, e não de *subscritores*) –, a indagação merece exame mais aprofundado.

O dispositivo da Lei 6.404/1976 que cuida genericamente⁴ da invalidade das deliberações tomadas nessas últimas assembleias – e assim

2. O problema da inexistência das deliberações será estudado mais adiante, neste mesmo capítulo. De qualquer modo, como lembra Leães, “nossa lei civil se absteve de se referir à primeira categoria, [*nota nossa: à categoria dos atos inexistentes*] por *inconsequente do ponto de vista jurídico*, limitando-se a distinguir os atos nulos (nulidade absoluta) dos atos anuláveis (nulidade relativa), aqueles indicados no art. 145, estes últimos no art. 147, do CC brasileiro” (“Vícios em assembleia-geral ordinária”, in *Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas*, São Paulo, Ed. RT, 1989, p. 162 – grifos nossos). É que “o ato inexistente, como se disse tantas vezes, é o nada jurídico. *A lei não o regula porque não há necessidade de se disciplinar o nada* (Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 2ª ed., 1965, p. 402; Mário Guimarães, *Estudos de Direito Civil*, p. 71)” (*apud* Comparato, no parecer intitulado “Seguro de crédito financeiro e fraude do financeiro”, in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 340-341).

3. A ecoar a perplexidade que traz essa questão – a qual, por óbvio, nada tem de acadêmica –, v. os julgados já citados da 4ª Câmara Civil do TJSP – este relatado pelo eminente comercialista Des. Freitas Camargo, criticando o magistrado por ter aplicado o regime comum de nulidades (RT 624/57) – e, ainda, no mesmo sentido, o do 1º Grupo de Câmaras do TJRJ – relatado pelo Des. Pedro Américo Rios Gonçalves (RJTJRJ 48/112, *apud* Wilson Bussada, *Sociedade Anônima Interpretada pelos Tribunais*, Rio de Janeiro, Liber Juris, s/d, pp. 478-486), ambos fundamentados nos ensinamentos de Valverde. Este último, inclusive, cuida do controvertido problema da invalidade de cláusula estatutária (embora examinando o assunto à luz do Decreto-lei 2.627/1940 – o que, todavia, como se salientou, pouca diferença faz). V., ainda, acórdão do STF de 16.6.1981 onde se afirma, em voto proferido pelo também insigne comercialista Min. Cunha Peixoto que “inexiste, na Lei de Sociedade Anônima – Decreto-lei n. 2.627/1940 – nulidade absoluta, e tanto é verdadeira esta assertiva que, como se verifica pelos arts. 155 e ss., o prazo prescricional, no tocante aos atos eivados de irregularidades, não excede a três anos, o que contrastaria com a nulidade absoluta, pois é conhecido o brocardo latino: *quod nullum est, nullum producit effectum*” (RTJ 102/731).

4. O § 4º do art. 115 da Lei 6.404/1976 trata de hipótese específica de anulabilidade da deliberação: “§ 4º. A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá

mesmo indiretamente, pois se acha sob a rubrica do Capítulo XXIV, que disciplina os “Prazos de Prescrição” – é o art. 286, que assim dispõe: “Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia-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”.⁵

Não há qualquer dúvida de que a adoção de um regime de *anulabilidades* diverso do regime comum e prescritível em prazo mais abreviado⁶ visa a atender a uma necessidade prática de *estabilidade* das deliberações assembleares, a fim de não ficarem estas expostas durante longo tempo aos azares decorrentes da eventual propositura de uma ação anulatória.⁷

pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido”. Sobre o alcance dessa norma, v. o nosso *Conflito de Interesses nas Assembleias de S/A*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, pp. 103-106).

5. Esse dispositivo, com exceção do prazo prescricional, que foi diminuído, é cópia quase que *ipsis litteris* do art. 156 do Decreto-lei 2.627/1940, que tinha a seguinte teor: “Art. 156. Prescreve em 3 (três) anos a ação para anular as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, ou violadoras da lei ou dos estatutos, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação”.

6. A ação de anulação dos contratos em virtude de erro, dolo, fraude ou simulação, por exemplo, prescreve geralmente em quatro anos, nos termos do art. 178, I e II, do CC/2002, que prevê, agora, prazos de decadência; de outra parte, a simulação é causa de nulidade absoluta do negócio jurídico, e não mais de anulabilidade, nos termos do art. 167.

7. O interesse na estabilidade das deliberações em nosso Direito, porém, é de certa forma obscurecido pelo longo prazo aberto à impugnação das deliberações (e que, ademais, tem sido usualmente considerado como de prescrição, e não de decadência) em comparação com aqueles previstos em outras legislações. Para ficar em alguns exemplos: a *AktG* de 1937 previa um prazo de um mês; a *AktG* de 1965, idem (§ 246, 1); o Código das Obrigações suíço de 1911 o prazo de dois meses (art. 706, n. 4); o Código Civil italiano de 1942 o prazo de três meses (art. 2.377); o Código Comercial português de 1882 previa o prazo de vinte dias (art. 146^o) e, hoje, o Código de Sociedades Comerciais de 1986 estabelece o prazo de trinta dias (art. 59); a Lei de Sociedades Comerciais argentina de 1972, o prazo de três meses (art. 251); o Código Comercial boliviano de 1977, o prazo de sessenta dias (art. 302); o Código Comercial venezuelano de 1955, o prazo de quinze dias (art. 290); a Lei de Sociedades Comerciais de 1977, o prazo de trinta dias (arts. 229 e 291, 1^o).

Aparentemente destoava dessa orientação quase uniforme a Lei de Sociedades Comerciais francesa de 1966, que estabelecia o prazo de três anos (art. 367), salvo os casos de fusão ou cisão, em que o prazo era de seis meses. Sucede que, se se tratasse de invalidade em decorrência de vício de consentimento ou incapacidade de um dos sócios e esta pudesse ser regularizada, qualquer interessado poderia notificar o legitimado *ad causam*, seja para regularizar o ato, seja para propor a ação, no prazo de seis meses, sob pena de decadência (art. 365); ademais, além da invalidade das deliberações só poder resultar da violação de disposições imperativas da menciona-

Em prazo mais curto ficam os interessados ou advertidos da possibilidade de ser invalidada a deliberação – se proposta a demanda no prazo legal – ou – na hipótese contrária –, seguros da plena eficácia do ato.

O interesse na estabilidade das deliberações, de resto, não se deve apenas à circunstância de tais atos poderem atingir um círculo muito vasto de pessoas e, sobretudo nas companhias abertas, a todo tempo mutável,⁸ mas, especialmente, aos danos que poderiam advir à própria gestão da empresa social⁹ se sujeitos a impugnação¹⁰ em prazo muito dilatado.¹¹

da lei ou daquelas que regem os contratos (art. 360, 2ª alínea), havia uma série de disposições visando a evitar a continuação do processo – salvo no caso de ilicitude do objeto social (arts. 362, 363, 365 e 366-1) –, inclusive, em determinada hipótese, mediante o resgate das ações do demandante (art. 365, 2ª alínea). O prazo de três anos, outrossim, se aplicava tanto à ação anulatória quanto à de nulidade (cf. Dominique Schmidt, *Les Droits de la Minorité dans la Société Anonyme*, Paris/França, Sirey, 1970, pp. 125-126).

Fazendo um parêntesis, vale transcrever a seguinte observação de Dominique Schmidt, que bem caracterizava a singularidade do regime francês: “La conclusion s’impose alors que, pour assurer la formation correcte de la volonté sociale, de nombreuses causes de nullité doivent être prévues, mais que, pour se garder des inconvénients de cette sanction, il faut éviter de la prononcer. Il n’y a là aucune contradiction, pourvu que l’on prenne soin d’aménager de telle façon le régime de la nullité que le vice cause de celle-ci puisse être effacé autrement que par la mise en néant de la décision infectée” (ob. cit., p. 112).

8. A esse propósito, obtempera Lobo Xavier: “Nem se diga que o mesmo acontecerá com actos do chamado ‘tráfico individual’ – e que nem por isso o legislador teve o cuidado de sujeitar a invocação dos vícios que nesses actos podem ocorrer a um prazo tão breve como o previsto nos textos citados, relativamente às deliberações sociais. A validade, v.g., de uma venda é decerto pressuposto da validade das vendas ulteriores do mesmo objecto, e, nessa medida, um vício daquela primeira pode afectar um número indeterminado de sujeitos além do vendedor e do comprador primitivos. Simplesmente, como observa Candian, *est. e lug. ult. cit.*, em casos como estes o círculo de pessoas que retiram os seus direitos do primeiro negócio é, na prática, bastante limitado” (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 99, nota 6).

9. Lobo Xavier invoca, a esse respeito, a seguinte hipótese: “Facilmente se concebem, por exemplo, os inconvenientes que adviriam se uma deliberação que excluiu da distribuição dos lucros de exercício determinada fracção dos resultados, a fim de a afectar à constituição de um fundo de reserva, viesse a ser julgada inválida – ficando a sociedade obrigada a abrir mão do respectivo quantitativo a favor dos associados – quando havia decorrido um longo período de tempo sem que se tivesse verificado a impugnação do acto” (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 100-106).

O exemplo citado nesta nota bem como vários outros que se podem imaginar militam todos em favor de um drástico encurtamento, *de lege ferenda*, do prazo, que, ademais, deve ser expressamente declarado como decadencial, de anulação das

deliberações assembleares (Waldemar Ferreira, aliás, já aconselhava um abreviamento do prazo previsto no Decreto-lei 2.627/1940, afirmando que, “se a ação anulatória da constituição da sociedade prescreve em um ano, incompreende-se que só em três anos prescreva a de anulação de deliberação de um de seus órgãos” – cf. *Tratado das Sociedades Mercantis*, 5ª ed., vol. V, Rio de Janeiro, Editora Nacional de Direito, 1958, p. 1.818).

Mas a necessidade de encurtar o prazo para anulação das deliberações, em favor do regular desenvolvimento da atividade empresarial, é reforçada, ainda, pelos graves problemas de ordem processual que um prazo muito longo pode acarretar, ligados aos limites subjetivos da coisa julgada nas ações anulatórias em questão. Com efeito, escrevendo sob a égide do Código de Comércio de 1882 na Itália, Liebman, combatendo opinião de Chiovenda (exposta nas *Instituições de Direito Processual Civil*, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, trad. da 2ª ed. italiana por J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1942, n. 135, pp. 574-579), sustentou que nessas ações a sentença que julgasse *procedente* a demanda seria eficaz perante todos os outros interessados; não assim a que desse pela *improcedência*, caso em que outro acionista, por exemplo, poderia propor nova ação contra a companhia, referente à mesma assembleia ou deliberação (cf. estudo intitulado “Pluralidade de partes legítimas à impugnação de um único ato”, constante da 2ª ed. brasileira da obra clássica *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 229-237). A posição de Liebman é seguida na doutrina brasileira, entre outros, por Ada Pellegrini Grinover (em “Notas” ao estudo citado, na mesma obra, pp. 238-243) – que posteriormente alterou esse entendimento – e Cândido Rangel Dinamarco (*Litiscônsórcio*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, n. 92, pp. 224-225). Ora, com um prazo de dois anos, previsto na Lei 6.404/1976, para anulação das deliberações, é perfeitamente possível que a companhia, além de tudo, fique sujeita a *mais de uma demanda* concernente à mesma assembleia ou deliberação, se as anteriores vierem a ser julgadas improcedentes. Esse grave inconveniente não ocorreria se se abreviasse o mencionado prazo, estabelecendo-se, ademais, como o fazem o Código Civil italiano (art. 2.378) e a *Aktiengesetz* de 1965 (§ 246, 3), que todas as ações visando a impugnar os aludidos atos societários sejam reunidas perante o mesmo juízo e decididas em sentença única, dando-se andamento aos processos somente após escoado o prazo decadencial.

10. Utilizamos aqui a palavra “impugnação” no sentido que lhe tem dado a doutrina, sobretudo italiana, ou seja, como sinônimo de anulação da deliberação (cf. arts. 2.377 e 2.378 do CC italiano). O primeiro termo – “impugnação” – é até preferível a esta última, pois, como já salientamos, com Ascarelli, “la impugnabilità della deliberazione non trova affatto il suo fatto costitutivo nei vizi che danno luogo all’annullabilità dei negozi giuridici (vizi che invece potranno concernere il voto e determinare l’annullabilità di questo, reagendo poi la nullità o l’annullamento del voto sulla deliberazione solo in quanto faccia venir meno la maggioranza necessaria), ma in fatti costitutivi diversi. Nessuno dei vizi che dà luogo all’annullabilità dei negozi secondo le norme degli artt. 1.425 e ss. può proporsi per l’annullabilità della deliberazione (mentre essi possono proporsi per l’annullabilità del voto, che può avere del resto un interesse anche indipendentemente dalla sua influenza sulla deliberazione) (...)” (“L’interesse sociale dell’art. 2.441 Codice Civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari”, *Rivista delle Società* 1/104-105, 1956).

À vista, pois, do inegável interesse relacionado a um maior grau de certeza e segurança na eficácia das deliberações, é de indagar se o legislador, ao criar um regime especial de invalidade destas, estabelecendo prazo de prescrição *brevi temporis* para a propositura da “ação para anular as deliberações (...) violadoras da lei ou do estatuto”, teria, com isso, afastado a possibilidade de aplicação do regime comum às deliberações *nulas*. Ou, mais ainda, se teria – repetindo os dizeres de Pontes de Miranda – tentado transformar em “casos de anulabilidade todos os casos de nulidade, de modo que o ato jurídico ou seria válido ou seria anulável”.¹²

Ao proceder à análise de disposição semelhante do revogado Decreto-lei 2.627/1940, Ascarelli já colocava essa questão da seguinte forma: “Pode, talvez, não ser inútil frisar a importância de uma pergunta preliminar: o art. 156 abrange todos os possíveis vícios das deliberações tomadas em assembleias, ou, ao contrário, a sua interpretação, lógica e sistemática, deve conduzir à distinção entre os abrangidos pelo prazo do art. 156 e aqueles aos quais, ao contrário, não pode ser aplicado tal prazo? Já o art. 156 autoriza essa pergunta, pois ele se refere, literalmente, à ‘ação para anular’ as deliberações, descuidando, portanto, das deliberações que sejam ‘nulas’ e não ‘anuláveis’”.¹³

Na formulação da questão, portanto, o grande Mestre já parecia induzir a resposta, implicitamente sugerindo que, por cuidar apenas das deliberações anuláveis, o revogado diploma das sociedades por ações deixava intacta a possibilidade de aplicação do regime comum da lei civil no concernente às deliberações nulas.

Se foi isso mesmo o que Ascarelli quis dizer, o argumento não é convincente, pois o legislador bem poderia ter previsto apenas um regime

11. É verdade – como lembra Lobo Xavier – que um prazo abreviado para a impugnação das deliberações não afasta de todo um estado de incerteza, eventualmente muito demorado, sobre a eficácia das mesmas, decorrente das delongas de um processo judicial. Mas os inconvenientes desta circunstância são minorados, segundo ele, pelo fato de a propositura da ação anulatória já prevenir os interessados, máxime os administradores da sociedade, do caráter eventualmente precário da deliberação – possibilitando, inclusive, que, presentes os pressupostos, venha ela a ser revogada pela própria assembleia (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 106, nota 9).

12. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., 2ª tir., t. LI, São Paulo, Ed. RT, 1984, § 5.359, n. 1, p. 98.

13. Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleares – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pp. 397-398.

de anulabilidades no intuito, precisamente, de *excluir* a possibilidade de aplicação de outro regime, nomeadamente o comum, previsto no Código Civil. Foi essa interpretação, de resto, que Pontes de Miranda entendeu que Valverde havia emprestado aos arts. 155 a 161 do Decreto-lei 2.627/1940 – e que dele mereceu a mais acerba crítica, como se viu.¹⁴

O argumento decisivo, a nosso ver, porém, consiste na demonstração pelo absurdo. Se o regime de anulabilidades, adotado originariamente no Decreto-lei 2.627/1940 e repetido na Lei 6.404/1976, fosse aplicável a todo e qualquer vício das deliberações assembleares, *aos acionistas seria permitida a produção dos efeitos jurídicos que bem entendessem* caso nenhum deles viesse a impugnar o ato no prazo legalmente previsto. Vale dizer: “a aplicação exclusiva do regime descrito às deliberações ilegais traria como consequência, em último termo, que os sócios das sociedades mercantis ficariam autorizados a pôr pura e simplesmente de lado toda a ordem jurídica!”¹⁵

Isso significaria – para dar apenas alguns exemplos mais gritantes – que aos acionistas seria dado, em violação ao disposto no art. 222 da CF, eleger um estrangeiro para administrar e orientar intelectualmente uma empresa jornalística, ou modificar os estatutos desta para admitir um acionista pessoa jurídica de capital estrangeiro com mais de trinta por cento do capital social; ou, para ficar na própria Lei 6.404/1976, aos acionistas seria permitido modificar os estatutos de uma sociedade de economia mista para excluir a obrigatoriedade de conselho de administração, em

14 No Capítulo I, item 4, deste trabalho.

15. Cf. Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 124-127. O argumento foi utilizado originariamente por Alfred Hueck na obra fundamental sobre a matéria intitulada *Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften*, de 1924, p. 12 (*apud* Lobo Xavier, ob. cit., p. 127, nota 22).

Tal argumento, aliás, segundo Visentini, levou à expressa previsão na *AktG* de 1937 de um regime prevendo a nulidade das deliberações: “La nuova legge azionaria accoglie una soluzione intermedia. Da un lato distingue tra nullità ed annullabilità (paragr. 195, 197) considerando, come spiega la relazione ministeriale, che non sarebbe possibile rinunciare ad una tale distinzione senza urtare contro i principi generali, e che d'altra parte il negare un'azione di nullità porterebbe alla conseguenza che l'assemblea potrebbe deliberatamente violare ogni disposizione di legge, qualora, tutti gli azionisti fossero concordi e nessuno di essi facesse valere l'annullabilità” (“Le linee essenziali delle società anonime in Germania secondo la Legge 30 gennaio 1937”, *Rivista Bancaria*, 1939, p. 67, *apud* Romano-Pavoni, *Le Deliberazioni delle Assemblies delle Società*, Milão/Itália, Giuffrè, 1951, p. 282 – grifos nossos).

infringência ao estabelecido no art. 239; ou, ainda, dispor de direitos de terceiros que mantivessem relações com a companhia.

Nos exemplos apontados, portanto, se todos os acionistas estivessem concordes com as deliberações tomadas e se se aceitasse a tese segundo a qual a Lei 6.404/1976 teria criado um regime exclusivamente de anulabilidades, passado o prazo de dois anos para a impugnação (que só é concedida, em princípio, aos sócios), ou havendo renúncia a ele, ter-se-ia o absurdo de se verem convalidadas todas as aludidas agressões à ordem jurídica. Por aí se vê que essa tese é absolutamente insustentável.

Mas não é apenas a demonstração por via negativa que deita por terra a tese de um regime exclusivo de anulabilidades. Diversos dispositivos da Lei 6.404/1976 indicam que o legislador quis vedar a possibilidade de o estatuto estipular disciplina diversa daquela legalmente prevista. Uma disposição nesse sentido já foi apontada: o art. 239, que determina, de forma expressa, que as companhias de economia mista terão, “obrigatoriamente”, conselho de administração, “*assegurado* à minoria o direito de eleger 1 (um) dos conselheiros, se maior número não lhe couber pelo processo de voto múltiplo”. Ante os dizeres imperativos dessa disposição legal, poderia ser suscitada alguma dúvida acerca da nulidade da deliberação que abolisse o conselho de administração nas referidas companhias ou o direito da minoria de eleger um membro do aludido conselho?

Vários outros dispositivos da Lei 6.404/1976, porém, como se disse, levam à mesma conclusão,¹⁶ não havendo como afastar, portanto, a apli-

16. Entre vários exemplos, colhidos ao acaso, sem preocupação de exaustão, acham-se: o art. 1º, que determina que a companhia terá o capital dividido em ações, sendo limitada a responsabilidade dos acionistas; o art. 2º, que estabelece o objeto da companhia, proibindo, *a contrario sensu*, atividade contraveniente à lei, à ordem pública e aos bons costumes; o art. 3º, que disciplina a denominação da sociedade, vedando a utilização da expressão “companhia” ao final da denominação; o art. 5º, que determina que o valor do capital será expresso em moeda corrente nacional; o art. 13, que proíbe a emissão de ações por preço inferior ao seu valor nominal, estabelecendo o seu § 1º, às expressas, a “nulidade do ato ou operação”; os arts. 20, 50, 63 e 78, que determinam, respectivamente, que as ações, partes beneficiárias, debêntures e bônus de subscrição devem ter a forma nominativa; o art. 23, que estabelece as condições para emissão de certificado de ações, sob pena de “nulidade” do mesmo (§ 1º), bem como o art. 29, que estipula as condições para negociação das ações de companhia aberta, também sob pena de “nulidade do ato” (parágrafo único); os §§ 3º e 4º do art. 46, que, respectivamente, proíbem sejam conferidas às partes beneficiárias qualquer direito privativo de acionista ou sejam criadas mais de uma classe ou série de partes beneficiárias; o parágrafo único do art. 47, que determina as condições para criação das partes beneficiárias, bem como o § 1º do art. 48, que estabelece o prazo máximo

cação do regime comum relativo à nulidade dos atos jurídicos, previsto nos arts. 166 e 168 do CC/2002 (arts. 145 e 146 do CC/1916), às deliberações que estabeleçam disciplina contraveniente àquela determinada nos mencionados dispositivos. Vale dizer: a nulidade de tais deliberações, se não detectada oportunamente pelo Registro do Comércio (arts. 97 e 135, § 2º, da Lei 6.404), poderá ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, devendo ser pronunciada de ofício pelo juiz,¹⁷ vedada, outrossim, sua ratificação.¹⁸

de duração das mesmas; o art. 54, que determina o valor das debêntures; o § 3º do art. 59 e os arts. 60, 61 e 62, que estabelecem, respectivamente, as condições para emissão de debêntures, o limite das emissões, os requisitos da escritura e da própria emissão; os arts. 80 a 88, que dispõem sobre os requisitos para constituição das companhias, e os arts. 94 a 96, que tratam das formalidades complementares à constituição; o art. 109 e seus parágrafos, que cuidam dos direitos essenciais dos acionistas; o art. 110, que veda a atribuição de voto plural a qualquer classe de ações; o parágrafo único do art. 113, que proíbe o voto do credor garantido por alienação fiduciária da ação; o art. 114, que determina que o direito de voto das ações gravadas com usufruto somente pode ser exercido mediante prévio acordo entre o proprietário e o usufrutuário; o art. 115, que disciplina o direito de voto em geral; as disposições que estabelecem competência privativa de órgãos ou proíbem a delegação de poderes (arts. 59, 76, 122, 139 e 163, § 7º); as disposições que visam a assegurar o direito de preferência (art. 171, art. 17, § 4º), a integridade do capital social (arts. 6º, 8º, 30, 166 a 174, 201 e seu § 1º [e CP, art. 177, VI], 244, 251, § 1º, 252, § 1º, e 264), o quórum de instalação e deliberação das assembleias (arts. 125, 129, 135 e 136) etc.

17. Tal poder-dever, cometido ao magistrado no parágrafo único do art. 168 do CC/2002 (art. 146 do CC/1916), mormente cuidando-se de deliberações assembleares que já passaram pelo crivo do Registro do Comércio e, por vezes, da própria Comissão de Valores Mobiliários, deve ser exercido *cum grano salis*, sobretudo em face dos prejuízos que daí poderão advir a terceiros. Não se tratando de nulidade evidente, é de todo conveniente, sobretudo diante do regime especial de invalidez consagrado nos arts. 285 e 286 da Lei 6.404/1976, indicativo do interesse do legislador na *estabilidade* das deliberações, aguardar a iniciativa dos interessados ou do Ministério Público, em ação própria.

18. *Rectius*, confirmação (cf. art. 169 do CC/2002). V., porém, as observações feitas por Ascarelli no Capítulo I, item 6, desta obra (especialmente nota 25) ao art. 155 e seu parágrafo único do Decreto-lei 2.627/1940 – que correspondem aos atuais art. 285 e respectivo parágrafo único da Lei 6.404/1976 – sobre a possibilidade de saneamento de vícios pela assembleia-geral ainda depois de proposta a ação.

V., outrossim, nesse mesmo sentido, a lição de Lamy Filho no Capítulo I, item 6, que, com base em ensinamento de Miranda Valverde, considera o parágrafo único do art. 285 aplicável, *a fortiori*, à hipótese de assembleias realizadas após a constituição da sociedade. E, ainda: Bulgarelli, “Anulação de assembleia-geral de sociedade anônima”, in *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial (O Direito das Empresas)*, São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 163 (o parecer em questão foi publicado também no *Manual das Sociedades Anônimas*, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, pp. 181-189, e na RT 514/57, São Paulo, Ed. RT); Mauro Pentead, *Aumentos de Capital das Sociedades*

Anônimas, São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 286-289; e Batalha, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 1.192.

De Mauro Pentead v., ainda, o breve, substancial e lúcido comentário a uma decisão da JUCESP que, de forma totalmente inusitada, indeferiu arquivamento de assembleia de aumento de capital sob o fundamento de que a mesma configurava atentado (art. 879, III, do CPC/1973 – sem dispositivo correspondente no Código de Processo Civil/2015), por abranger matéria objeto de anterior deliberação assemblear cujos efeitos estavam suspensos, por força de liminar concedida em medida cautelar que se achava *sub judice* (RDM 72/83-90).

O STJ já examinou a questão em acórdão unânime de sua 3ª Turma, relatado pelo Min. Cláudio Santos e assim ementado: “Direito societário – Assembleia – Ratificação de atos praticados em reunião anterior – Possibilidade – Abuso de poder – Falta de prova do dano. Não contraria os arts. 145 e 148 do CC decisão assemblear de ratificação de deliberação anterior de assembleia realizada com irregularidades. Para a caracterização do abuso de poder de que tratam os arts. 115 e 117 da Lei das Sociedades por Ações indispensável a prova do dano” (RT 684/188).

Também o TJRJ, pela sua 1ª Câmara Cível, relator o Des. Marcelo Santiago Costa, julgou que “a ratificação de deliberações da assembleia-geral de acionistas eivada de nulidade é admissível, ainda que posterior à propositura da ação de anulação, que perde seu objeto, por fato superveniente, ficando extinta sem julgamento do mérito. Aplica-se ao caso, *por analogia*, o art. 285, parágrafo único, da Lei das Sociedades Anônimas” (RT 549/204 – grifos nossos). O julgado considerou, ainda, irrelevante tratar-se de *confirmação* ou *ratificação* das deliberações.

Interessante acórdão da 5ª Câmara Civil do TJSP, relatado pelo Des. Nogueira Garcez, confirmou sentença que se recusara a invalidar assembleia-geral ordinária não convocada, ratificada por outra, devidamente convocada, por entender que seria inútil decretar “uma nulidade, sem qualquer proveito para os demandantes” (RT 543/76).

Mas a questão da ratificação das deliberações, mormente quanto aos seus efeitos (*ex tunc* ou *ex nunc*), está longe de ser pacífica (cf. Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 447-461, nota 106). Como quer que seja, a nulidade ou anulação das deliberações tem, normalmente, efeitos *ex tunc*, atuando retroativamente, nos termos do art. 182 do CC/2002. Nesse sentido, entre outras, cf. a excelente obra de Guilherme Setoguti J. Pereira, *Impugnação de Deliberações de Assembleia das S/A*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, pp. 194-198. A possibilidade de modulação dos efeitos da sentença, defendida na obra em questão, parece-nos, em princípio, de discutível aplicação à hipótese, sobretudo tratando-se de direito privado.

De outra parte, tendo em vista que o saneamento do vício, todavia, importa, por vezes, a revogação da deliberação anulável, Filippo Chiomenti manifesta o entendimento de que referido ato somente será possível se: (a) a deliberação não tiver criado “diritti di terzo” (estariam neste caso, por exemplo, os direitos a dividendos já aprovados, os quais, embora tendo por matriz o *status socii*, “si pongono in sfera diverse ed indipendenti da quella della società”); e (b) não tiver ocorrido ainda a execução do negócio objeto da deliberação (cf. *La Revoca delle Deliberazioni Assembleari*, Milão/Itália, Giuffrè, 1975, pp. 190-193 e nota 9). V., ainda, as interessantes considerações do mencionado autor sobre a distinção entre *anulação* e *revogação* das deliberações (a primeira privativa do Poder Judiciário), bem como o caráter de “riconoscimento delle ragioni dell’impugnante” que assume a revogação feita na pendência da ação

A exegese do sistema consagrado pela Lei 6.404/1976, todavia, conduz não apenas a concluir pela admissão da existência de deliberações nulas, mas também – e expressamente, aliás – pela admissão de deliberações *ineficazes (stricto sensu)*.¹⁹

Com efeito, o art. 136, por exemplo, prevê, respectivamente nos seus incisos I e II, a possibilidade de criação, pela assembleia dos acionistas, de ações preferenciais ou aumento de classes existentes, sem guardar proporção com as demais espécies e classes, ou, ainda, de alteração nas preferências, vantagens e condições de resgate ou amortização de uma ou mais classes de ações preferenciais ou criação de nova classe mais favorecida. Pois bem. O § 1º desse mesmo artigo dispõe, textualmente: “§ 1º. Nos casos dos incisos I e II, a *eficácia da deliberação* depende de prévia aprovação ou da ratificação, em prazo improrrogável de 1 (um) ano, por titulares de mais da metade de cada classe de ações preferenciais prejudicadas, reunidos em assembleia especial convocada pelos administradores e instalada com as formalidades desta Lei”.

A deliberação tomada nos termos dos incisos I e II do art. 136, portanto, é *válida*: mas sua *eficácia* depende de ter ocorrido previamente ou

anulatória – reconhecimento, esse, que, por sua vez, poderá dar lugar a eventual impugnação da revogação (pp. 193-199).

Cf., ainda, de Guilherme Setoguti, o item 19 da obra supracitada (“Fato superveniente: confirmação, renovação e revogação da deliberação”, in *Impugnação de Deliberações de Assembleia das S/A*, cit., pp. 255-257) e, didaticamente, de Maíra Leitoguinhos de Lima Abreu, quais as “medidas sanatórias” que visam à conservação dos negócios jurídicos (“convalidação”, “sanação [“confirmação e assentimento posterior”]”, “conversão” e “redução”), no ótimo trabalho *Invalidação das Deliberações do Conselho de Administração* (São Paulo, Quartier Latin, 2015, pp. 179 e ss.).

19. O ato nulo é, de regra, também ineficaz. Mas o contrário não é sempre verdadeiro, pois o ato pode ser válido e, ao mesmo tempo, ineficaz, por depender da concretização de uma *condição de eficácia* para produzir efeitos, exterior ao próprio ato. É a esse fenômeno que aludimos no texto ao falar de deliberações ineficazes *stricto sensu*. Mas o conceito é mais amplo (cf., sobre a conceituação de eficácia do negócio jurídico em geral: Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 59-72, e *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, tese de concurso ao cargo de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1986, pp. 116-120; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 4ª ed., t. V, São Paulo, Ed. RT, 1983 (especialmente §§ 529 a 532, que cuidam da ineficácia dos atos jurídicos); Santoro-Passarelli, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, 9ª ed., Nápoles/Itália, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1986, pp. 259-260; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 471-472; e Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, 8ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1996, pp. 503-504.

vir a ocorrer *a posteriori*, no prazo legalmente previsto, a concretização da condição estipulada no § 1º do mesmo dispositivo legal.²⁰

O que foi dito até aqui basta para demonstrar que, sem embargo de ter o legislador optado, no art. 286 da Lei 6.404/1976, por um regime especial de invalidade das deliberações tomadas após a constituição da companhia, não excluiu ele a aplicação do regime comum previsto nos arts. 167 a 169 do CC/2002 (arts. 145 e 146 do CC/1916) para a hipótese de deliberações nulas.

Incumbe ao intérprete extrair do sistema, portanto, quais os eventuais *critérios* com base nos quais se deve aplicar um ou outro regime.

17. *Inexistência das assembleias e suas deliberações?*

Outra questão preliminar se impõe, todavia: seria admissível falar em inexistência das assembleias e de suas deliberações?

É extremamente controvertida, como se sabe, a categoria do ato ou negócio jurídico dito inexistente.

Aos canonistas medievais, segundo Galgano,²¹ deve-se a primeira elaboração dessa categoria, formulada para qualificar o casamento entre

20. Na hipótese de a deliberação ficar na dependência de ratificação *a posteriori* verificar-se-á o que a doutrina denomina de *ineficácia pendente* (Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 117) ou, se se preferir, *eficácia suspensa* (Santoro-Passarelli, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, cit., 9ª ed., p. 261; Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 146, nota 49).

Observe-se que não se cuida, aqui, de uma *condição suspensiva* propriamente dita, mas, sim, de uma *conditio juris*, ou seja, de um evento futuro e incerto previsto “na própria figura legal do negócio” (Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 116, nota 47 – que dá, outrossim, como exemplos de *conditiones juris* o casamento, no pacto antenupcial e na doação *propter nuptias* (arts. 256, parágrafo único, I, e 1.173 do CC/1916) e a não revogação, até o momento da morte, do testamento (art. 1.626 do CC)) [o primeiro artigo sem correspondência no Código Civil/2002 e o segundo correspondente ao art. 546 do CC/2002]. Não se confundem ainda, segundo o eminente civilista, as *conditiones juris* com as *conditioes legis*, constituindo estas últimas “requisitos de validade de determinado negócio jurídico” (nota 47, cit., da p. 116 – grifo nosso).

21. Galgano, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. III, t. 1 (“Il Negozio Giuridico”), Milão/Itália, Giuffrè, 1988, p. 241.

peças do mesmo sexo, o qual era considerado inexistente, porque contrário ao conceito “natural” de matrimônio.²²

A inexistência do negócio jurídico, por sua vez, não poderia ser compreendida na noção de invalidade, uma vez que somente um negócio existente se qualifica como válido ou inválido.²³

Os autores que admitem tal categoria, todavia, são os primeiros a sublinhar a dificuldade de sua conceituação, dado que a lei atribui à falta de um dos elementos ou requisitos do ato a sanção de nulidade (cf., entre nós, CC/2002, art. 104, c/c art. 166 – CC/1916, art. 82, c/c art. 145). Deve-se procurar distinguir, assim – diz-se –, entre a falta que, não obstante, permite a identificação jurídica do negócio (e que acarretaria sua nulidade) e a falta que impede essa identificação (e que configuraria sua inexistência jurídica).²⁴ De outra parte, reconhece-se, outrossim, a dificuldade da aplicação prática da noção de inexistência aos casos concretos, “nelle quali l’inesistenza giuridica è evidente perchè corrisponde all’inesistenza di fatto”.²⁵ A importância prática da distinção entre atos nulos e atos inexistentes, por fim, estaria em que estes últimos não produziriam nem os limitados efeitos que, por vezes, se atribuem aos atos nulos.²⁶

Antônio Junqueira de Azevedo, que tratou proficientemente do assunto entre nós,²⁷ coloca a questão de forma mais clara. Segundo ele, se não há declaração negocial (como tal entendida a declaração de vontade socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos em nível de igualdade²⁸), não há negócio jurídico, mas para que se possa falar de negócio jurídico inexistente “não basta esse nada, esse não ser; é preciso

22. Donde alguns autores sustentarem que a noção de inexistência teria caráter jusnaturalístico (cf. Galgano, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, cit., vol. III, t. 1, “Il Negozio Giuridico”, nota 17).

23. Santoro-Passarelli, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, cit., 9ª ed., p. 242.

24. Idem, *ibidem*.

25. Idem, p. 243. Santoro-Passarelli dá como exemplos de negócios inexistentes o testamento ditado oralmente e a falta de celebração do casamento (ob. cit., pp. 243-244).

26. Assim, a confirmação do testamento ou da doação nula, prevista nos arts. 590 e 799 do CC italiano, não seria possível na hipótese de inexistência jurídica de tais atos (Santoro-Passarelli, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, cit., 9ª ed., p. 243).

27. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*, cit., 2ª ed., pp. 40-50, e *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., pp. 96-103.

28. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., pp. 20-24.

uma aparência de ser”. Negócio jurídico inexistente é para ele, pois, “um ‘negócio aparente’; a aparência é a sua essência”²⁹ (grifos nossos).

O eminente civilista pátrio dá alguns exemplos que bem ilustram seu pensamento: (a) o do ato não realizado mas, mesmo assim, registrado ou constante de certidão;³⁰ (b) o do casamento entre pessoas do mesmo sexo mas em que uma delas se apresenta como de sexo oposto; e (c) o do casamento realizado por procurador (*rectius*, nuncio) em que, quando o procurador manifesta a vontade perante o celebrante, o mandante já está morto.³¹

Se se aceitasse a ideia de nulidade nos casos “(b)” e “(c)” – diz o ilustrado Mestre – teriam de ser admitidos os efeitos do nulo (art. 1.561, *caput*, CC 2002; 221 e parágrafo único do CC/1916), com consequências absurdas: “a ‘mulher’, no casamento entre pessoas do mesmo sexo, teria que esperar trezentos dias para se casar novamente”; “a ‘viúva’, no caso de morte do noivo antes do ‘sim’ dado pelo nuncio, teria direito de meação, no regime de comunhão universal, contra os direitos adquiridos, no momento da morte, pelos herdeiros”.³²

29. Idem, p. 96. Segundo o Mestre, se se denominasse o negócio jurídico inexistente de negócio aparente evitar-se-iam inúteis discussões terminológicas (loc. cit., nota 8).

Urge diferenciar, outrossim, o ato juridicamente inexistente do ato que não se enquadra num tipo negocial qualquer e que, portanto, torna-o inexistente naquela categoria. Neste último caso, se o ato puder ser qualificado diversamente e colocado em outra categoria negocial ocorre o que se denomina de conversão substancial, de que são exemplos a nota promissória em que se acha ausente o nome “nota promissória”, convertida em promessa de pagamento, ou o do mútuo sem a tradição, convertido em promessa de mútuo (cf. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 97; v. ainda, sobre conversão substancial: Galgano, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, cit., vol. III, t. 1 (“Il Negozio Giuridico”), pp. 302-305; e Santoro-Passarelli, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, cit., 9ª ed., pp. 252-253). Cf. art. 170 do CC/2002.

30. A propósito dessa hipótese, Antônio Junqueira de Azevedo cita o seguinte julgado, inserto na RT 447/85: “Se a escritura não existe, por ser falsa a certidão fornecida por determinado cartório, não se pode exigir sua prévia anulação, para somente depois promover-se o cancelamento das transcrições imobiliárias que nela se baseiam” (*Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 96, nota 9).

31. Nas hipóteses arroladas nas alíneas “(b)” e “(c)” do texto Antônio Junqueira de Azevedo reconhece exceções à regra de que é negócio jurídico toda declaração de vontade que socialmente se vê como declaração negocial. Entende, porém, que nas mencionadas hipóteses “há verdadeira impossibilidade lógica de se considerar o ato como negócio jurídico existente” (*Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., pp. 98-99 – grifos nossos).

32. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 99, nota 12.

De qualquer forma, Antônio Junqueira de Azevedo reconhece que se o fato depender de prova o negócio jurídico inexistente pode exigir a propositura de ação para destruir sua aparência, como no caso de se ter de cancelar um registro. Mas se o fato for evidente – diz ele –, como, “por exemplo, escritura datada de 1982 declarando que ‘A’ comparece como vendedor, e ‘A’ faleceu em 1980, qualquer pessoa, em juízo ou fora de juízo, poderá negar efeito ao ato”.³³

Ao mesmo resultado, todavia, se chega por via do reconhecimento da nulidade do ato na hipótese prevista no parágrafo anterior, que é a que aqui mais de perto nos interessa.³⁴ Pois a distinção clássica entre o ato nulo e o anulável não está em que o primeiro “não produz qualquer efeito, pois *quod nullum est nullum producit effectum*”?³⁵ De igual modo, se o fato não estiver suficientemente provado, o ato nulo também exige a propositura de ação para declaração de sua invalidade e ineficácia.³⁶

Não se vê, assim, com a devida vênia, qual a utilidade da distinção entre nulidade e inexistência.³⁷ Se é verdade que impressionam os exemplos trazidos pelo ilustre professor no tocante à matéria de casamento, não menos certo é que em tal tema a teoria das nulidades assume feição toda especial, pois a lei acata, expressamente, a eficácia do matrimônio

33. Idem, pp. 96-97.

34. O art. 215 da Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos), aliás, em consonância com o disposto no parágrafo único do art. 168 do CC/2002 – parágrafo único do art. 146 do CC/1916 –, assim dispõe: “Art. 215. As nulidades de pleno direito do registro, uma vez provadas, invalidam-no independentemente de ação direta”.

35. Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, 3ª ed., vol. I (“Parte Geral”), São Paulo, Max Limonad, 1967, p. 318.

36. Nessa mesma linha de considerações, observa Comparato que a “teoria da inexistência não deixou de suscitar em doutrina as mais expressas reservas, a começar pelas consequências de ordem prática que, segundo seus propugnadores, ela viria explicar e justificar. Com efeito, a desnecessidade de declaração judicial de invalidade para os atos inexistentes é pura *vue d’esprit*, sem nenhum apoio na realidade dos fatos. Pois como considerar, por exemplo, inexistentes para o Direito atos submetidos ao registro público, como um casamento, uma alienação imobiliária ou uma constituição de direitos reais sobre imóveis? É óbvio que em tais casos, pelo menos, a intervenção judicial é não só conveniente como absolutamente necessária para cassar os efeitos do ato impugnado. Como distinguir, então a nulidade da inexistência?” (“Seguro de crédito financeiro e fraude do financiado”, cit., in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, pp. 339-340 – grifos nossos).

37. Precipuamente no que diz respeito às deliberações assembleares, afirma Pontes de Miranda: “A inexistência, a nulidade ou a anulabilidade há de ser objeto de *decisão judicial*” (*Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., 2ª tir., t. L, São Paulo, Ed. RT, 1984, § 5.322, n. 6, p. 292).

nulo se contraído de boa-fé, além de exigir, sempre, a propositura de ação para a decretação da nulidade (cf. art. 1.561, *caput*, CC 2002 – art. 222 e parágrafo único do CC/1916 – parágrafo sem correspondente no Código Civil/2002).³⁸

Cuidando-se aqui, porém, de assembleias de sociedades por ações e de suas deliberações, não se percebe em que a admissão da possibilidade de inexistência desses atos, a ser teoricamente exata, teria utilidade.³⁹ É difícil, com efeito, considerar juridicamente inexistentes atos que, *para serem eficazes*, devem ser documentados em ata (art. 130 da Lei 6.404/1976), lavrada em livro obrigatório (art. 100, IV), arquivada no Registro do Comércio e publicada (arts. 94, 134, § 5º, e 135, § 1º).⁴⁰

38. Não se admitem nesse campo, outrossim, “nulidades virtuais”, conforme prelecionam Sílvio Rodrigues (*Direito Civil*, cit., 3ª ed., vol. I, “Parte Geral”, p. 324) e Orlando Gomes (*Introdução ao Direito Civil*, cit., 13ª ed., p. 473). Por isso, talvez, a admissão de hipóteses de inexistência faça sentido em matéria de casamento.

39. Sobre a dificuldade de se conceituar uma deliberação inexistente, fora de hipóteses puramente acadêmicas, v., por todos, Lobo Xavier, em alentadíssima nota de rodapé, onde faz larga resenha de doutrina, com a análise de diversos exemplos (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., nota 94 do Capítulo II, pp. 196-221).

Ascarelli menciona entre essas hipóteses meramente acadêmicas a de “alguns acionistas” que “se reúnem em um *restaurant* e tomam uma deliberação” (“Vícios das deliberações assembleares – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 410). Cf., a respeito desse exemplo, as convincentes ponderações de Ricardo Tepedino, in Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira (coords.), *Direito das Companhias*, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 979. Muito embora admitindo, em tese, a categoria da deliberação inexistente, Ascarelli também afirma ser “difícil, por certo, distinguir os requisitos cuja falta dá lugar à inexistência da deliberação e aqueles cujo inadimplemento, ao contrário, dá lugar a um dos vícios enunciados no item ‘f’” (onde o autor estuda as normas que regulam a assembleia e suas deliberações) (ob. e loc. cit.). V., outrossim, estudo posterior do Mestre intitulado “Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti”, onde sustenta que a inexistência só se caracterizaria nas hipóteses de ausência de convocação, de convocação efetuada por órgãos incompetentes ou da falta de participação de, ao menos, dois acionistas (in *Studi in Tema di Società*, Milão/Itália, Giuffrè, 1952, p. 104, continuação da nota 7).

40. Carvalhosa é de parecer, ainda, que “o arquivamento é exigência que se aplica a todas as atas ou escrituras das assembleias, sejam elas ordinárias (art. 134) ou extraordinárias (art. 135), sejam especiais (arts. 51, 71 e 137), bem como as de constituição da companhia (art. 94)”. Para ele, “não há exceção para o preceito, mesmo quando se trate de assunto interno da companhia, como, v.g., a suspensão de exercício de direito de acionistas (arts. 120 e 122), ou de responsabilização de administradores (art. 159). Especialmente nesses casos, como nos demais que toquem direitos e atribuições de acionistas e de administradores, respectivamente, a falta de

Tais atos, então, não terão produzido nenhum efeito?⁴¹ E, ainda que a ata não tenha sido arquivada, sua lavratura não implicaria uma declaração negocial, embora podendo ser viciada?⁴²

Na Itália, aliás, a larga utilização, nesse tema, da figura da inexistência pela doutrina e pela jurisprudência deveu-se em grande parte, como reconheciam eminentes comercialistas, a uma imperfeita disciplina da invalidade das deliberações.⁴³

publicidade não pode ser invocada, pois tornaria indefinidamente inaplicável qualquer medida referente aos acionistas e administradores, já que a eficácia, e, portanto, a aplicação da vontade social, na espécie, vale a partir da produção do documento, ou seja, da ata” (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 2ª ed., vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 643-644).

41. “Ora, o que é nulo, ou o que produz efeitos, embora limitados, não pode ser tido como inexistente para o Direito” (Comparato, “Seguro de crédito financeiro e fraude do financiado”, cit., in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, p. 342).

42. É evidente que a falta de requisitos da ata (lavratura, em regra, no livro próprio, assinatura dos membros da Mesa e de acionistas que representem a maioria) acarreta sua nulidade (Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., 2ª ed., vol. 2, p. 641). O mesmo ocorre, em princípio, se a ata for falsa. Mas a ata constitui uma declaração negocial (cf. Ascarelli, “Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti”, cit., in *Studi in Tema di Società*, p. 104, continuação da nota 7).

43. A lei civil italiana de 1942 cuidou da questão nos arts. 2.377 e 2.379, distinguindo entre deliberações anuláveis (impugnáveis) e deliberações nulas, mas num sentido diverso daquele aplicável aos demais atos e negócios jurídicos. No primeiro dos mencionados dispositivos estabeleceu a possibilidade de impugnação das deliberações que não forem tomadas “na conformidade da lei ou do ato constitutivo”; no segundo determinou que “às deliberações nulas por impossibilidade ou ilicitude do objeto” se aplicam as regras dos arts. 1.421 a 1.423, quais sejam: a nulidade pode ser alegada por qualquer interessado e pronunciada *ex officio* pelo juiz; é imprescritível a ação visando à sua declaração; a deliberação viciada não pode ser convalidada.

De acordo com essa disciplina, a nulidade da deliberação não decorreria do simples fato de ter sido tomada contra “normas imperativas”, como estipula a regra geral, prevista no art. 1.418 do CC italiano (c/c o art. 1.324): a nulidade da deliberação *circumscrevia-se* às hipóteses de impossibilidade ou ilicitude do objeto. Assim, a deliberação tomada contra norma imperativa cujo objeto, porém, não fosse impossível ou ilícito era tão somente anulável, a teor do art. 2.377.

Comentando esse regime, afirma Galgano que em matéria de deliberações assembleares a lei italiana promovera verdadeira *inversão*. Segundo os princípios comuns – diz ele –, a ação de nulidade é “un’azione generale, basata sul fatto che il contratto o l’atto unilaterale (art. 1.324) è ‘contrario a norme imperative’ (art. 1.418, comma 1º), mentre è speciale l’azione di annullamento, esperibile solo nei casi espressamente stabiliti dalla legge (art. 1.441 ss.)”. Em sede de deliberações de assembleia, porém, “è generale l’azione di annullamento (art. 23 per le associazioni, art. 2.377 per le società di capitali) ed è speciale quella di nullità (art. 2.379)” (cf.

Trattato di Diritto Civile e Commerciale, cit., vol. III, t. 1, “Il Negozio Giuridico”, p. 253 – grifos nossos).

O ilustre Mestre peninsular, após esclarecer que o interesse protegido pelo legislador, na hipótese, era o interesse na “estabilidade das deliberações”, assim procurava explicar a razão de ser desse regime especial de invalidade das mesmas (tendo em vista sobretudo o interesse de terceiros, igualmente tutelado): “La ragione per la quale la sanzione della nullità è stata fatta salva per le ipotesi di illiceità o impossibilità dell’oggetto è, d’altro canto, evidente: se l’oggetto della deliberazione è impossibile o illecito, il terzo può più agevolmente rendersene conto e può, quindi, guardarsi dal fare affidamento sulla responsabilità della società per gli atti posti in essere dagli amministratori in esecuzione della deliberazione. I terzi non sono, invece, sempre in grado di rilevare dall’esterno l’illiceità del contenuto della deliberazione, come non sono sempre in grado di rilevare dall’esterno l’illiceità della causa (art. 1.343), ossia della funzione economico-sociale della deliberazione, o l’illiceità del motivo (art. 1.345), oppure la violazione di norme relative al procedimento formativo della deliberazione. Perciò la deliberazione è, in questi casi, solo annullabile; ed il suo annullamento non pregiudica – come si è ricordato poc’anzi – i diritti acquistati dai terzi di buona fede” (ob. cit., pp. 253-254).

Sucedo que o CC italiano estabeleceu, no art. 2.377, o exíguo prazo de três meses, contados da data da deliberação ou de seu arquivamento, conforme o caso, para o exercício da ação de anulação. Enquanto a ação de nulidade, referente às deliberações cujo objeto era impossível ou ilícito, era imprescritível, a de impugnação deveria ser exercida naquele curtíssimo prazo (que, ademais, se entendia tratar-se de prazo de *decadência* – cf. Galgano, ob. cit., pp. 296-297).

O resultado foi a larga utilização, sobretudo pela jurisprudência, da figura da deliberação *inexistente*, consoante esclarecia Galgano: “Gli artefici del Codice Civile erano stati mossi, in questa materia, da una esigenza di certezza dei rapporti giuridici facenti capo alle società di capitali, ammettendo una imprescrittibile azione di nullità solo per le deliberazioni con oggetto impossibile o illecito (art. 2.379). Ma sono riusciti solo in parte ad imporre la propria politica legislativa: la giurisprudenza ha introdotto tutta una serie di ‘distinguo’ che hanno, in larga misura, neutralizzato la portata innovativa degli artt. 2.377 e 2.379; a queste norme del Quinto Libro del Codice Civile essa ha sovrapposto altre norme, ricavate da una categoria logico-giuridica sconosciuta allo stesso codice civile, la categoria della deliberazione ‘inesistente’” (ob. cit., pp. 241-242).

Considerava-se inexistente – prosseguia Galgano – “la deliberazione assembleare quando mancano, in essa, quelli que possono essere giudicati come gli elementi di identificazione del concetto stesso di deliberazione: così, sono state correttamente considerate inesistenti – e, perciò, sottratte alla disciplina dell’anullabilità – le deliberazioni prese dalla maggioranza all’insaputa della minoranza, senza previa convocazione dell’assemblea e senza que la minoranza fosse posta in grado di intervenire o, a deliberação adotada, di impugnarla nei termini di legge” (ob. cit., pp. 242-243).

Em função do breve prazo decadencial para o exercício da ação de impugnação das deliberações, previsto no art. 2.377 do CC italiano, porém, o conceito de deliberação inexistente foi, ademais, injustificadamente ampliado, como anota o ilustre Mestre que vimos citando: “*Ma i nostri giuristi sono andati ben oltre*: è stata considerata inesistente, addirittura, uma deliberação presa da un’assemblea totalitária alla quale non aveva partecipato, como richiesto dall’art. 2.366, comma 3º, il collegio sindacale;

Inclinamo-nos, pois, a rejeitar a categoria da inexistência das assembleias e suas deliberações, por entendermos que a categoria da nulidade dos referidos atos, se porventura já não abrangesse as hipóteses qualificadas como de inexistência, quando menos lhes daria, como de fato lhes dá, adequada solução.⁴⁴

inesistente, inoltre, la deliberazione presa da un'assemblea regolarmente convocata alla quale non avevano potuto partecipare, per materiale impossibilità, tutti i soci" (ob. cit., p. 243).

A figura da inexistência, portanto, passou a ser utilizada para elidir a aplicação do mencionado art. 2.377, ou seja, para invalidar as deliberações impugnáveis que, após escoado o prazo de decadência previsto no dispositivo legal em questão, seriam consideradas definitivamente sanadas (donde, aliás, a prudente advertência de Galgano sobre os limites do poder do legislador: "Ne emerge, specie se si considera l'origine del concetto di inesistenza, una filosofia politica secondo la quale *il legislatore non è onnipotente, ed ogni innovazione legislativa trova, pur sempre, un preciso limite nell'ordine naturale delle cose*" – ob. cit., p. 242 – grifos nossos).

V., outrossim, no mesmo sentido das considerações de Galgano: Lobo Xavier, *Amulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 115, continuação da nota 15. Cf., ainda: Giovanni Grippo, *Deliberazione e Collegialità nella Società per Azioni*, Milão/Itália, Giuffrè, 1979, pp. 63-82.

44. Transcrevemos aqui as críticas feitas à teoria da inexistência, resumidas por Sílvia Rodrigues (*Direito Civil*, cit., 3ª ed., vol. I, "Parte Geral", pp. 324-326):

"A ideia de ato inexistente, ultrapassando o quadro do direito matrimonial, alcançou grande êxito, ao ser acolhida pela maioria dos escritores. Não são poucos, entretanto, os que a condenam, por achá-la *inexata, inútil e inconveniente*.

"Seria *inexata* porque no mais das vezes o ato malsinado cria uma aparência que para ser destruída implica em recurso judicial. A compra e venda, devidamente transcrita, transfere o domínio, ainda que falte o consenso de uma das partes; por conseguinte, necessária se faz a declaração de ineficácia para que o ato não produza efeitos. O casamento celebrado por pessoa incompetente, registrado em livro próprio, cria uma aparência que só pode ser apagada por manifestação judicial, ordenando o cancelamento do termo.

"Seria *inútil* porque a noção de nulidade absoluta a substitui vantajosamente. Se falta ao ato um elemento substancial, ele deve ser proclamado nulo e de tal declaração decorre sua total ineficácia, gerando apenas aqueles efeitos porventura admitidos pela lei.

"Finalmente, seria *inconveniente* porque, a ser verdade que se pode prescindir de ação judicial para declarar a inexistência, estar-se-á privando as partes, interessadas no ato, das garantias de defesa que o processo oferece e dos eventuais efeitos por vezes atribuídos pela lei, mesmo na hipótese de nulidade. Tome-se o exemplo do casamento dito inexistente. Sendo considerado tal, não há precisão de ação ordinária para destruí-lo, podendo, segundo sustentam os modernos adeptos da teoria, a declaração de inexistência advir de simples despacho do juiz ou de mera ação declaratória. Ora, o processo ordinário oferece garantias de defesa que se não encontram noutro procedimento; e, em matéria de casamento, tais garantias não são apenas de interesse privado, como de interesse social. Tanto que a lei, ao impor aquele rito processual,

No item 19, porém, indicaremos os casos que a doutrina ou a jurisprudência têm qualificado como de inexistência.

18. *Vícios da assembleia, vícios das deliberações e vícios do voto*

Impende distinguir agora, por amor à clareza, aquilo que na defeituosa redação do art. 286 da Lei 6.404/1976 aparece indevidamente confundido.

Repita-se a dicção do mencionado dispositivo: "Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia-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".

Para logo se verifica que o legislador confundiu, na referida disposição legal, três espécies diversas de vícios, a saber:

(a) *Vícios da própria assembleia* – que pode ter sido irregularmente convocada (ou, mesmo, não convocada) ou instalada, por força de violação da lei ou do estatuto, hipótese em que o vício, obviamente, atingirá todas as deliberações que nela forem tomadas.

(b) *Vícios das deliberações* – nessa hipótese os vícios dizem respeito às próprias deliberações assembleares, que podem ter sido tomadas, todas ou algumas delas apenas, com violação da lei ou do estatuto.

(c) *Vícios do voto* – nessa hipótese, um ou alguns dos votos que concorreram para a formação da deliberação (ou mesmo todos eles, em alguns casos) podem ter sido viciados em razão de erro, dolo, fraude ou simulação (ou, ainda, em virtude da incapacidade dos votantes ou de

exige que no feito funcione um defensor do vínculo, que representa e defende a sociedade (art. 222 do CC [de 1916, sem correspondência no Código Civil/2002]). Portanto, o acolhimento da ideia de inexistência, prescindindo o rito ordinário e a vigilância do Ministério Público, diminui a garantia que a lei oferece à sociedade e às partes interessadas na relação litigiosa. E isso é inconveniente.

Por outro lado, admitida a ideia de casamento inexistente, não poderá o mesmo jamais ser considerado putativo, o que representa, igualmente, sério inconveniente, pois traz prejuízo imerecido para o cônjuge de boa-fé e para os filhos do casal."

Releve-se, no texto supracitado do eminente civilista, a ligeira confusão entre procedimento ordinário e ação constitutiva negativa (necessária), devida à imperfeita dicção do art. 222 do CC/1916. V., outrossim: Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cit., 13ª ed., pp. 470-471.

violação do disposto nos §§ 1^{os} do art. 115 e do art. 134, ou no § 2^o do art. 228).⁴⁵

São completamente distintos, pois, os vícios agrupados no art. 286 da Lei 6.404/1976, levando, outrossim, a consequências diversas.⁴⁶⁻⁴⁷

45. Os vícios do voto só terão relevância, todavia, para o efeito de invalidar a deliberação se o voto ou os votos viciados foram determinantes para a formação da maioria. Essa verificação é que se denomina, na doutrina, de “prova de resistência” da deliberação (cf.: Galgano, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, cit., vol. III, t. 1, “Il Negozio Giuridico”, p. 309; Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 47, nota 20).

46. Ao analisar o art. 156 do Decreto-lei 2.627/1940 (que, como já se viu, foi repetido quase que literalmente pelo art. 286 da Lei 6.404/1976), Ascarelli já havia apontado as diferenças entre os vícios tratados naquele dispositivo (cf. “Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pp. 399 e 410-411), tal como fizemos no texto. O preclaro jurista advertia, outrossim, para a distinção entre os vícios das deliberações e aqueles concernentes à sua *publicidade* (ob. cit., p. 400). Sobre os vícios da publicidade e do registro na constituição da sociedade por ações, v. as interessantes considerações de Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, cit., 3^a ed., 2^a tir., t. LI, § 5.361, pp. 112-114).

Comparato, por sua vez, fazendo as mesmas distinções do texto, procura discernir, ainda, entre a “*deliberação de uma assembleia* de acionistas e os *efeitos jurídicos dela decorrentes*” (“Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária”, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 217-218).

47. Urge prevenir, porém, que a classificação feita neste item, distinguindo entre vícios da assembleia, vícios das deliberações e vícios do voto, deveu-se muito mais ao intuito de examinar o assunto em face dos dizeres da nossa lei (art. 286) do que a um critério que se pretenda exatamente científico.

Ascarelli, por exemplo, em artigo publicado perto do fim de sua vida, em 1956, estudando o assunto em face do Código Civil italiano, preferiu classificar os vícios em vícios de procedimento e de competência (que dariam lugar à impugnabilidade) e vícios do conteúdo das deliberações (que dariam lugar à nulidade), fazendo, porém, a seguinte observação: “Può osservarsi come i vizi del contenuto della deliberazione necessariamente investono anche i voti che hanno concorso nella maggioranza, essendo anzi a rigore in detti casi la deliberazione nulla, *perchè nulle*, data l'impossibilità o illiceità del loro contenuto, *le dichiarazioni di voto* (negozi unilaterali) che hanno concorso nella deliberazione, atto collegiali unilaterale risultante appunto dal concorso dei voti; i vizi di procedimento e competenza investono invece direttamente la deliberazione senza investire perciò il voto)” (“L'interesse sociale dell'art. 2.441 Codice Civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari”, cit., *Rivista delle Società* I/110 – grifos nossos).

Muitas vezes, portanto, não é possível estreimar com exato rigor os vícios classificados no texto.

De outra parte, classificam-se os vícios, usualmente, em vícios referentes ao procedimento de *formação das deliberações* e vícios referentes ao *conteúdo* (ou ob-

19. Nulidade, anulabilidade e ineficácia das assembleias e suas deliberações

Disciplinando a nossa Lei de S/A, no art. 286, apenas as hipóteses de *anulabilidade* da assembleia e de suas deliberações, incumbe ao intérprete, como se disse, tentar haurir do sistema quais os *critérios* para eventual aplicação a esses atos do regime de *nulidade absoluta* previsto na lei civil, pois, como já vimos (item 16, supra), casos há em que essa consequência se mostra inafastável. Incumbe, igualmente, apontar as hipóteses em que ocorreria mera *ineficácia* dos referidos atos.

Antes de mais nada, porém, é preciso ter em mente um dado fundamental. A Lei 6.404/1976, seguindo tendência praticamente universal, disciplina tipos *diversos* de sociedades anônimas: as *abertas* e as *fechadas*, “conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários” (art. 4^o, com a redação da Lei 10.303/01).

Ora, conforme adverte Comparato, as diversas disposições específicas, constantes da Lei de S/A, às companhias abertas ou fechadas⁴⁸ parecem demonstrar “que se instaurou, em tal matéria, *uma verdadeira distinção de natureza* entre esses dois tipos de sociedades anônimas. Num deles predomina o caráter institucional, *marcado por disposições de ordem pública, não derogáveis por deliberação dos acionistas*, porque tendentes a proteger o interesse coletivo de investidores no mercado de capitais. No outro prevalece o aspecto contratual, *conferindo-se ampla liberdade de estipulação às partes para regular o funcionamento do mecanismo societário*, de acordo com os seus interesses particulares”.⁴⁹

Ao examinar a matéria concernente à invalidade das deliberações, portanto, cumpre sempre observar se se cuida de companhia aberta ou fechada. Mas é óbvio que a “*ampla liberdade de estipulação*” a que se refere Comparato é muito relativa, pois existem inúmeras disposições

jeto) das mesmas (cf. Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 180-181).

48. No parecer que vamos citar a seguir, o eminente mestre arrola todas essas disposições. Em face da reforma introduzida pela Lei n. 9.457/97, Mauro Penteadó aponta a criação de duas novas subespécies de companhias abertas (cf. “A Lei 9.457/97...”, in *Reforma...* cit., pp. 11-12).

49. Comparato, “A natureza da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias gerais e reuniões do conselho de administração”, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 116-131 – a citação é da p. 119 e os grifos são nossos.

de caráter cogente que se aplicam indistintamente a ambos os tipos de sociedades, notadamente no tocante à sua estrutura.⁵⁰

Com essa necessária advertência em mente, passemos a analisar, seguindo a classificação estabelecida no item anterior, *os vícios da assembleia*.

19.1 Vícios da assembleia

O art. 286 da Lei 6.404/1976 fala, como se viu, em *anulação do conclave irregularmente convocado ou instalado*, o que pode ocorrer em função de violação da lei ou do estatuto (ou de ambos).

A disciplina geral de convocação e instalação das assembleias-gerais acha-se estabelecida nos arts. 123 a 128 da Lei de S/A.⁵¹ A violação dessas disposições, portanto, ou de normas estatutárias que as complementem

50. Na verdade, essa “ampla liberdade” existe somente nas hipóteses em que o diploma das sociedades por ações *permite* o estabelecimento de disciplina diversa.

Aliás, parece perfeitamente aplicável em face do nosso diploma das sociedades por ações o princípio constante do art. 23, alínea 4, da *Aktiengesetz* de 1965, do seguinte teor: “Les status ne peuvent déroger aux prescriptions de la présente Loi que lorsqu’ils sont expressément autorisés. Ils peuvent contenir des dispositions complémentaires à moins que la réglementation légale ne l’exclue” (cf. Fritz Stum (dir.), *Codes Allemands – Code Civil e Code de Commerce – Suivis des Principales Lois Commerciales*, textos elaborados e traduzidos em Francês, Paris/França, Éditions Jupiter, 1973).

Bulgarelli já anotara, em obra cuja 1ª edição deu-se em 1977 (*A Proteção às Minorias na Sociedade Anônima*, São Paulo, Pioneira): “Não é despidendo observar, por outra parte, que o grande número de dispositivos da atual Lei das Sociedades por Ações se insere na comprovada tendência hoje observada de se ampliar as *regras imperativas* para disciplinar a conformação e as relações societárias das sociedades anônimas, *deixando cada vez menos para a faixa estatutária*” (ob. cit., p. 11; *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 24).

51. Outras disposições específicas encontram-se nos artigos: 8º (assembleia para avaliação de bens com que o acionista contribuiu para o capital social); 51, § 1º (convocação e instalação de assembleia dos titulares de partes beneficiárias); 57, § 2º (assembleia especial dos titulares de debêntures conversíveis em ações); 71, §§ 1º a 3º (convocação e instalação de assembleias de debenturistas); 86 e 87 (convocação e instalação de assembleia de constituição da companhia); 135 (convocação e instalação de assembleia-geral extraordinária para reforma de estatuto); 136 (quórum qualificado para determinadas deliberações); 213 e § 2º e 216 (convocação de assembleia de companhia em liquidação); e 294 (forma facultativa de convocação de assembleia da companhia fechada com menos de vinte acionistas).

(v.g., art. 123, *caput*) acarreta a *anulabilidade* da assembleia-geral, e, conseqüentemente, *de todas as suas deliberações*.⁵²

Aqui, porém, já surge a primeira perplexidade para o estudioso. Não podem restar dúvidas sobre o caráter *imperativo* das supra-aludidas disposições legais.⁵³ No entanto, a lei declara, às expressas, ser simplesmente

52. Julgado já referido, da 4ª Câmara Civil do TJSP, relatado pelo insigne comercialista Des. Freitas Camargo, entendeu, contrariamente ao disposto no § 2º do art. 124, que numa companhia fechada do tipo familiar, formada entre pai e filha, a realização de assembleias fora da sede social não implicava anulabilidade do ato, mesmo que não tivesse havido motivo de força maior para tal realização fora da sede (RT 624/57). Na verdade, porém, o feito versava sobre a *nulidade* dos conclaves porque os autores alegavam que o sócio varão, de quem eram herdeiros, se encontrava internado em hospital e incapacitado de manifestar sua vontade. Se se cuidasse apenas de anulabilidade, os autores, que não eram acionistas, não teriam nem sequer *legitimação* para pleiteá-la (v., adiante, o item 20 deste trabalho). Mas são interessantes as considerações feitas no julgado, na linha de Comparato, sobre a diversidade de regimes entre as companhias abertas e fechadas. V. iguais considerações em substancioso acórdão da 6ª Câmara Civil do TJSP, relatado pelo Des. Macedo Bittencourt, confirmando sentença do Juiz Roberto Caldeira Barioni (ambos publicados na *RDM 57/73*, com comentário de Bulgarelli), e, bem assim, em voto vencido do Des. Barbosa Pereira no acórdão constante da RT 675/91.

53. Lei 6.404/1976:

“Art. 123. *Compete* ao Conselho de Administração (...), ou aos diretores, (...) convocar a assembleia-geral.

“Parágrafo único. A assembleia geral *pode* também ser convocada: (...).

“Art. 124. A convocação *far-se-á* mediante anúncio publicado por 3 (três) vezes, *no mínimo*, contendo, além do local, data e hora da assembleia, a ordem do dia, e, no caso de reforma do estatuto, a indicação da matéria.

“§ 1º. A primeira convocação da assembleia-geral *deverá* ser feita: I – na companhia fechada, com 8 (oito) dias de antecedência, no mínimo, contado o prazo da publicação do primeiro anúncio; não se realizando a assembleia, será publicado novo anúncio, de segunda convocação, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias; II – na companhia aberta, o prazo de antecedência da primeira convocação *será* de 15 (quinze) dias e o da segunda convocação de 8 (oito) dias.

“§ 2º. Salvo motivo de força maior, a assembleia-geral *realizar-se-á* no edifício onde a companhia tiver a sede; quando houver de efetuar-se em outro, os anúncios *indicarão*, com clareza, o lugar da reunião, que *em nenhum caso* poderá realizar-se fora da localidade da sede. “(...)”

“Art. 125. Ressalvadas as exceções previstas *em lei*, a assembleia-geral *instalar-se-á*, (...)”

“Art. 126. As pessoas presentes à assembleia *deverão* provar a sua qualidade de acionista, *observadas as seguintes normas*: (...)”

“Art. 127. Antes de abrir-se a assembleia, os acionistas *assinarão* o ‘Livro de Presença’, indicando (...)”

anulável a assembleia-geral (ou especial) irregularmente convocada ou instalada (art. 286).⁵⁴ Por quê?

A razão de ser dessa disposição, que será melhor compreendida no desenvolvimento deste item 19, está, segundo tudo indica, no interesse tutelado pelo legislador. Perante uma determinada assembleia em concreto, na qual houve desrespeito às formalidades legais ou estatutárias relativas a convocação e instalação, não estão em jogo senão interesses dos próprios acionistas à época em que se realizou a reunião. A eles compete, pois, se assim o desejarem, propor a ação anulatória no prazo legal.⁵⁵ Aqui se leva em conta, sobretudo, o já mencionado interesse na estabilidade das deliberações assembleares, as quais não poderiam ficar em perpétuo expostas aos ataques dos acionistas.

Outra consideração, ademais, de não menos importância, leva à conclusão exposta no parágrafo anterior. Trata-se de que, a se entender diversamente – ou seja, a se entender que o desprezo às referidas formalidades, por serem cogentes, acarretaria a nulidade absoluta das assembleias –, ter-se-ia, então, que o regime de anulabilidades delineado no art. 286 – que é o único regime previsto expressamente pelo legislador – teria aplicação “pouco menos que excepcional”.⁵⁶ Consequência, essa, manifestamente absurda, e que, como tal, deve ser afastada pelo intérprete.

Tem-se, assim, que a assembleia que se realizar com infringência das normas legais ou estatutárias de convocação ou instalação será, em princípio, anulável.⁵⁷

“Art. 128. Os trabalhos da assembleia serão dirigidos por Mesa composta, salvo disposição diversa do estatuto, de presidente e secretário, escolhidos pelos acionistas presentes.”

54. O que demonstra, como já salientado no Capítulo I, que em matéria de invalidades o direito das companhias se afasta do direito comum, onde normalmente se entende que a infringência de disposições imperativas ou cogentes acarreta a nulidade do ato (cf. Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cit., 13ª ed., p. 473).

55. Cf. Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 223-224.

56. Isto ocorreria porque, conforme lembra Lobo Xavier (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 191-193), as disposições que regulam as sociedades anônimas em sua maioria são cogentes.

57. Reflexão à parte merecem, todavia, as hipóteses de (a) falta de convocação e de (b) falta de quórum legal ou estatutário de instalação verificada posteriormente, devido a erro (ou, mesmo, dolo) dos componentes da Mesa na contagem das ações.

No tocante a “(a)” entendemos ser nula a assembleia não convocada, salvo se se tratar de assembleia totalitária, nos termos do § 4º do art. 124 da Lei 6;404/1976 (à qual estejam presentes, inclusive, os acionistas sem direito de voto, em face do

disposto no parágrafo único do art. 125). Essa conclusão encontra respaldo, segundo pensamos, no próprio art. 286, que julga anulável a assembleia “irregularmente convocada”. Se ao invés de mera irregularidade, todavia, *inexistir* convocação, é lícito concluir ser nulo o conclave (“não foi irregularmente convocada” a assembleia-geral que não foi convocada” – diz Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. L, § 5.322, n. 6, p. 289). Até porque, havendo convocação, embora irregular, existe a possibilidade de os acionistas terem conhecimento da realização da assembleia; não havendo, é perfeitamente possível que, ao se darem conta do fato, já haja decorrido o biênio previsto no art. 286 para a anulação do conclave. Por essa mesma razão entendemos que a convocação feita fora da sede da companhia (art. 289) e que impossibilite ou dificulte gravemente o conhecimento dos acionistas (por exemplo, convocação feita em Manaus para uma assembleia a ser realizada em São Paulo) ou aquela realizada por pessoa manifestamente incompetente (v.g., um credor da sociedade) devem ser equiparadas à hipótese de falta de convocação (nesse exato sentido, aliás, dispõe o art. 56º, ns. 1, “a” e 2, do Código de Sociedades Comerciais português). Em julgado proferido em EI na ACi 23.456 pelo 3º Grupo do TJRJ, relatado pelo Des. Alberto Garcia, julgou-se nula assembleia convocada ao arrepio do estatuto social; mas, além de o acórdão não descer a maiores detalhes quanto a se tratar de verdadeira e própria nulidade, a questão dirigiu-se mais a um problema de falsidade da ata da assembleia (cf. Nelson Eizirik, *Sociedades Anônimas (Jurisprudência)*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, pp. 552-556).

A maioria da doutrina, aliás, bem como a jurisprudência, sobretudo a italiana, qualificam a falta de convocação como caso de nulidade ou, mesmo, de inexistência da assembleia (cf.: Galgano, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, cit., vol. III, t. 1, “Il Negozio Giuridico”, p. 242; Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 201-204, letra “a”). Entre nós, Carvalhosa entende ser nulo o conclave não convocado (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., 2ª ed., vol. 2, p. 514), mas parece estender a mesma solução àquele irregularmente convocado ou instalado – o que temos como inaceitável, em face da lei. Comparato, em parecer publicado na RT 507/35-49 (“Sociedade anônima – Ações ao portador – Inexistência de quase-usufruto – Limites ao exercício dos direitos do usufrutuário”, São Paulo, Ed. RT), também se pronunciou pela “nulidade insanável” de assembleia não convocada (revista cit., p. 45). Batalha considera nulo o conclave não convocado, mas apenas anulável aquele irregularmente convocado (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., vol. III, p. 1.205). Pontes de Miranda julga ser caso de inexistência a falta de convocação, o mesmo ocorrendo, segundo ele, no que respeita à convocação feita por quem não tinha competência para tanto (*Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. L, n. 6, p. 287); não, porém, a convocação meramente irregular, que para ele seria meramente anulável (cf. ob. cit., n. 3, p. 283, e n. 6, p. 298). Waldemar Ferreira entende que a falta de convocação acarreta nulidade absoluta (*Tratado de Direito Comercial*, vol. IV, São Paulo, Saraiva, 1961, p. 366); a irregularidade, nulidade relativa (idem, p. 636, e, também, *Tratado das Sociedades Mercantis*, cit., 5ª ed., vol. V, pp. 1.808-1.809).

Poder-se-ia argumentar que ainda na hipótese de falta de convocação também estariam em primeira plana interesses apenas dos acionistas por ocasião da reunião, cabendo a eles intentar a respectiva ação anulatória, se assim o entenderem. Aqui, porém, parece ter pesado na solução dada pelo legislador a circunstância de que, para poder ao menos defender seus interesses, é necessário tenha sido aberta aos sócios a possibilidade de fazê-lo – o que não se compadece com a hipótese de um conclave

A ocorrência de defeitos na convocação ou instalação, porém, não esgota os casos de irregularidade que se podem classificar como *vícios da assembleia*. Dentre tais casos acham-se também, exemplificativamente, os seguintes: (a) inobservância da ordem do dia (art. 124, *caput*, da Lei 6.404/1976⁵⁸); (b) recusa de participação ao acionista (ou seu representante – cf. §§ 1º e 4º do art. 126) na assembleia (seja de ingresso na própria

para cuja realização não tenham sido eles, minimamente, cientificados. Numa linha não muito ortodoxa de considerações, poder-se-ia argumentar, pensando no campo do direito processual civil, que a falta de *citação* (que é o ato pelo qual se chama a juízo o interessado, a fim de se defender – cf. o art. 238 do CPC/2015 – art. 213 do CPC/1973), *constitui a única e exclusiva hipótese* em que se permite ao réu afrontar, *diretamente*, a sentença transitada em julgado, sem necessidade de recorrer à ação rescisória (é a denominada *querela nullitatis*, prevista nos arts. 486 e 741, I, do CPC/1973, cf. Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 29ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, notas 5 e 6 ao art. 486, p. 383 – arts. 966, § 4º, e 535, I, do CPC/2015). Estando a assembleia sujeita a um *procedimento*, visando, precipuamente, a possibilitar o *contraditório* no conclave, o argumento não soa tão despropositado como poderia parecer à primeira vista.

No que tange a “(b)”, julgamos que, por se cuidar de hipótese de assembleia “irregularmente instalada” (exatamente como ocorreria se, por exemplo, a falta do quórum legal ou estatutário fosse verificada desde logo, no momento do conclave, e mesmo assim este fosse abusivamente instalado), aplica-se a regra geral da anulabilidade da deliberação prevista no art. 286.

58. Aqui o vício seria mais propriamente da deliberação que versasse sobre matéria não constante da ordem do dia do que da própria assembleia, mas Carvalhosa fornece exemplo em que o vício atingiria o próprio conclave: “Seria, *v.g.*, o caso de um aumento de capital que não tivesse, na assembleia, logrado aprovação, mas que nela mesma se decidisse, fora da ordem do dia, transformar o regime de capital da companhia para autorizado, aceitando-se, logo em seguida, a subscrição de um grupo estranho ao quadro social disposto a subscrever a referida parcela. Neste exemplo, tanto o aumento aprovado, constante da ordem do dia, como a mudança extravagante do regime do capital seriam nulos” (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., 2ª ed., vol. 2, p. 554). O ilustre comentador da nossa lei julga, outrossim, “nula a deliberação que versar sobre matérias estranhas às constantes da convocação” (ob. e loc. cit.).

Não nos parece que o vício, só por esse motivo, seja esse, mas, sim, o de *anulabilidade* (salvo se o *conteúdo* da deliberação for nulo, como se esclarecerá no subitem seguinte). Batalha também se manifesta pela anulabilidade (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., vol. III, pp. 1.205-1.206). Poder-se-ia argumentar que, na realidade, o acionista não foi convocado para deliberar sobre *aquela* matéria, equiparando-se a hipótese a de inexistência de convocação; mas essa assimilação revela-se forçada. Convocação para a reunião houve, e o acionista minimamente diligente, mesmo que não tenha tido interesse em comparecer justamente em função da matéria indicada na ordem do dia, poderá solicitar cópia da ata e, eventualmente, requerer anulação da deliberação ou, no exemplo dado por Carvalhosa, da própria assembleia. O que terá, nos termos do art. 286 da Lei 6.404/1976, dois anos para fazer.

reunião, seja de participação na discussão dos assuntos tratados, seja na votação desses assuntos quando o acionista também tiver direito de voto⁵⁹

Explicitamente no sentido de que o vício em questão acarreta apenas anulabilidade o acórdão da 5ª Câmara do TJSP, relatado pelo Des. Matheus Fontes, na RT 688/67.

59. Segundo Lobo Xavier, que cita diversas opiniões doutrinárias a respeito, “o direito de discutir os assuntos incluídos na *ordem do dia* e sobre os quais o órgão colegial é chamado a deliberar constitui – com o de assistir à reunião, de apresentar propostas, de votar – um dos direitos ou faculdades contidos no direito, mais vasto, *dito de participação ou intervenção na assembleia-geral* (...). Embora não mencionada *expressis verbis* na lei, deriva necessariamente da própria natureza da assembleia (...); na medida em que dispõe que o voto dos associados é emitido numa reunião regulada de certo modo e precedida de certas formalidades, a mesma lei mostra ter querido possibilitar o esclarecimento mútuo dos votantes através da discussão (...)” (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 187, nota 85 – grifos nossos).

O direito de participação ou intervenção do acionista na assembleia, aliás, não constitui senão expressão do *contraditório*, que deve presidir aos debates que se estabelecerem no conclave, conforme expusemos no Capítulo II, item 10, deste trabalho. Daí que a ilegítima exclusão do acionista do conclave poderá acarretar a invalidade da deliberação ainda que seu voto não tenha relevância para a formação da maioria, uma vez que *também ao acionista privado do direito de voto a lei consente participar da assembleia* “e discutir a matéria submetida à deliberação” (parágrafo único do art. 125).

Esse direito de discussão, outrossim – como lembra Dominique Schmidt ao criticar o denominado “sistema aritmético” –, *não guarda relação com o número de votos*: “L’actionnaire ne pèse pas seulement sur les délibérations par le nombre de voix dont il est titulaire. *Les observations et arguments qu’il est en droit de présenter à l’assemblée peuvent avoir une influence décisive sur le résultat du vote*” (*Les Droits de la Minorité dans la Société Anonyme*, cit., p. 118 e nota 6 – a frase citada é de D. Bastian, com grifos nossos).

Esclarece, todavia, Lobo Xavier que “o uso da palavra na assembleia está forçosamente sujeito a limitações, derivadas, além do mais, da necessidade de o colégio funcionar de modo ordenado e útil. Ora, saber em cada caso se o condicionamento da discussão representa uma violação do respectivo direito, ou se apenas corresponde à necessária disciplina do exercício deste, constitui, por vezes, um problema difícil. As dúvidas surgem, quer quanto à extensão das limitações admissíveis, quer quanto à entidade competente para as fixar. Relativamente a este último aspecto, ninguém nega, decerto, que ao presidente incumbe, de uma maneira geral, a disciplina do funcionamento da assembleia, e, portanto, também uma intervenção na presente matéria. Mas há autores (...) que manifestam uma tendência restritiva em relação à amplitude desta intervenção – a qual, para muitos, ficará sempre sujeita, de qualquer modo, ao julgamento do colégio (...)” (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 188, continuação da nota 85).

Entre nós, Carvalhosa parece propender para o reconhecimento de poderes exclusivos de direção à Mesa dos trabalhos, inclusive com limitação do tempo de discussão (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., 2ª ed., vol. 2, pp. 614-

– excetuadas as hipóteses expressas de *proibição de voto* arroladas nos §§ 1^{as} dos arts. 115 e 134 e do § 2^o do art. 228⁶⁰ e de *suspensão desse direito*, prevista no art. 120); (c) inexistência do quórum legal ou estatutário das deliberações (arts. 129 e 136⁶¹⁻⁶²); (d) falta de lavratura da ata (art.

615) (no mesmo diapasão Sampaio de Lacerda, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 116 – mas subordinando essa decisão da Mesa a prévia consulta à assembleia, que nos parece ser a orientação mais correta). Mas o ilustre Mestre entende que nem a Mesa nem a maioria dos acionistas poderão expulsar o acionista do conclave, salvo se os atos deste “puderem ser caracterizados como crimes ou contravenções, ou atentarem contra o decoro, inclusive por motivos de embriaguez ou manifesta insanidade mental” (Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., 2^a ed., vol. 2, p. 616).

60. Mantemos, todavia, a opinião expressada anteriormente em nosso *Conflito de Interesses nas Assembleias de S/A*, cit., 2^a ed., p. 103, nota 80), e pelas razões expostas no subitem 3.2.2 daquele trabalho (pp. 96-103), de que a Mesa Diretora do conclave não tem o poder de impedir o voto que entenda ser conflitante com o interesse da companhia (última hipótese prevista no § 1^o do art. 115 da Lei 6.404/1976), por não consistir, propriamente, aquela hipótese, um caso de *proibição de voto* (que é, porém, o caso das outras três hipóteses previstas no mencionado § 1^o do art. 115 e, bem assim, daquelas disciplinadas nos §§ 1^o do art. 134 e 2^o do art. 228).

Mesmo nos casos em que esteja proibido de votar, porém, o acionista poderá participar da discussão (argumento extraído do art. 125, parágrafo único), sendo computadas suas ações, outrossim, para o quórum de instalação e, segundo Carvalhosa, ainda para o quórum de deliberação (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., 2^a ed., vol. 2, p. 417). Em sentido contrário, no tocante ao quórum: Sampaio de Lacerda, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., vol. 3, p. 56; Fernando Netto Boiteux, “Voto minoritário e quórum na assembleia-geral da sociedade anônima”, *RDM 75/100*.

61. Mas essa hipótese poderá constituir um vício de formação de determinada deliberação apenas, e não de todas as que forem tomadas na assembleia (especialmente nos casos em que uma das deliberações apenas requer quórum qualificado, como, por exemplo, naqueles enumerados no art. 136).

Muitos autores, por outro lado, entendem que a falta de quórum, por traduzir falta maior, conduz à nulidade ou inexistência da deliberação (v.: Waldemar Ferreira, *Tratado de Sociedades Mercantis*, cit., 5^a ed., vol. V, pp. 1.809-1.810). Esta solução parece não se coadunar, entretanto, com o sistema da Lei 6.404/1976. Basta pensar que se a falta de quórum deliberante se verificar posteriormente, em virtude da anulação de determinados votos, a solução será, expressamente, a *anulabilidade* (§ 4^o do art. 115: “A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é *anulável*; ...”; assim como é anulável a deliberação tomada em decorrência de votos evadidos de “erro, dolo, fraude ou simulação”, nos termos do art. 286). Não se vê por qu, dessa forma, deva ser considerada nula, e não simplesmente anulável, a deliberação na qual, por exemplo, a falta de quórum se verifica em função de erro (ou, mesmo, dolo) dos componentes da Mesa na contagem dos votos (neste sentido Ascarelli, que primeiramente – em 1932 – havia se manifestado pela nulidade, modificou após sua opinião – em 1936 –, entendendo que se cuidava de anulabilidade, o que sustentou até o fim – cf. “Sui poteri della maggioranza nelle

società per azioni ed alcuni loro limiti”, cit., in *Studi in Tema di Società*, pp. 103-104, continuação da nota 7, e “L’interesse sociale dell’art. 2.441 Codice Civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari”, cit., *Rivista delle Società* I/110-111). De outra parte, se o princípio majoritário é indubitavelmente cogente, na hipótese enfocada ele teria sido desrespeitado *no caso concreto*, onde se acham em jogo, outrossim, apenas interesses dos acionistas.

Sobre a questão discutida nesta nota, v., ainda, Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 211-217, nota “d” – com ampla notícia bibliográfica sobre as soluções adotadas na doutrina estrangeira –, bem como pp. 581-599 – especificamente sobre a questão da anulação de determinada deliberação em função de vícios do voto e sua influência em deliberação posterior, tomada com base naquela, em razão de “conexão voluntária” entre elas.

Acórdão da 5^a Câmara Civil do TJSP relatado pelo Des. Nogueira Garcez manifestou o entendimento de que para efeito de apuração do quórum devem prevalecer as assinaturas constantes da ata, ainda que omisso o Livro de Presença (RT 543/76).

62. Problema altamente complexo relativo ao quórum de deliberação pode ocorrer nas deliberações *negativas* (*Ablehnungsbeschlüsse*). Por exemplo, quando, por erro (ou dolo) do presidente da assembleia na contagem dos votos (ou por se ter computado como inválidos votos que eram válidos), determinada deliberação dada como *rejeitada* na realidade deveria ter sido considerada *aprovada*.

Parte da doutrina entende que nesse caso caberia uma ação declaratória (de nulidade) para o fim de estabelecer o verdadeiro sentido da deliberação. Mas, como lembra Trimarchi, tal solução não guarda simetria com aquela proposta para a hipótese contrária (em que se considera *aprovada* uma deliberação que, na verdade, foi *rejeitada*). Além do mais, conduziria a consequências inaceitáveis, consoante exemplifica o ilustre Mestre: “Si pensi, per esempio, al caso in cui, in seguito ad errore nel computo dei voti, appaia respinta la proposta di limitare i poteri di rappresentanza degli amministratori, proposta che in realtà aveva conseguito la prescritta maggioranza: l’inconveniente della tesi, secondo la quale sarebbe ammessa l’azione dichiarativa di nullità, non si avrebbe – è vero – nei confronti dei terzi, a tutela dei quali opererebbe pur sempre il principio espresso nell’art. 1.396 cod. civ., ma si avrebbe nei confronti della società, col permettere a chiunque, socio o non socio, di far valere in ogni tempo la mancanza di poteri. È chiaro come una simile soluzione sarebbe incompatibile con i principi sopra dimostrati, perchè si ha qui un’apparente mancanza di deliberazione che può aver determinato affidamenti della società stessa, oltre che dei terzi” (*Invalitità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, Milão/Itália, Giuffrè, 1958, p. 63). Ressalve-se que Trimarchi manifesta entendimento diverso no caso de ter ocorrido *dolo* do presidente da assembleia na contagem dos votos, pois considera que nessa hipótese a deliberação, positiva ou negativa, seria inexistente – ob. cit., p. 62, e nota 13 da p. 64 –, solução com a qual não concordamos, até por pressupor particularidades do direito positivo italiano).

Mesmo no caso enfocado nesta nota, pois, opinamos pela *anulabilidade* da deliberação, levando em consideração, para efeitos de certeza jurídica, ser importante “que a deliberação deva julgar-se aprovada ou não aprovada, *conforme o que resulta ostensivamente do procedimento colegial*” (Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 326, continuação da nota 72). Decerto, como pondera logo a seguir o Mestre lusitano, tal resultado ostensivo pode estar baseado em irregularidades, “*mas isto só contende com a validade do acto*

não autoriza o afirmar-se que foi outra a deliberação efectivamente tomada” (ob. e loc. cit. – grifos nossos).

Dáí o entendimento de que a invalidade da deliberação negativa não faria emergir outra, de carácter positivo, em face da *impossibilidade jurídica desse pedido*, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015 – art. 267, VI, do CPC/1973. O pedido (mesmo que se cuidasse de nulidade) é o de que seja *anulada* (ou declarada nula) a deliberação, e não o de sua substituição por outra (o Poder Judiciário, aliás, só poderia manifestar a vontade da companhia no caso excepcionalíssimo a que alude o § 2º do art. 129 da Lei 6.404/1976). Nessa linha, acórdão unânime da 5ª Câmara Civil do TJSP prolatado na ACI 13.393-1 e relatado pelo Des. Nogueira Garcez confirmou sentença que, embora tendo anulado deliberação que aprovara a não distribuição de dividendos, determinou que a oportunidade dessa distribuição deveria ser apreciada pelos próprios acionistas, em nova assembleia que viesse a se realizar (íntegra do julgado na RDM 47/61-63).

Tal solução, porém, cria sérios entraves à demonstração do *interesse processual* para a anulação da deliberação negativa, o qual, afora hipóteses excepcionais, se mostraria problemático. Trimarchi (*Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., p. 64) lembra do exemplo, dado por Hueck, de que o estatuto contenha disposição segundo a qual determinada proposta, rejeitada, não pode ser reapresentada senão depois de determinado período; em tal caso a anulação da deliberação negativa permitiria a reapresentação da proposta antes de decorrido o período estabelecido no estatuto. Outro exemplo, recordado por Lobo Xavier (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 328, continuação da nota 72), fornecido por Boesebeck, é o de “relevar a decisão do tribunal, v.g., acerca da legitimidade dos participantes ou votantes, para o efeito de se ajuizar da actuação do presidente da assembleia em futuros procedimentos”.

Mas a solução contrária, ou seja, a admissão de que “a anulação de uma deliberação negativa importará eventualmente o reconhecimento de que se tomara efectivamente uma deliberação positiva, apresenta um inconveniente de gravidade: a deliberação positiva, que, *como tal*, pode enfermar de determinado vício – máxime no tocante ao respectivo conteúdo –, surgirá aos olhos dos interessados em contrariar a sua validade numa altura em que já não lhes será possível fazê-lo, por ter passado o prazo de proposição da acção anulatória” (Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 330, continuação da nota 72).

Talvez por isso seja o caso de ponderar a respeito da orientação proposta pelo próprio Lobo Xavier no sentido de se admitir a possibilidade de uma “acção de apreciação” quando “se tenham manifestado e subsistido, *no próprio seio do colégio*, dúvidas que, pela sua consistência, sejam suscetíveis de provocar incerteza sobre o referido resultado (...) a fim de o tribunal fixar qual a deliberação que efectivamente se tomou. Nestas circunstâncias, e dadas justamente as dúvidas logo manifestadas na assembleia, já o sentido que o julgador venha a atribuir ao acto não pode constituir uma surpresa e determinar, assim, uma insuportável lesão da certeza jurídica” (ob. cit., p. 326, continuação da nota 72; mas o autor recomenda, mesmo nesse caso, a formulação, *ad cautelam*, de pedido subsidiário de anulação da deliberação – cf. p. 327).

Nessa linha, como veio a aditar o grande mestre Coutinho de Abreu: “A simples anulação da deliberação (proclamada como) negativa elimina esta, mas não faz surgir a deliberação positiva no final das contas efectivamente adotada. Para que este efeito se produza, é preciso que o tribunal, além de anular a negativa, declare a existência da deliberação positiva. E só pode declará-lo se tal lhe for pedido. Pois bem, é ad-

130⁶³); (e) falta de publicação prévia dos documentos da administração (art. 133,⁶⁴ ressalvada a hipótese do art. 294, II); (f) inobservância do

missível cumular com o pedido de anulação (da deliberação negativa) o pedido de declaração da deliberação positiva. É certo que, sendo (também) o segundo pedido julgado procedente e enfermando a deliberação positiva de anulabilidade, o prazo para a acção anulatória já terá decorrido. Mas é um facto que a sociedade contra a qual foi proposta acção de duplo pedido pôde contestar e arguir a anulabilidade dessa deliberação” (*Curso de Direito Comercial*, 5ª ed., vol. II, Coimbra/Portugal, Livraria Almedina, 2016, pp. 518-519).

A questão, como se vê, era polémica quando escrevemos este trabalho (1998), havendo quem sustentasse a viabilidade de uma tutela positiva do Judiciário (Trimarchi, *Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., pp. 253-254; Aldo Ferrari, *L'Abuso del Diritto nelle Società*, Pádua/Itália, CEDAM, 1998, pp. 45-47 e 143, nota 19).

Hoje em dia está praticamente assentada a viabilidade da “acção declaratória assemblear positiva” (*positive Beschlussfeststellungsklage*), na qual o juiz, “indo além do decreto de invalidação da acção de deliberação assemblear viciada, também [pode] acertar positivamente o seu conteúdo e, com isso, pronunciar o resultado correto” (cf. Marcelo Vieira von Adamek, “Acção de acerto de deliberação assemblear”, in Gilberto Gomes Bruschi e outros (coords.), *Direito Processual Empresarial*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2012, pp. 514-527).

63. Carvalhosa, invocando Valverde, manifesta o entendimento de que “a nulidade da ata não invalida, por sua vez, as deliberações sociais nem a própria assembleia-geral. Assim, se por falta de qualquer requisito a ata for ineficaz, pode a assembleia-geral ser plenamente válida, cabendo à assembleia seguinte, devidamente convocada e instalada, ratificar as deliberações anteriormente tomadas que não foram reproduzidas na ata anterior” (*Comentários à Lei de Sociedades Anónimas*, cit., 2ª ed., vol. 2, p. 638). No mesmo sentido Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. L, § 5.322, n. 5, p. 286) e Sampaio de Lacerda (*Comentários à Lei de Sociedades Anónimas*, cit., vol. 3, p. 83).

Observa Carvalhosa, contudo, constituir a ata “documento necessário para a eficácia das deliberações tomadas na assembleia-geral” ou “das assembleias especiais” (*Comentários à Lei de Sociedades Anónimas*, cit., 2ª ed., vol. 2, p. 643 – grifo nosso. V., no mesmo sentido das considerações de Carvalhosa, na doutrina italiana: Romano-Pavoni, *Le Deliberazioni delle Assemblee delle Società*, cit., pp. 211-212; e Galgano, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, cit., vol. III, t. 1, “Il Negozio Giuridico”, p. 229; na doutrina portuguesa: Abílio Neto, *Código Comercial, Código das Sociedades, Legislação Complementar, Anotados*, 13ª ed., Lisboa/Portugal, Ediforum, 1997, nota 3 ao art. 63, p. 504). Esse entendimento parece-nos o mais acertado em face da sistemática legal.

Carvalhosa admite, outrossim – o que também nos parece plenamente justificado –, a lavratura da ata por escritura pública fora da sede “se ocorrer obstrução na instalação ou na realização da assembleia-geral na sede social, por ilícita iniciativa dos administradores” (*Comentários à Lei de Sociedades Anónimas*, cit., 2ª ed., vol. 2, p. 639) – hipótese cuja ocorrência, de resto, está longe de ser incomum.

64. Publicação que não é dispensada nem mesmo no caso de vir a ocorrer uma assembleia totalitária (art. 133, §§ 3ª e 4ª), e que se destina, portanto, *também* ao conhecimento de terceiros.

procedimento e das demais formalidades estabelecidas no art. 134, *caput* e seus §§ 1º e 2º.⁶⁵

Nas hipóteses acima apontadas, bem como em todas aquelas em que ocorrer, *numa assembleia em concreto*, a violação das disposições legais ou estatutárias relativas ao *procedimento assemblear*, dar-se-á a *anulabilidade do conclave*.⁶⁶⁻⁶⁷

No que tange aos acionistas, a publicação desses documentos, e especialmente do aviso do art. 133, está ligada ao seu direito essencial de fiscalizar a gestão dos negócios sociais (art. 109, III).

65. Discute-se, a propósito, sobre o vício que afetaria uma assembleia não realizada *simul et communiter sed separatim*, ou, ainda, daquela em que os votos de alguns acionistas sejam colhidos por telefone ou por escrito. Alguns veem nessas hipóteses, especialmente na primeira, em que não há uma efetiva reunião com a presença simultânea dos sócios, um caso de nulidade ou, mesmo, de inexistência das deliberações (cf. os autores citados por Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 204-206, letra “b”). Preferimos, todavia, com Ascarelli, enxergar nessas hipóteses (desde que a reunião tenha sido convocada, evidentemente) “esistente la deliberazione (perchè esistente una manifestazione commune dei soci) seppure *annullabile* (per mancata osservanza delle norme sul procedimento delle assemblee) e con un verbale ideologicamente falso (...)” (“Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti”, cit., in *Studi in Tema di Società*, p. 104, continuação da nota 7). É verdade que essa opinião de Ascarelli foi proferida em face do Código Civil italiano, que, como vimos, só admite a nulidade das deliberações em função da impossibilidade ou ilicitude do objeto (art. 2.379). Mas não vemos razão para não aplicar a mesma solução em face da nossa lei, que mesmo nos casos de convocação ou instalação irregular prefere a sanção da anulabilidade. Não se acham em jogo, nas hipóteses analisadas, interesses outros que não os dos acionistas, que, ademais, foram convocados para o conclave.

É discutível, outrossim, se a presença de estranhos pode acarretar a invalidade da assembleia (cf.: Trimarchi, *Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., p. 90 – entendendo tal presença irrelevante; Dominique Schmidt, *Les Droits de la Minorité dans la Société Anonyme*, cit., p. 115 – admitindo a invalidade do conclave, conforme o caso). Entre nós, Carvalhosa, trazendo à colação os ensinamentos de Waldemar Ferreira e Cunha Peixoto, admite, francamente, a participação de estranhos na formação da Mesa Diretora dos trabalhos da assembleia (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., 2ª ed., vol. 2, pp. 609-610); Sampaio de Lacerda manifesta o entendimento de que a mera presença de estranhos não ocasionará a invalidade do conclave, “a não ser que importe em manobras fraudulentas, situação que deverá ser apreciada pelo órgão judicante” (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., vol. 3, pp. 5-6).

66. Nesse sentido: Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pp. 410-411, letra “f”.

67. Consideração especial merece a hipótese de realização de assembleia em desobediência a medida cautelar. Tal hipótese foi considerada um caso de inexistência pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (cf. Lobo Xavier, *Anulação de Delibe-*

19.2 Vícios das deliberações

Afirmamos no subitem anterior que os vícios da assembleia consistentes no desrespeito, em determinado conclave, de normas cogentes relativas à sua convocação, instalação e funcionamento acarretam a anulabilidade do ato, em razão do interesse protegido pelo legislador, ou seja, por não se acharem, aí, em jogo interesses outros que não os dos acionistas que compõem o quadro societário à época da reunião. A eles incumbe, pois, se assim o desejarem, requerer a impugnação da assembleia.

Situação diversa ocorre, porém, se através das deliberações tomadas no conclave os acionistas pretenderem criar *uma disciplina* contraveniente àquela estipulada de forma cogente na lei.⁶⁸ Se, por exemplo, resolverem *modificar os estatutos* para: (a) estabelecer prazo menor que o legalmente previsto para as convocações (§ 1º do art. 124 da Lei 6.404/1976⁶⁹); (b) restringir o ingresso dos acionistas sem direito de voto no conclave (parágrafo único do art. 125); (c) permitir o voto plural para determinada classe de ações (§ 2º do art. 110); (d) permitir o voto por correspondência, independentemente da realização de assembleia (art. 110, *caput*); (e) estabelecer quórum de instalação ou deliberação inferior ao legal (arts. 125, 129 e 136, ressalvado o disposto no § 2º) – e assim por diante.

Todos esses casos referem-se, precipuamente, ao procedimento assemblear, mas o vício que os contamina não está no conclave em si, que pode, inclusive, ter sido regularmente convocado e instalado, e sim *no conteúdo* das deliberações tomadas. De outra parte, muito embora tais deliberações sejam, inequivocamente, “violadoras da lei” – para repetir os dizeres do art. 286 –, poucos haveriam de sustentar serem elas meramente anuláveis, e não *absolutamente nulas*, como de fato são. Cumpre perquirir, assim, por qual fundamento se deve afastar, aqui, a aplicabilidade do regime de anulabilidades previsto na Lei 6.404/1976.

ração Social e Deliberações Conexas, cit., p. 221, continuação da nota 94, letra “g”). Julgado da 6ª Câmara Civil do TJSP relatado pelo Des. Orlando Gandolfo invalidou o conclave sem precisar, porém, a natureza do vício (RT 601/83), que nos parecia ser o de nulidade. Melhor refletindo sobre essa opinião, que expendemos na 1ª edição deste livro, o vício nos parece ser, na realidade, o de *ineficácia*, e não o de nulidade: não se trata de vício intrínseco ao ato, como se dá normalmente com os casos de invalidade.

68. O que se dá normalmente, mas nem sempre – como se verá mais adiante –, através de uma modificação estatutária.

69. Observe-se, a propósito, que a lei estabelece prazo mínimo de antecedência *mesmo para as companhias fechadas, com menos de vinte acionistas* (art. 294, I).

Uma razão já foi exposta no capítulo anterior deste trabalho (item 14): as normas estatutárias são *normas jurídicas*, submetidas à positividade do regime estatal; aplica-se a elas, pois, o princípio *lex superior derogat inferiori*.⁷⁰ Estando as regras estatutárias em desacordo com as regras legais, devem prevalecer, naturalmente, estas últimas. Inexistindo, outrossim, normas jurídicas meramente “anuláveis”, as disposições do estatuto que infringirem a lei são *absolutamente nulas*.

Mas outro fundamento pode ser invocado ainda, ligado, por seu turno, ao interesse tutelado pelo legislador. A deliberação que modifica uma norma estatutária estabelece, no mais das vezes, uma disciplina para vigorar com caráter permanente (o que é próprio, aliás, das normas jurídicas). Assim sendo, sua eventual invalidade não interessa apenas aos acionistas existentes na data da assembleia, mas também *aos futuros acionistas*, investidores no mercado de capitais, que na companhia vierem posteriormente a ingressar.⁷¹⁻⁷²

70. Bobbio, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Turim/Itália, G. Giappichelli Editore, 1960, p. 97.

71. Lobo Xavier explica com muita clareza esse fundamento, sendo útil trazer suas considerações para cá: “(...) na medida em que as participações sociais estão incorporadas em ações, facilmente transmissíveis e, regra geral, em número avultadíssimo, amplia-se quase indefinidamente o círculo das pessoas que, ao longo da vida de uma sociedade anônima, se podem tornar seus sócios. Bem se compreende, portanto, a necessidade de tutelar a confiança desse público, potencialmente tão vasto, para cujo ingresso estão abertas as sociedades do tipo em questão. E esta tutela dos novos acionistas envolve a garantia da vigência de um ordenamento que salvaguarda os seus interesses. Nem se diga que tais sujeitos aderem livremente ao ordenamento societário, qualquer que ele seja, tal como resulta do pacto social e das deliberações da assembleia; e que está em suas mãos obterem a este respeito a informação adequada, designadamente através das publicações legalmente prescritas. É que não pode razoavelmente contar-se com a diligência dos adquirentes das ações em se informarem das cláusulas dos estatutos e das deliberações em geral: dadas a facilidade e a rapidez da aquisição dos títulos, esta é frequentemente desacompanhada de qualquer verificação em tal capítulo por parte dos interessados. O sistema de circulação da socialidade nas sociedades anônimas envolveria assim graves perigos – perigos tanto mais de ponderar quanto poderia ser elevadíssimo o número dos prejudicados – se acaso não se assegurasse pelo modo descrito a posição de quem quer que se torne acionista. Por outro lado, se bem virmos, a garantia a que nos referimos vem, ao fim e ao cabo, reforçar a aludida facilidade e rapidez da aquisição dos títulos, já que o adquirente fica desonerado de indagações, na medida correspondente. Temos, pois, que o caráter cogente das normas em causa não só defende os ‘futuros acionistas’, como serve às próprias finalidades do sistema legal de transmissão de ações” (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 161-163).

72. O argumento é também de Alfred Hueck, na já mencionada obra *Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften*,

Tem-se, assim, que, se em determinada assembleia forem desrespeitadas as normas legais imperativas referentes à sua convocação, instalação e seu funcionamento, o ato é meramente *anulável*; mas se os acionistas pretenderem, ainda que à unanimidade, estabelecer *disciplina*⁷³ contra-posta às referidas normas, o ato é absolutamente *nulo*.⁷⁴

Se o interesse dos “futuros acionistas”, porém, justifica suficientemente, nos exemplos apontados e em outros, não propriamente ligados ao procedimento assemblear,⁷⁵ a adoção de tal critério no tocante às companhias *abertas*, o mesmo não sucede com relação às *fechadas*. Nestas últimas permite-se, inclusive, embora com certas restrições, a imposição de limites à circulação das ações (art. 36), pelo quê o aludido interesse não se revela, como nas primeiras, tão acentuadamente necessitado da proteção do legislador.⁷⁶ O que não significa, no entanto, que o *mesmo*

de 1924, pp. 75 e ss. (*apud* Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 159, nota 63).

Ascarelli (“Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 402, nota 13) e Trimarchi (*Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., p. 74) igualmente recorrem a ele.

73. Essa disciplina, como lembra Lobo Xavier (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 227, nota 100), pode não decorrer de uma reforma estatutária: a deliberação que elege os administradores por prazo superior a três anos, declarando-os irremovíveis pela assembleia ou pelo conselho de administração (art. 122, II, c/c o art. 140, *caput* e inciso III, e art. 143, *caput* e inciso III, da Lei 6.404/1976), estabelece, igualmente, uma *situação duradoura* em contraposição às normas legais, sendo, por isso, também *nula*.

74. Donati fala, nessa hipótese, em nulidade por violação de normas proibitivas da lei que visam ao interesse geral, “dettate particolarmente per la disciplina delle società anonime” (*L'Invalidità della Deliberazione di Assemblea delle Società Anonime*, Milão/Itália, Giuffrè, 1937, p. 213, n. 68).

75. Por exemplo, na deliberação que, em afronta ao disposto no art. 1º da Lei 6.404/1976, modificasse os estatutos para estipular a responsabilidade solidária dos acionistas pelos débitos sociais ou para alterar a estrutura da companhia, delegando poderes privativos da assembleia a outros órgãos, em violação ao disposto nos arts. 122, 139 e 163, § 7º – e assim por diante.

76. V., a respeito, as considerações de Lobo Xavier no tocante às sociedades por quotas (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., item 12, pp. 231-259). Por outro lado, se nas companhias abertas “os estatutos se apresentam, incontestavelmente, como um *ato-regra* (para retomarmos a expressão consagrada dos institucionalistas franceses), com as características de um direito objetivo ou *ius positum* no âmbito corporativo”, nas companhias fechadas “difícilmente poder-se-ão desligar as regras estatutárias do acordo de vontades entre os acionistas, que lhes serviu de fundamento e inspiração. Por isso mesmo, enquanto na companhia aberta a latitude de criação normativa dos estatutos é estreitamente limitada, preponderando

critério não seja aplicável às sociedades anônimas fechadas, em face dos dizeres imperativos das normas mencionadas. Resta tentar encontrar, todavia, qual seria o fundamento para essa aplicação.

Na verdade, é difícil apontar um fundamento único. Somente a interpretação de cada norma (ou conjunto de normas) será capaz de levar à *mens legislatoris*.

Deve-se observar, porém, em linha preliminar, que a adoção de *uma só lei* para regular as companhias (abertas ou fechadas) já denota a preocupação em estabelecer uma *estrutura societária rígida* aplicável a ambos os tipos, embora levando em consideração as respectivas particularidades, como se salientou.⁷⁷ Essa circunstância, por si só, é esclarecedora.⁷⁸

sempre o ditado legal, nas companhias fechadas a fronteira entre estatutos e acordo de acionistas se esbate consideravelmente. O acordo estatutário aparece, aqui, muito mais como negócio jurídico privado, entre partes determinadas, do que como regulamento objetivo e impessoal” (Comparato, “A natureza da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias-gerais e reuniões do conselho de administração” (parecer), cit., in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, p. 121).

77. Em inteira consonância, aliás, com o que preconizava Ascarelli, para quem a adoção da estrutura da sociedade anônima unicamente para a grande empresa, de capital aberto, acabaria por incentivar a estrutura monopolística da economia (“I problemi delle società anonime per azioni”, *Rivista delle Società* I/17, 1956).

Segundo o Mestre, a tentativa de proceder a uma reforma da lei com vistas a esse propósito partia de uma premissa errônea: “quella di una rigida contrapposizione tra le grandi società con azioni diffuse nel pubblico e le altre e dell’esistenza sullo nelle prime di un peculiare problema di riforma. Viceversa da un lato nell’infinita varietà dei casi concreti è sì possibile individuare i presupposti (quali, a mio avviso, la quotazione in Borsa delle azioni) che consigliano l’applicazione di norme speciali, ma non è affatto possibile individuare uno speciale tipo di grande società per azioni come tale assoggettabile a una propria disciplina autonoma in contrapposizione con la disciplina delle altre società per azioni; dall’altro non è solamente nei riguardi delle grandi società per azioni che soccorrono esigenze di riforma, nè i problemi che si pongono nelle grandi società per azioni con azioni diffuse nel pubblico sono risolvibili indipendentemente da una riforma generale delle società per azioni. La tutela della ‘maggioranza’ azionaria alla quale si deve provvedere nelle grandi società con azioni diffuse nel pubblico non è disciplinabile se non in un quadro che importi anche la tutela della ‘minoranza’ azionaria, alla quale si deve provvedere nelle medie e piccole società per azioni” (revista cit., p. 18 – grifos nossos).

78. Com efeito, essa disciplina unitária é que explica, segundo Ascarelli, “perchè la storia legislativa delle società per azioni nell’ultimo cinquantennio sia caratterizzata da un irrigidimento della disciplina privatistica che deriva dalla moltiplicazione in questa di norme d’ordine pubblico, volte in via generale alla tutela dell’azionista in tutte le società per azioni. Al sostanziale ampliamento dei poteri del gruppo nel controllo che si traduce nel progressivo ampliamento dei poteri dell’assemblea nei ri-

Mas outros fundamentos podem ser encontrados. Assim, no caso das normas relativas ao procedimento assemblear, por exemplo, Bulgarelli en-xergou uma forma de proteção aos acionistas minoritários.⁷⁹ Mas já houve quem aí divisasse uma forma de proteção ao direito essencial de qualquer acionista de fiscalizar a gestão dos negócios sociais.⁸⁰ Ascarelli, por sua vez, entende que os princípios, direitos e poderes que não podem, nem por deliberação unânime, ser disciplinados de forma contrária à lei nos

guardi delle modificazioni statutarie e nella sempre più ampia concezione dell’oggetto sociale, ha fatto ovunque riscontro, nella legislazione internazionale, un irrigidimento della disciplina attraverso la moltiplicazione di norme inderogabili; lo sviluppo delle società con la naturale variabilità delle persone degli azionisti – caratteri propri di tutte le società per azioni – ha via via ridotto la portata dello statuto originario arrivando a ammetterne una generale modificabilità; ha d’altro lato specificato e moltiplicato le norme sottratte, a tutela dell’azionista, alla sovranità assembleare, seppure in sede di modifica statutaria” (“I problemi delle società anonime per azioni”, cit., *Rivista delle Società* I/p. 19 – grifos nossos).

79. “Não obstante as minorias possam ser prejudicadas por medidas tomadas pela maioria, por várias formas, não necessariamente através de deliberação em assembleia-geral, quando ocorrem, porém, por via desta, vê-se claramente a sujeição da minoria. Daí o interesse em disciplinar a formação e funcionamento da assembleia-geral, cujas deliberações, quando obviamente contrárias à lei ou aos estatutos, ou mesmo quando, na margem de liberdade deixada por eles, são tomadas contra os interesses da companhia ou da própria minoria, são susceptíveis de anulação e apuração das consequentes responsabilidades. As legislações se preocupam, há tempos, em regular detidamente a constituição da assembleia-geral e o quórum, não só para constituir a assembleia, mas também para a deliberação em determinadas matérias, e, em alguns casos, exigindo-o alto, para evitar abusos de um pequeno grupo de controle contra a massa não unida dos demais acionistas” (Bulgarelli, *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A*, cit., p. 134).

No mesmo sentido: Galgano, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, cit., vol. III, t. 1 (“Il Negozio Giuridico”), p. 220.

80. “Na categoria dos direitos individuais, comuns a todos os acionistas, entra o de fiscalizar o funcionamento da sociedade. O acionista tem sempre o direito de exigir, quer para defender os seus próprios interesses, quer para defender os interesses comuns a todos os acionistas, que a sociedade funcione regularmente, dentro da lei e dos estatutos, para a consecução do seu objetivo. Mas, como o funcionamento da sociedade depende dos atos de administração, pois que são eles que movimentam o organismo social, a fiscalização dos acionistas se exerce principalmente sobre esses atos. A lei garante o exercício desse direito por três modos: (...) (c) concedendo a todos os acionistas o ingresso nas assembleias-gerais, a fim de discutir o objeto sujeito à deliberação delas (art. 90, parágrafo único)” (Valverde, *Sociedades por Ações*, 3ª ed., vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1959, n. 381, pp. 39-40).

No mesmo sentido: Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. L, n. 5.312, n. 4, pp. 232-233; Comparato, “Sociedade anônima – Ações ao portador – Inexistência de quase-usufruto – Limites ao exercício dos direitos do usufrutuário” (parecer), cit., *RT* 507/44, item 11.

estatutos são atribuídos “non solo nell’interesse individuale dell’azionista (nel suo interesse individuale come socio), ma anche *come strumento per il buon funzionamento della società* e perciò, sebbene indiretamente, *anche per la tutela dei terzi*, ovvero dato l’intento protettivo della legge che ha considerato l’azionista come meritevole di tutela”⁸¹ (grifos nossos).

Como se vê, por vezes mais de um fundamento pode ser encontrado para justificar o caráter cogente das normas em questão. Uma coisa é certa, porém: a doutrina é praticamente incontroversa no sentido de que os estatutos não podem, ainda que por deliberação unânime dos acionistas, estabelecer disciplina contraveniente às referidas disposições legais, salvo quando isso for permitido.

O mesmo critério aplica-se, aliás, em relação às normas que dizem respeito aos interesses da generalidade dos acionistas ou da minoria, em função do “intento protettivo della legge che ha considerato l’azionista come meritevole di tutela”, no dizer de Ascarelli.

Sobreleva entre as primeiras o art. 109, que tutela os *dirritos essenciais* dos acionistas,⁸² os quais “nem o estatuto social nem a assembleia-

81. Ascarelli, “Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni ed alcuni loro limiti”, cit., in *Studi in Tema di Società*, p. 101.

82. Tais direitos acham-se entre os assim chamados “direitos individuais” dos acionistas. V. a lista de outros direitos individuais elaborada por Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., 2ª ed., vol. 2, pp. 293-294.

Sobre a teoria dos direitos individuais dos acionistas e sua evolução histórica, v.: Leães, *Do Direito do Acionista ao Dividendo*, tese de concurso à Livre-Docência na Cadeira de Direito Comercial na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1969, pp. 256-289, e *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, São Paulo, Saraiva, 1980, pp. 215-227; Bulgarelli, *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A*, cit., pp. 47-56; Valverde, *Sociedades por Ações*, cit., 3ª ed., vol. II, pp. 28-36, ns. 372 a 337; Trimarchi, *Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., pp. 130-144.

As classificações dos chamados direitos individuais variam. No estudo que realizou sobre o Direito Brasileiro, Ascarelli referiu-se a algumas dessas classificações (“Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pp. 405-409. V., ainda, do Mestre, sobre o assunto, “L’interesse sociale dell’art. 2.441 Codice Civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari”, cit., *Rivista delle Società* 1/111-118).

No que nos interessa, porém, importa mencionar que os direitos individuais podem se relacionar, segundo o citado Mestre: (a) aos limites dos poderes da *maioria*; e (b) aos limites dos poderes da *sociedade*. No caso “(a)” permite-se ao estatuto originário, que repousa no consentimento unânime dos acionistas, estabelecer, a seu respeito, disciplina diversa da legal, embora não possa fazê-lo uma deliberação por maioria que altere os estatutos (mormente se exigida estatutariamente a unanimi-

-geral” poderão arrear. Se, por exemplo, em determinada assembleia for desrespeitado o direito de preferência (*rectius*, opção) do acionista (art. 109, IV), o ato será *anulável*;⁸³ mas se, através de uma deliberação, ainda que unânime, forem reformados os estatutos para *excluir* tal direito, o ato será absolutamente *nulo*.⁸⁴ Da mesma forma, o desrespeito, numa hipótese

dade para alteração), sob pena de *amulabilidade* (podem os estatutos, por exemplo, atribuir aos acionistas determinados direitos, não previstos na lei, determinando sua inderrogabilidade); no caso “(b)”, nem o estatuto originário nem uma deliberação unânime poderiam alterar o regime legal, sob pena de *nullidade* (privando o acionista dos direitos previstos no citado art. 109, por exemplo).

O caso “(a)” versa sobre direitos *renunciáveis* por parte do acionista; o caso “(b)” cuida de direitos *irrenunciáveis* por parte do acionista e *inderrogáveis* por parte da sociedade.

Esclareça-se, por oportuno, ser perfeitamente possível *nas companhias fechadas* estipular a regra da unanimidade para certas deliberações, nos estatutos (art. 129, § 1º, da Lei 6.404/1976). Comparato demonstrou proficientemente que o sistema da Lei 6.404 não é infenso a essa regra, entre outras razões por permitir que as companhias se organizem com apenas dois sócios: nesta hipótese – disse ele –, “a regra geral da maioria absoluta do art. 129 implica, *in concreto*, a votação unânime; e isto não apenas para certas e determinadas deliberações, como se prevê no § 1º desse mesmo artigo, mas para todas elas, sem exceção” (“A natureza da sociedade anônima e a questão da derogabilidade das regras legais de quórum nas assembleias-gerais e reuniões do conselho de administração” (parecer), cit., in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, p. 125).

83. É que tal direito, embora irrenunciável *a priori*, pode não ser exercitado no caso concreto pelo acionista (cf. Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 404). Não seria razoável, assim, que a sanção pelo desrespeito a esse direito fosse a nulidade se o próprio acionista, a quem competia o direito de exercê-lo no caso concreto, deixar de requerer a anulação do ato.

84. Ascarelli: “É, por isso, no Direito Brasileiro, *impugnável* um aumento de capital que, *no caso concreto*, despreze o direito de preferência do acionista; é, ao contrário, *nula a modificação estatutária* (ou a cláusula do estatuto) que prive, de modo geral, o acionista do seu direito de preferência” (“Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 404-405 – grifos nossos). Acatava expressamente essa lição Aloysio Lopes Pontes, *Sociedades Anônimas*, 3ª ed., vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1954, pp. 494-495).

É importante observar que o art. 78 do Decreto-lei 2.627/1940, sob o império do qual Ascarelli teceu seus comentários, tinha redação praticamente idêntica à do art. 109 da Lei 6.404/1976, também dispondo, no *caput*, que: “Art. 78. Nem os estatutos sociais, nem a assembleia geral poderão privar qualquer acionista: (...)”.

No entanto, Carvalhosa manifesta o entendimento de que “qualquer deliberação em contrário é *nula*, seja a *simples decisão da assembleia*, seja a modificação estatutária. (...) E mais, a ação de nulidade, *em todas essas hipóteses*, é *imprescritível*” – invocando, a propósito, a autoridade de Ascarelli, no estudo que vimos citando,

concreta, ao direito de o acionista minoritário, que detenha um décimo do capital social com direito a voto, requerer a adoção do processo do voto múltiplo (art. 141) implica *anulabilidade* do ato; a reforma estatutária que postergue tal direito será *nula*.⁸⁵⁻⁸⁶

“pp. 407 e ss.” (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., 2ª ed., vol. 2, p. 292 e nota 163).

Trata-se de evidente engano do ilustre comentador da nossa Lei de S/A. A posição de Ascarelli, como se viu, é exatamente aquela exposta no texto. Nas citadas pp. 407 e ss. o eminente jurista peninsular torna a reafirmar sua posição: “Os direitos individuais dos acionistas, vimos, podem relacionar-se apenas aos limites da maioria; ou podem relacionar-se aos limites dos poderes da sociedade. No primeiro caso pode o estatuto originário, que assenta no consentimento unânime dos subscritores, estabelecer, a seu respeito, uma disciplina diversa da legal ou até derogá-los, embora não o possa uma deliberação por maioria que altere os estatutos; no segundo caso, ao contrário, nem sequer o estatuto originário (e, *a fortiori*, ao menos em princípio, a deliberação da maioria), embora assentando no consentimento unânime, *pode estabelecer uma disciplina diversa da legal*” (“Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pp. 406-407 – grifos nossos); “os direitos enumerados no art. 78 do Decreto-lei 2.627 pertencem todos à segunda categoria acima distinta, *não podendo ser estabelecida uma disciplina diversa da legal no estatuto originário, ou por modificação estatutária* (ob. cit., pp. 408-409 – grifos nossos).

Anteriormente, na p. 404, Ascarelli já deixara definitivamente claro seu ponto de vista: “A nulidade da violação dos direitos da segunda categoria respeita, entretanto, à hipótese em que a deliberação assemblear, à vista do seu objeto, *estabeleça uma disciplina em contraste com o direito do acionista*; caso, ao contrário, a deliberação assemblear desrespeite a norma, *num caso concreto, será a deliberação impugnável, não sendo, porém, radicalmente nula*. Esta conclusão se coaduna com a observação de que as normas que limitam os poderes da unanimidade de todos os acionistas (sendo, portanto, nula a deliberação que as viole) se prendem, sim, a direitos irrenunciáveis do acionista, mas a direitos que o acionista pode não exercitar no caso concreto. Lógico é, portanto, que a deliberação seja nula *enquanto dite uma disciplina em contraste com estas normas*; seja, entretanto, *apenas impugnável caso as desrespeite no caso concreto*” (grifos nossos).

85. V. a lista de outros direitos dos minoritários elaborada por: Bulgarelli (*Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A*, cit., pp. 151-153); Comparato (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983, pp. 44-46) e Carvalhosa (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., 2ª ed., vol. 2, pp. 294-295).

Os direitos conferidos à minoria são também, obviamente, “intangíveis e inderrogáveis pelo estatuto e pela assembleia-geral” (cf. Carvalhosa, ob. cit., p. 294).

Além dos direitos individuais, dos direitos da minoria e dos direitos especiais (próprios de determinadas classes de acionistas, e que examinaremos mais adiante), Carvalhosa menciona também os chamados “direitos gerais de dissidência”, tais como os previstos nos arts. 137, 221 e 256, § 2º, da Lei 6.404/1976 (que, por sua vez, dão

Tratando ainda das relações dos acionistas para com a sociedade, resta dizer serem meramente *anuláveis* – caindo, pois, inteiramente ao abrigo do regime consagrado no art. 286 da Lei 6.404/1976 – as deliberações que violarem os *estatutos*.⁸⁷⁻⁸⁸ 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 de tais atos.⁸⁹

lugar, salvo o disposto no parágrafo único do art. 221, ao direito essencial de retirada do acionista da companhia, nos termos do art. 109, V).

A propósito do disposto no art. 221, a 5ª Câmara Civil do TJSP foi chamada a decidir hipótese em que a assembleia deliberou, por maioria – e não por unanimidade, conforme exigido no referido dispositivo legal –, alterar os estatutos para introduzir cláusula permissiva de transformação da companhia em sociedade por quotas. O pleito foi de declaração de *nulidade*, ou, sucessivamente, de decretação de *anulabilidade* da deliberação. A Turma Julgadora, em acórdão relatado pelo Des. Marco César, entendeu, com inteiro acerto, que o caso era de *anulabilidade*, fundada em que: “(...) o que se invoca é *norma de proteção a acionista, e este poderia deixar de postular tal proteção*, o que deixa evidenciado que a decisão da assembleia não caberia ser declarada nula. Ao invés, operaria seus efeitos, não pedindo o acionista sua desconstituição” (*RJTJSP* 114/257 – grifos nossos). O direito do acionista foi desrespeitado, pois, *no caso concreto* – o que acarreta, conforme sustentado no texto, tão somente a *anulabilidade* do ato.

86. Nas hipóteses de *nulidade* enfocadas neste parágrafo – criação de disciplina que contraste com os direitos inderrogáveis dos acionistas ou da minoria – pode-se dizer que as deliberações são nulas por *impossibilidade ou ilicitude do objeto* (art. 166, II, do CC/2002 – art. 145, II, do CC/1916). Neste sentido: Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 402, nota 14; Donati, *L’Invalidità della Deliberazione di Assemblée delle Società Anonime*, cit., p. 213, nota I.

87. Salvo quando as regras estatutárias, evidentemente, consistirem em *reprodução das normas legais*, o que comumente ocorre; aí prevalecerá o mesmo critério anteriormente exposto no texto (cf., a propósito, o art. 58º, n. 2, do Código das Sociedades Comerciais português).

88. Mas algumas vezes tais deliberações podem ser apenas *ineficazes*, quando, por exemplo, ficarem na dependência do assentimento dos acionistas interessados (parágrafo único do art. 18 da Lei 6;404/1976).

89. Segundo Lobo Xavier, é essa a posição da generalidade da doutrina, salvas as hipóteses de falta de quórum ou maioria especial prevista nos estatutos, em que certa corrente opina pela nulidade. Perante a Lei 6.404/1976, porém, não vemos como se possa sustentar tal opinião, já que mesmo a violação das regras *legais* de quórum, num caso concreto, como vimos, acarreta apenas a anulabilidade.

O campo da nulidade absoluta das deliberações, portanto, restringe-se à violação da lei, e não dos estatutos.

Cumpra, agora, verificar, assim, quais os outros casos de nulidade verdadeira e própria.

Está entre eles, evidentemente, a *deliberação que atentar contra a ordem pública ou os bons costumes*,⁹⁰ por impossibilidade ou ilicitude do objeto (art. 166, II, do CC/2002 – art. 145, II, do CC/1916). Entre vários exemplos arrolados por Donati⁹¹ acham-se o das deliberações que visem a obrigar os administradores da companhia: (a) a constituir penhor de bens com pacto comissório (art. 1.428 do CC/2002 – art. 765 do CC/1916); (b) a concluir contratos objetivando a herança de pessoa viva (v.g., de instituição de herança de pessoa viva a favor da sociedade, contrariando o art. 426 do CC/2002 – art. 1.089 do CC/1916); (c) a cometer crimes⁹²

90. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. L, § 5.322, n. 6, p. 291. Sobre o conceito de ordem pública e bons costumes, cf. Galgano, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, cit., vol. III, t. 1 (“Il Negozio Giuridico”), pp. 46-48.

91. Donati, *L’Invalidità della Deliberazione di Assemblea delle Società Anonime*, cit., p. 215, n. 69.

92. É importante salientar, a esse propósito, as observações de Ascarelli sobre o parágrafo único do art. 156 do Decreto-lei 2.627/1940, que assim rezava: “O prazo da prescrição começa a correr da data da publicação da ata ou da deliberação. Quando, porém, o objeto da deliberação constituir crime, o prazo de prescrição da ação civil será o da ação penal”. Tal dispositivo gerava perplexidades, tendo assim sido interpretado pelo ilustre Mestre:

“Parece, portanto, haver, a lei, não só reconhecido a possibilidade de um delito por parte da assembleia (v. art. 167) e – o que é óbvio – a prescritibilidade da ação penal, mas ter disposto que a ação civil para alegar a ilicitude do ato prescreve no mesmo prazo da ação penal. Isto importaria em reconhecer que, transcorrido o prazo para a prescrição, a deliberação, se bem que ilícita, torna-se válida. A deliberação, embora ilícita, não seria nula, e sim anulável, ao contrário do que dispõem, em regra geral, os arts. 145 e 146 do CC. [De 1916 – arts. 166 e 168 do CC/2002]

“Para evitar esta consequência, é mister interpretar a hipótese do art. 156, parágrafo único, do Decreto [Decreto-lei] 2.627 com referência não ao objeto criminoso da deliberação, mas à deliberação tomada em assembleia em seguida a um ato ilícito dos diretores. O vício da deliberação não residiria na ilicitude desta, mas no dolo dos diretores, em seguida a cujas declarações foi tomada; a deliberação, portanto, não seria, em si, ilícita, mas viciada por dolo. A hipótese do art. 156, parágrafo único, seria, por isso, a ventilada no art. 101 do Decreto-lei 2.627, cujo texto, com efeito, faz remissão ao art. 156. Se assim for, a deliberação da assembleia que, ao contrário, fosse ilícita seria, de conformidade com os princípios gerais, nula e a sua nulidade poderia ser sempre declarada de conformidade com o direito comum” (“Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pp. 402-403).

(usura, contrabando, concorrência desleal, falsificação de documentos, corrupção, crimes de “colarinho branco” etc.) ou atos imorais ou fraudulentos de maneira geral (prática de atos emulativos, simulação, fraude contra credores etc.). Em todos esses casos está em jogo a salvaguarda de valores fundamentais da sociedade, que não são redutíveis, obviamente, aos meros interesses dos acionistas.

São radicalmente nulas, outrossim, *as deliberações que infrinjam as disposições legais que têm por objeto a proteção de interesses de terceiros*,⁹³ tais como:

(1º) As que visam a assegurar a *integridade do capital social*: (a) determinando a avaliação de bens com que o acionista contribui para o capital social, e sua aprovação por assembleia (art. 8º da Lei 6.404/1976); (b) proibindo a companhia de negociar com as próprias ações (art. 30);⁹⁴ (c) regulando a emissão de debêntures e o respectivo valor (art. 59, § 3º);⁹⁵

Vale informar que o art. 167 do Decreto-lei 2.627/1940, referido no texto de Ascarelli, não encontra correspondência na Lei 6.404/1976. O art. 101, por sua vez, corresponde ao atual art. 134, § 3º, que tem o seguinte teor: “A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (art. 286)”.

De outra parte, o art. 288 da Lei 6.404/1976 (correspondente ao parágrafo único do art. 156 do Decreto-lei 2.627/1940) já não suscita, a nosso ver, as mesmas dúvidas que preocuparam o eminente comercialista, dadas sua nova ubicação no texto legal (não constitui um parágrafo único do art. 286 – correspondente ao art. 156, *caput*, da lei revogada –, mas dispositivo autônomo, colocado após os arts. 286 e 287) bem como a significativa alteração na redação operada pelo legislador: “Art. 288. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não ocorrerá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva, ou da prescrição da ação penal”.

V., ainda, as considerações de Mauro Penteado sobre essas mudanças operadas pelo legislador (*Dissolução e Liquidação de Sociedades*, Brasília, Brasília Jurídica, 1995, p. 183 e nota 381).

93. No tocante ao conceito de *terceiros* há divergências na doutrina: para Ascarelli o conceito abrange não só os credores atuais e futuros da sociedade, mas também os “futuros compradores de ações” (“Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 402, nota 13); para Lobo Xavier o conceito não deve se estender aos “futuros sócios” (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 140, nota 33).

94. Para Comparato, contudo, dentre as razões dessa proibição “avulta a de evitar que os controladores reforcem com isso o seu poder, utilizando-se dos fundos sociais” (*O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., 3ª ed., p. 167).

95. Cf. Ascarelli, “Problemi in tema di titoli obbligazionari” e “In tema di invalidità di emissioni di obbligazioni”, in *Studi in Tema di Società*, Milão/Itália, Giuffrè, 1952, pp. 296 e 319, respectivamente.

(d) vedando o aumento do capital antes de realizados três quartos do mesmo (art. 170); (e) proscrevendo a distribuição de dividendos fictícios (art. 201, § 1º, e CP, art. 177, § 1º, VI); (f) vedando as operações de incorporação, fusão e cisão sem que os peritos determinem que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação do capital social seja, ao menos, igual ao montante do capital a realizar (art. 226);⁹⁶ (g) proibindo as participações recíprocas entre a companhia e as suas coligadas ou controladas (art. 244);⁹⁷ (h) determinando a avaliação de bens com que a sociedade contribuir para o capital social na constituição de subsidiária integral (art. 251, § 1º), ou das ações de companhia brasileira que forem incorporadas ao patrimônio de outra companhia brasileira para convertê-la em subsidiária integral (art. 252, § 1º); (i) determinando a avaliação dos patrimônios líquidos da sociedade controladora e da controlada no caso de incorporação desta última pela primeira (art. 264).⁹⁸

(2º) Aquelas que visam a assegurar a *veracidade das demonstrações financeiras* (arts. 176 a 188 da Lei 6.404/1976; CP, art. 177, § 1º, I).⁹⁹⁻¹⁰⁰

96. Aqui não pode prevalecer, obviamente, o disposto no art. 232, que atribui o prazo de sessenta dias para os credores que se sentirem prejudicados com as operações de fusão e incorporação pleitearem-lhes a anulação. A integridade do capital interessa, obviamente, não apenas aos credores “atuais”, mas também aos credores “futuros” da companhia, que com ela vierem a negociar.

97. A proibição, aí, atende também ao princípio da sinceridade ou veracidade do balanço (cf. Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., 3ª ed., p. 170).

98. V. outras hipóteses de disposições que visam a assegurar a integridade do capital social arroladas por Mauro Penteadó, *Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas*, cit., pp. 35-36, e por Philomeno J. da Costa, *Anotações às Companhias*, pp. 143-146, *apud* Mauro Penteadó, ob. e loc. cit.

99. Cf. Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleias – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 402, nota 13. Segundo Lobo Xavier, a nulidade – e não a ineficácia *stricto sensu* – decorre, nos casos arrolados nos itens “(1º)” e “(2º)” do texto, da circunstância de serem *indeterminados* os terceiros prejudicados com tais atos – o que torna impossível, dessa forma, eventual assentimento dos mesmos com os atos referidos. Se, por outro lado, a sanção fosse apenas a de anulabilidade, ter-se-ia que admitir sua alegação a todo tempo, uma vez que o prazo prescricional previsto na lei seria claramente inadequado para uma ação a ser proposta por parte de estranhos à sociedade (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 142 e notas 39 e 40).

100. A respeito do balanço, porém, há que distinguir entre balanço *falso* (que viola o princípio da *veracidade*) e balanço *irregular* (que viola o princípio da *clareza*). *Balanço falso* é aquele no qual são inseridos ficticiamente elementos ativos ou

Outra hipótese de nulidade absoluta ocorre no que tange às *deliberações que objetivam dispor de direitos de terceiros ou dos acionistas enquanto terceiros*. Estão nesse caso as deliberações que, por exemplo, pretendam modificar ou extinguir direitos de terceiros ou impor a estes

passivos ou no qual são omitidos fraudulentamente tais elementos (CP, art. 177, § 1º, I; cf. Galgano, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, cit., vol. III, t. 1, “Il Negozio Giuridico”, pp. 255-256).

Para Galgano somente seria *nula* a deliberação que aprova um balanço *falso*, não já aquela que aprova um balanço irregular, desde que este não seja a tal ponto obscuro que *impossibilita* o conhecimento da verdade. Essa distinção deve ser feita, segundo ele, em favor da estabilidade das deliberações, na hipótese de aprovação de balanço meramente irregular, restando sempre ao terceiro prejudicado (ou aos acionistas), todavia, a possibilidade de responsabilizar civilmente os administradores da companhia (e, dizemos nós, também os conselheiros fiscais, nos termos do art. 165 da Lei n. 6.404/1976) que aprovaram o balanço (ob. cit., p. 257 e nota 50). Mas essa questão é muito controvertida, sobretudo por se acharem em causa interesses de terceiros (cf. Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 494-499, nota 163).

Pontes de Miranda relata julgados do TJAL (*RF* 140/122) e do STF (*RF* 151/125) que decidiram ser *anulável*, por erro ou dolo, a aprovação de balanço em que houve omissão de bens adquiridos pela companhia (*Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. LI, § 5.359, n. 4, p. 105). Mas a omissão, aí, pode não ter sido fraudulenta. Cf., ainda, no mesmo sentido, o julgado constante da *RF* 134/518, comentado por Ruy Carneiro Guimarães (*Sociedades por Ações*, 1ª ed., vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 301-302). V., outrossim, o julgado constante da *JTJ* 184/176, da 2ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relatado pelo Des. José Roberto Bedran, anulando assembleia de aprovação de contas e balanço por conter esta última peça critério viciado de avaliação do estoque, resultando em fictícia apuração de lucros.

Comentando o Direito Português atual, diz Coutinho de Abreu: “Hoje, em face do n. 3 do art. 69º (consonante com o art. 56º, n. 1, ‘d’), havemos de concordar na *nulidade de qualquer deliberação que aprove balanço falso por apresentar activo liquido superior ou inferior ao real*. No primeiro caso, os preceitos legais violados tutelam principalmente os credores sociais; no segundo (activo inferior ao real) pode estar em causa a constituição ou reintegração da reserva legal (arts. 295º, n. 1, e 218º) e está sempre em causa o interesse público-fiscal” (*Curso de Direito Comercial*, cit., 5ª ed., vol. II, pp. 483-484). Os arts. 56º, n. 1, ‘d’) e o 69º, n. 3, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal, mencionados por Coutinho de Abreu, dizem o seguinte: “Art. 56º. I – São nulas as deliberações dos sócios: (...) d) cujo conteúdo, directamente ou por actos de outros órgãos que determine ou permita, seja ofensivo dos bons costumes ou de preceitos legais que não possam ser derogados, nem sequer por vontade unânime dos sócios”; “Art. 69º. (...) 3 – Produz, contudo, nulidade a violação dos preceitos legais relativos à constituição, reforço ou utilização da reserva legal, bem como de preceitos cuja finalidade, exclusiva ou principal, seja a protecção dos credores ou do interesse público”.

novas obrigações.¹⁰¹ No que diz respeito ao acionista, também poderá ele estar na posição de terceiro perante a companhia, seja como vendedor, mutuante ou trabalhador.¹⁰² Poderá, outrossim, ser titular de direitos que, embora tenham sua fonte no *status socii*, dele se destacaram, como o direito aos dividendos.¹⁰³ Se a assembleia deliberar dispor desses direitos, o acionista estará protegido da mesma maneira que qualquer terceiro, na medida em que a soberania daquele órgão só atinge o acionista *enquanto tal*.¹⁰⁴

101. Donati, *L'Invalidità della Deliberazione di Assemblea delle Società Anonime*, cit., p. 130.

102. Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 129.

103. Donati, *L'Invalidità della Deliberazione di Assemblea delle Società Anonime*, cit., p. 130; Ascarelli, "Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição", cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 400, nota 8; e Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 131, continuação da nota 26. Trata-se do que a doutrina chama *diritti di terzo* (*Drittenrechte*, ou simplesmente *Gläubigerrechte*, "direitos de credor") (cf. Donati, ob. cit., pp. 129-132).

104. Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 129. Grande parte da doutrina enxerga na hipótese de deliberação que tenha por objetivo dispor de direitos de terceiro ou do sócio como terceiro um caso de *ineficácia stricto sensu* ou "irrelevância", e não de nulidade propriamente dita, pelo quê o interessado poderia convalidar o ato (cf. Ascarelli, "Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição", cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 400-401; Donati, *L'Invalidità della Deliberazione di Assemblea delle Società Anonime*, cit., p. 132). Isto ocorreria por faltar à assembleia *legitimação* para dispor daqueles direitos (e a legitimação consiste, precisamente, no poder de disposição, o qual, por sua vez, é uma *condição de eficácia* dos negócios jurídicos – cf. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 156).

Sucede que, consoante ficou esclarecido no capítulo anterior (itens 8 e 15), a assembleia não estabelece relações com terceiros, mas apenas a sociedade, através de seus diretores. Resulta daí, portanto, que a assembleia não poderia mesmo, jamais – como observa, com agudeza, Lobo Xavier –, interferir em quaisquer relações com aqueles, pelo quê, antes de lhe faltar legitimação para tanto, faltar-lhe-ia *competência* (art. 139 da Lei 6.404/1976). Em suma, à sociedade é que faleceria legitimação nos exemplos apontados, e não à assembleia (que, conforme também se viu, não se confunde com a sociedade). Daí sustentar Lobo Xavier, com razão, que a hipótese não é de ineficácia, mas, sim, de nulidade verdadeira e própria do ato, já que, "exorbitando da competência do órgão, nenhuns efeitos é suscetível de produzir" (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 133, continuação da nota 26).

É diferente, contudo, o caso (que examinaremos mais adiante, no texto) da deliberação que elimina ou modifica *direitos especiais* do acionista. "Decerto" – diz o ilustre jurista lusitano –, "a disposição destes direitos supõe também, além da manifestação de vontade do titular, a aquiescência da sociedade. Mas, tratando-se

Finalmente, são nulas "as deliberações que contrariam o interesse público" – entendida aqui essa expressão em sentido restrito.¹⁰⁵ Caem nesta hipótese as deliberações que violem, por exemplo, o disposto no art. 222 da CF¹⁰⁶ e as disposições que, de modo geral, exigem a participação majoritária de brasileiros em determinadas sociedades, bem como aquelas que regulam: (a) as companhias, nacionais ou estrangeiras, que dependam de autorização do Governo para funcionar¹⁰⁷ (arts. 59 a 73 do Decreto-lei 2.627/1940,¹⁰⁸ em vigor por força do disposto no art. 300 da Lei 6.404/1976, e arts. 255 e 268 desta última lei); (b) as sociedades de economia mista (arts. 235 a 240 da Lei 6.404/1976); (c) as sociedades

agora de direitos pertinentes à esfera social, a hipótese não é de *representação* da sociedade perante terceiro: não é o órgão administrativo que tem de pronunciar-se, mas sim a assembleia-geral, à qual compete a modificação do ordenamento corporativo. Resultando, portanto, a mencionada disposição conjuntamente da deliberação da assembleia e da renúncia do sócio, esta deliberação não é evidentemente nula, mas sim ineficaz enquanto o mesmo sócio não lhe vier dar o seu assentimento" (ob. cit., pp. 133-134).

105. Adotamos aqui o sentido que ao conceito de *interesse público* dão Lobo Xavier, Nicolò e G. B. Ferri, e que é excludente "de todos os casos em que, no fundo, se trata de um interesse de sujeitos privados, mesmo quando a amplitude e a indeterminação da esfera dos respectivos portadores (v.g., terceiros) leva geralmente a considerá-lo interesse público" (Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 135 e nota 28).

De se notar que esses outros interesses, excluídos do conceito restrito ora adotado, já foram todos considerados anteriormente no texto.

106. CF:

"Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

"§ 1º. Em qualquer caso, pelo menos 70% (setenta por cento) do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

"§ 2º. A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de 10 (dez) anos, em qualquer meio de comunicação social."

107. Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. LI, § 5.359, n. 2, p. 100), em frase não muito clara, parece entender que só haveria nulidade se falta autorização do Governo para que a sociedade *se constitua*.

V., porém, o disposto nos arts. 35, VIII, da Lei n. 8.934/1994 e 53, IX, de seu respectivo Regulamento (Decreto 1.800, de 30.1.1996).

108. Os arts. 61, § 5º, e 69 estabelecem casos de ineficácia.

com maioria de capital estrangeiro que adquirem imóvel rural (Lei 5.709, de 7.10.1971, e respectivo Regulamento, consistente no Decreto 74.965, de 26.11.1974) etc. Em todos esses casos acham-se em questão interesses que, por óbvio, transcendem os meros interesses dos sócios, justificando a sanção de nulidade absoluta.

Examinadas, pois, as hipóteses de deliberações nulas e anuláveis, resta analisar os casos de *ineficácia*.¹⁰⁹

De maneira geral, a doutrina entende como sendo *ineficazes* as deliberações que alteram ou sejam suscetíveis de alterar *direitos especiais* dos sócios, sem que estes consentam.¹¹⁰ A Lei 6.404/1976 seguiu essa

109. Advirta-se, com Santoro-Passarelli, que a categoria da ineficácia, “per la sua stessa genericità (...) comprende ipotesi assai svariate, che non é possibile e neppure interessante indicare compiutamente” (*Dottrine Generali del Diritto Civile*, cit., 9ª ed., p. 259).

A seguir, esclarece o eminente civilista:

“Mentre l’invalidità del negozio è da valutare solo con riferimento alle parti, e si distingue, nel limite già indicato, in assoluta e relativa, secondo che sussista rispetto a tutte le parti o a taluna soltanto di esse, invece il negozio può essere variamente efficace o inefficace *così rispetto alle parti come rispetto ai terzi*.”

“Un negozio può essere originariamente inefficace *per le parti*, o per lo meno non produrre i suoi effetti definitivi, perchè ancora non si è compiuta la fattispecie produttiva, ad esempio non si è verificata una *conditio juris*, come la morte del testatore rispetto al testamento o il matrimonio rispetto alla costituzione di dote; o viceversa diventare inefficace per le medesime, ad esempio a seguito della rescissione o della risoluzione del contratto per inadempimento.

“Un negozio efficace per le parti può, d’altra parte, *essere originariamente inefficace rispetto a taluni terzi*, come il negozio di disposizione dei beni pignorati (art. 2.913-2.915; 44, 64, 65 l. fall.) o il negozio traslativo o constitutivo di diritti su beni registrati prima della trascrizione (art. 2.644, 2.684) o la rinuncia alla prescrizione (art. 2.939 *in fine*); o viceversa diventare inefficace rispetto ai medesimi, ad esempio in dipendenza della sua riduzione (art. 554, 555) o revocazione (art. 2.901; 66 l. fall.)” (pp. 259-260 – grifos nossos).

Por fim, precisa o mestre: “L’ineficacia del negozio, o di altro fatto, in genere l’irrelevanza di un rapporto, stabilita dalla legge a tutela dei terzi, *assume il nome specifico di inopponibilità* (cfr., ad es., articoli 34², 1.396, 1.415¹, 1.416¹, 2.193, 2.207², 2.298¹; e anche articoli 818³, 819), ma l’inopponibilità non comprende nè esprime tutte le situazioni di efficacia ou ineficacia dianzi indicate” (ob. cit., pp. 260-261).

110. Cf. Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 401 – citando vários autores na p. 400, nota 7.

O ilustre Mestre fazia referência expressa ao art. 106 do Decreto-lei 2.627/1940, que tinha a seguinte redação: “Art. 106. As alterações nas preferências ou vantagens conferidas a uma ou mais classes de ações preferenciais mais favorecidas *dependem da aprovação* de possuidores de metade, pelo menos, do capital constituído pelas

orientação, sujeitando expressamente a eficácia dos atos de reforma estatutária que modifiquem referidos direitos a prévia aprovação ou posterior ratificação, no prazo improrrogável de um ano,¹¹¹ “por titulares de mais da metade de cada classe de ações preferenciais prejudicadas, reunidos em assembleia especial convocada pelos administradores e instalada com as formalidades desta Lei” (§ 1º do art. 136, c/c incisos I e II).¹¹² A mesma sanção de *ineficácia* ocorrerá na hipótese de alterações estatutárias que digam respeito à diversidade de classes (parágrafo único do art. 16) ou das que estejam sujeitas a prévia aprovação dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais (parágrafo único do art. 18).

Aqui é mister também fazer uma distinção: o que a lei considera ineficaz é o *estabelecimento de uma disciplina*, realizada propriamente através de reforma estatutária, que atinja os direitos especiais dos acionistas; se, porém, numa assembleia em concreto forem desrespeitados esses direitos (por exemplo, o direito estatutário de eleger, em votação em separado, um ou mais membros dos órgãos de administração, permitido pelo art. 18), a deliberação será, então, *anulável*, nos termos do art. 286 da Lei 6.404/1976.

classes prejudicadas, tenham ou não, pelos estatutos, direito de voto, reunidos em assembleia especial, convocada e instalada com as formalidades prescritas nesta Lei” (grifos nossos).

Ponderava Ascarelli: “Parece-me se deva concluir ser, a deliberação tomada em assembleia-geral dos acionistas ordinários, ineficaz faltando a referida aprovação, e não poder convalidar, pelo decurso do prazo do art. 156” (ob. cit., p. 401).

111. Passado esse prazo, entendido como decadencial, a deliberação, cuja eficácia estava suspensa, tornar-se-á, naturalmente, de todo ineficaz (cf. Nelson Eizirik, *Reforma das S/A e do Mercado de Capitais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 118).

Quando há ineficácia pendente – ensina Antônio Junqueira de Azevedo –, “uma vez suprida a falta, o ato passa a produzir normalmente seus efeitos. É a ‘pós-eficacização’ de Pontes de Miranda; isto, ordinariamente, não poderia ocorrer com o negócio nulo. Se, porém, o fator suspensivo da eficácia não se produz, o negócio se torna definitivamente ineficaz, assemelhando-se, então, ao nulo” (*Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 118).

Para outras hipóteses de ineficácia pendente, relativas a aumento de capital, previstas em leis especiais e, ainda, em acordos de acionistas, cf. Mauro Penteado, *Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas*, cit., ns. 46 e 47, pp. 149-153.

112. V. as críticas à redação desse dispositivo, dada pela Lei 9.457/1997, feitas por Mauro Penteado (“A Lei 9.457/1997 e a tutela dos direitos dos acionistas minoritários”) e Rachel Sztajn (“Fusão, incorporação e cisão de sociedades. Formas de reorganização da estrutura societária na Lei 9.457/1997”, ambos in Waldirio Bulgarelli (coord.), *Reforma da Lei das Sociedades por Ações*, São Paulo, Pioneira, 1998, respectivamente pp. 58 e 153-154 e 158-159).

Outras hipóteses de *ineficácia* dizem respeito às deliberações de alteração do estatuto que possam atingir, direta ou reflexamente, os direitos dos credores titulares de partes beneficiárias, de debêntures conversíveis em ações ou de debêntures simples, nos termos, respectivamente, dos arts. 51, 57, § 2º,¹¹³ 174, § 3º,¹¹⁴ e 231 (ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º deste último dispositivo). Até o consentimento desses credores, reunidos em assembleia especial, na forma da lei,¹¹⁵ referidas disposições não produzirão efeito.

São também *ineficazes* as deliberações que possam trazer prejuízos aos credores da sociedade referentes: (a) à redução de capital com restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas (art. 174, §§ 1º e 2º, da Lei 6.404/1976); (b) à transformação da sociedade (art. 222); (c) à cisão (art. 233, parágrafo único).¹¹⁶⁻¹¹⁷

Por fim, as deliberações de reforma estatutária são *ineficazes* com relação a terceiros enquanto não forem arquivadas e publicadas (art. 135, § 1º).¹¹⁸

113. Leães entende que esse caso é de nulidade da deliberação (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., vol. 2, p. 36).

114. Carvalhosa também entende que esse caso é de ineficácia (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 2ª ed., vol. 3, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 540).

Sobre as dúvidas que o art. 174 suscita, v. Bulgarelli, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 4, São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 42-43.

115. Sobre as condições de validade e oponibilidade das deliberações de assembleias de debenturistas, v. Arnoldo Wald, “O regime jurídico da comunhão de debenturistas e as condições de validade e oponibilidade das deliberações assembleares”, *RDM* 94/5, São Paulo, Ed. RT.

116. Já, no que tange às operações de fusão e incorporação a disciplina é diversa. Para estas estabelece o art. 232: “Até 60 (sessenta) dias depois de publicados os atos relativos à incorporação ou à fusão, o credor anterior por ela prejudicado poderá pleitear judicialmente a *anulação* da operação; findo o prazo, decairá do direito o credor que não o tiver exercido” (grifo nosso).

117. Todas as hipóteses previstas neste parágrafo do texto e no anterior diferem, como facilmente se percebe, da hipótese anteriormente apontada como de nulidade, em que a deliberação pretenda *dispor de direitos de terceiros*. Nesta última, há um ato manifestamente *ilegal* praticado pelos acionistas; naquelas apontadas nos dois derradeiros parágrafos do texto a lei *permite*, expressamente, a prática do ato, subordinando sua eficácia, entretanto, seja ao consentimento dos interessados, seja à falta de notificação à sociedade (§ 1º do art. 174 e parágrafo único do art. 233), seja, enfim, à falta de pagamento do credor ou ao depósito judicial de seu crédito (art. 222 e § 2º do art. 174).

118. O arquivamento e a publicação, aqui, funcionam como “*condições extensivas de eficácia* (...) que dilatam a eficácia própria do negócio jurídico” (cf. Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, cit., p. 118).

19.3 Vícios do voto

Os vícios do voto, como se disse, só são relevantes *para o efeito de invalidar a assembleia ou suas deliberações* se sem os votos viciados não se tiver configurado a maioria necessária (simples ou qualificada, legal ou estatutária) para a regular formação daqueles atos.¹¹⁹⁻¹²⁰

Tais vícios poderão constituir motivo de anulabilidade, nulidade ou ineficácia do voto.

O art. 286 menciona os casos de erro, dolo, fraude ou simulação.

119. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. L, § 5.322, n. 6, p. 294; Batalha, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., vol. III, p. 1.206; Galgano, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, cit., vol. III, t. 1 (“Il Negozio Giuridico”), p. 309; Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 47, nota 20. V., ainda, julgado na ACi 43/1993 do TJRJ, relatado pelo Des. Ellis Hermydio Figueira (coligido por Nelson Eizirik, *Sociedades Anônimas (Jurisprudência)*, cit., p. 261).

Conforme observa, com muita propriedade, Lobo Xavier, “*o facto de os votos se fundirem, enquanto suportes da deliberação*, de nada importa para o efeito agora considerado. Também a proposta e a aceitação se unem no contrato sem que isto faça obstáculo a que se julguem relevantes os vícios do consentimento que atinjam, isoladamente, cada uma das declarações” (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 584, continuação da nota 59 – grifos nossos).

De qualquer forma, sobre a restrição formulada no texto deve-se atentar para a seguinte – e relevantíssima – observação, feita com muita propriedade por Romano-Pavoni: “Può darsi il caso che uno abbia votato a favore della proposta di deliberazione, ma che il suo voto sia invalido e che oltre a ciò la deliberazione non sia stata presa in conformità delle norme legale o statutarie: l’apparente consenso sembrerebbe precludere il diritto all’impugnativa, ma credo invece che proprio in sede di impugnativa della deliberazione si possa provare il dissenso reale” (*Le Deliberazioni delle Assemblee delle Società*, cit., p. 354, nota 23 – grifos nossos). Nesta hipótese, pois, ainda que o voto inválido não fosse determinante para a formação da maioria, estaria presente o interesse de agir do votante para requerer, simultaneamente com a invalidade do voto, a invalidade da deliberação. Cf. a nota 144, infra.

120. Mas, independentemente de concorrer, de forma decisiva, para a maioria, o voto pode ser relevante para o efeito de responsabilizar quem o proferiu pelos prejuízos decorrentes de abuso desse direito (§ 3º do art. 115 da Lei 6.404/1976).

Daí, a nosso ver, o *interesse processual* do votante de pleitear a anulação do voto mesmo quando lhe falte esse mesmo interesse, pelo motivo indicado no texto, para requerer a anulação das deliberações. Pode o votante, com efeito, vir a ser acusado de haver votado contra o interesse da companhia, no intuito de favorecer outro acionista, atribuindo a este vantagens injustificadas em detrimento da própria companhia ou de outros acionistas (art. 115, *caput*). Ora, é inegável, em tese, o interesse do votante de demonstrar que assim o fez em virtude, v.g., de *dolo* do referido acionista, ou mesmo de *erro* seu, para se eximir, assim, da responsabilidade que lhe carrega o indigitado § 3º do art. 115.

Para logo se verifica não haver sido prevista a hipótese de coação, disciplinada no Código Civil como um dos defeitos do ato jurídico (CC/2002, arts. 151 a 154 – arts. 98 a 101 do CC/1916), e capaz de acarretar sua anulação (CC/2002, art. 171, II – CC/1916, art. 147, II).

Sobre essa omissão, no que diz respeito ao dispositivo legal correspondente da lei revogada (art. 156 do Decreto-lei 2.627/1940), assim se manifestou Valverde: “A lei não menciona a coação, certamente tendo em vista a formação da vontade social (n. 511) e a sua natureza jurídica. Todavia, se um dia for possível provar que os acionistas, individualmente, que formaram a maioria, foram vítimas da coação de outros acionistas ou de terceiros, a possibilidade de se anular a deliberação é indiscutível, já que entre os vícios da vontade se inclui a coação”.¹²¹

No tocante ao erro e ao dolo, sua disciplina também se acha no Código Civil (CC/2002, arts. 138 a 150 – CC/1916, arts. 86 a 97), devendo-se destacar ser comum a hipótese de voto do acionista viciado por erro acerca da situação econômico-financeira da companhia, constante de balanço irregular, ou mesmo em virtude de dolo dos administradores no que se refere a essa situação (sobretudo ante o que dispõe o art. 134, § 3º, da Lei 6.404/1976).¹²²

A simulação (art. 167 do CC/2002, que prevê agora a sanção de nulidade absoluta – arts. 102 a 105 do CC/1916) se dá comumente no intuito de elidir a proibição de os administradores votarem as próprias contas (§§ 1ºs dos arts. 115 e 134 da Lei 6.404/1976). Transferem eles suas ações para testas de ferro, que aprovam as demonstrações financeiras, burlando, assim, a proibição legal.¹²³

121. Valverde, *Sociedades por Ações*, 3ª ed., vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1959, n. 831, pp. 114-115 (no mesmo sentido: Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. L, § 5.322, n. 6, p. 294; Batalha, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., vol. III, p. 1.206).

Basta pensar nos exemplos de controle externo aventados por Comparato (cf. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, cit., 3ª ed., Capítulo III, pp. 68-82), todavia, para se chegar à conclusão de que a hipótese, apresentada como remota por Valverde, é, na verdade, corriqueira...

122. Lembrem-se os julgados citados por Pontes de Miranda, constantes das *RF* 140/122 e 151/125 (*Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. LI, § 5.359, n. 4, p. 105), bem como aquele comentado por Ruy Carneiro Guimarães constante da *RF* 134/518 (*Sociedades por Ações*, cit., 1ª ed., vol. III, pp. 301-302), que se manifestaram no sentido de ser *anulável*, por erro ou dolo, a aprovação de balanço em que houve omissão de bens adquiridos pela companhia.

123. Sobre esse exemplo (que, na verdade, é de simulação *em fraude à lei*), v. as considerações de Ascarelli (“Vícios das deliberações assembleais – Direi-

A hipótese de fraude dá o que pensar.¹²⁴ É difícil imaginar como, em decorrência de um dos votos, possa ocorrer, por exemplo, uma deliberação em fraude contra credores, já que isto, a nosso ver, seria impossível, pela simples razão de que *somente a sociedade* – que não se confunde com a assembleia – poderia cometer esse ilícito.¹²⁵ A assembleia, com efeito, poderia até autorizar ou, mesmo, determinar que os administradores, v.g., promovessem a venda ou oneração fraudulenta de bens, mas tais

tos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 412, continuação da nota 45) e a réplica de Valverde (*Sociedades por Ações*, cit., 3ª ed., vol. III, p. 115, nota 28). Mas parece que este último não apreendeu o sentido das considerações do Mestre italiano. O que Ascarelli justamente procurou salientar é que a simulação só poderia ocorrer como vício *do voto* (ou votos), e não de uma deliberação, como decorria do texto do art. 156 do Decreto-lei 2.627/1940 (e como decorre do texto do art. 286 da Lei 6.404/1976, dizemos nós).

Cunha Peixoto (*Sociedades por Ações*, vol. 5ª, São Paulo, Saraiva, 1973, p. 74) dá outro exemplo de simulação: a transferência de ações, visando a obter maior número de sufrágios, quando o estatuto limita o direito de voto (cf. art. 110, § 1º, da Lei n. 6.404).

V. ainda, o julgado da 5ª Câmara Civil do TJSP relatado pelo Des. Ralfo Waldo constante da *RT* 624/76, com a seguinte ementa: “A constituição de nova firma pelos administradores de sociedade anônima, realizada às vésperas da instalação da assembleia-geral, com transferência de suas cotas de modo a continuarem majoritários e fazerem da nova sociedade maior acionista entre os minoritários, representa verdadeira fraude à lei, na medida em que lhes possibilita a aprovação das próprias contas e eleição de todos os membros do conselho fiscal, em prejuízo do direito dos acionistas minoritários”. Também profligando a transferência fraudulenta de ações para efeito de aprovação de contas, v. outros acórdãos da 5ª Câmara Civil do TJSP relatados pelo Des. Nogueira Garcez (*RT* 553/99) e pelo Des. Márcio Bonilha (*RDM* 59/95, com comentário de Bulgarelli nas pp. 96-97).

Em outro julgado, proferido pela 8ª Câmara Civil do TJSP na *ACi* 167.995-1, relatado pelo Des. Franklin Nogueira, cuidou-se de hipótese em que um dos administradores da companhia, casado sob o regime da comunhão universal de bens, transferiu mais da metade das ações para sua mulher, que aprovou as contas (cf. Nelson Eizirik, *Sociedades Anônimas (Jurisprudência)*, cit., pp. 217-221). Mas nesse caso, muito embora se tenha apontado, em votos em separado (vencedor e vencido), a simulação fraudulenta, as contas haviam sido aprovadas por unanimidade (cf. voto vencedor, p. 219), cingindo-se a discussão à regularidade da transferência das ações em face de cláusula estatutária que previa o direito de preferência dos demais acionistas.

124. Ascarelli percebeu a dificuldade ao indagar se se tratava de fraude à lei ou fraude contra terceiros (“Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 411, nota 44).

125. Contra a douta opinião de Ascarelli (“Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 411).

atos *praticados pela companhia* é que seriam objeto de ação pauliana, e não a deliberação assemblear, ato meramente *interna corporis*. De maneira que, no que se refere à fraude, só se pode entender que o legislador quis se referir ao voto proferido em fraude à lei, caso em que ocorrerá nulidade do mesmo,¹²⁶ a teor do art. 166, VI, do CC 2002.

O voto também pode ser nulo ou anulável, conforme a hipótese, em razão da incapacidade, absoluta ou relativa, do votante, regendo esses casos as disposições correspondentes da lei civil (CC/2002, arts. 166, I, e 171, I – CC/1916, arts. 145, I, e 147, I).¹²⁷

A invalidade do voto pode decorrer, ainda, de ter sido ele proferido: (a) com violação das hipóteses taxativas de *proibição de voto*, constantes dos §§ 1^{os} dos arts. 115 e 134 e do § 2^o do art. 228 da Lei 6.404/1976; ou (b) abusivamente, com o fim de causar dano à companhia ou outros acionistas (voto *ad aemulationem*) ou de obter, para o acionista votante ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas, em conflito com o interesse destes (art. 115, *caput*, e última hipótese de seu § 1^o).¹²⁸

126. Cf.: Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 4^a ed., t. IV, § 469, n. 5, pp. 379-380, e t. VI, § 711, n. 6, “b”, pp. 379-381, São Paulo, Ed. RT, 1983; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, cit., 3^a ed., vol. I (“Parte Geral”), p. 253, letra “e”. Mas v. a nota seguinte.

127. Ainda que nulo o voto, porém – e decisivo para a formação da maioria –, a deliberação será apenas *anulável*, sujeita à propositura da ação respectiva no prazo do art. 286 da Lei 6.404/1976 (cf.: Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 413 e nota 47 – referindo-se ao art. 156 do Decreto-lei 2.627/1940; Romano-Pavoni, *Le Deliberazioni delle Assemblee delle Società*, cit., pp. 354-355; Trimarchi, *Invaldità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., p. 128).

Pontes de Miranda, referindo-se, embora, à hipótese específica de nulidade de cessão de voto, afirma: “Nula, como é, a cessão, voto não houve. Contudo, como se trata de manifestação de vontade social, portanto ato coletivo, a ação, que se tem de propor, é a *ação de anulação* (*anula-se a deliberação* porque o voto ou os votos são nulos e, sem eles, não houve deliberação, por deficiência de votantes no sentido do que se disse ter sido deliberado)” (*Tratado de Direito Privado*, cit., 3^a ed., 2^a tir., t. L, § 5.323, n. 12, “c”, p. 313).

128. V., a respeito dessas hipóteses, nosso *Conflito de Interesses nas Assembleias de S/A*, cit., 2^a ed., pp. 86-105.

Coutinho de Abreu traz julgados relevantes para a compreensão do voto emulativo, que viola o dever de lealdade do acionista para com a companhia e para com os demais sócios:

“(4) Acórdão da RC de 25.9.2001: *M* (gerente e sócio maioritário) votou a favor da proposta, feita por ele, de trespassar o estabelecimento da sociedade por 100.000

Finalmente, o voto será ineficaz quando contrariar acordo de acionistas (acordo de voto, bem entendido) arquivado na sede da companhia (art. 118, § 8^o).¹²⁹

Em todas as hipóteses examinadas neste subitem os vícios do voto, *se decisivos para a formação da maioria*, podem levar à *anulação* da assembleia ou de uma ou algumas de suas deliberações, conforme o caso. Vigora inteiramente no tocante a essa matéria, pois, *o regime de*

contos; E (a outra sócia) havia oferecido mais 10.000 contos e votou contra. Entendeu a Relação que ‘não é claro que o sócio maioritário procurasse obter vantagens especiais, patrimoniais ou não patrimoniais, para si ou para a sociedade à qual trespassou o estabelecimento’. Mas havia que considerar a possibilidade da deliberação emulativa. ‘Ora, julgamos estar adquirido que o recorrente (*M*) ao votar a dita deliberação sabia perfeitamente ir com ela causar sério prejuízo e embaraços à sua associada’ (*E*). E *M* causou também prejuízos à própria sociedade. O Tribunal confirmou pois – e bem – a sentença que havia anulado a deliberação.

“(5) Acórdão do STJ de 27.6.2002: confirmou, em discurso erudito, o acórdão anterior (Ac. (4)). *Põe em relevo o dever de lealdade dos sócios*, com manifestações no art. 58^o, 1, ‘b’), e para lá deste. E entendeu (indo mais além do que havia ido o acórdão da RC) que *M* também ‘pretendeu, afinal, alcançar um proveito próprio significativo em detrimento do interesse social – comum aos sócios, enquanto tais’” (*Curso de Direito Comercial*, cit., 5^a ed., vol. II, pp. 508-509).

Mais adiante, acrescenta o eminente Mestre português:

“Perpassa em todos estes acórdãos alguma *incomodidade*, provocada pelos requisitos subjetivos do art. 58^o, 1, ‘b’ – eles atrapalham, com efeito.

“O reconhecimento afoito da suficiência do dolo eventual atenuará a incomodidade.

“De todo modo, quando, em casos do gênero dos analisados – todos merecedores de anulação –, *não se faça (ou seja duvidoso que se tenha feito) prova de algum dos ‘propósitos’ referidos naquela norma, há que recorrer, a coberto do art. 58^o, 1, ‘a’), à aplicação dos princípios da igualdade e/ou (sobretudo) da lealdade*” (Coutinho de Abreu, ob. cit., p. 510).

Transcrevo abaixo os dispositivos legais mencionados pelo ilustre Mestre lusitano constantes do Código das Sociedades Comerciais de Portugal, a fim de que o leitor possa aquilatar acerca da sua inteira aplicação ao Direito Brasileiro: “Art. 58^o. **Deliberações anuláveis.** 1. São anuláveis as deliberações que: a) violem disposições quer da lei, quando ao caso não caiba a nulidade, nos termos do art. 56^o, quer do contrato de sociedade; b) sejam apropriadas para satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir, através do exercício do direito de voto, vantagens especiais para si ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou de outros sócios ou simplesmente de prejudicar aquela ou estes, a menos que se prove que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos”.

129. Nesse sentido: Carvalhosa, *Acordo de Acionistas*, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 242-246; e Comparato, “Validade e eficácia de acordo de acionistas. Execução específica de suas estipulações”, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 70.

anulabilidade previsto genericamente no art. 286 e especificamente no § 4º do art. 115 da Lei 6.404/1976. Aqui se acha excluída a sanção de nulidade, na medida em que se encontram em jogo unicamente interesses dos acionistas, aos quais a lei outorga remédio adequado para sua defesa, sem necessidade de se comprometer a desejada estabilidade dos aludidos atos societários.¹³⁰

19.4 Recapitulação e síntese

Recapitulando: para se averiguar a natureza do vício que contamina determinada assembleia ou deliberação importa perquirir o *direito ou interesse* tutelado pelo legislador.

Se a deliberação violar direito ou interesse *que extravase da órbita societária* o vício consistirá em *nulidade absoluta*, salvo quando a lei autorizar a prática do ato, subordinando-o, contudo, ao consentimento ou inação dos interessados, hipótese em que se cuidará de *ineficácia*.

Se a deliberação violar direito ou interesse *dos acionistas* (ou de quem a eles se equipare para certos efeitos – como, v.g., o usufrutuário de ações) o vício poderá consistir, conforme a hipótese, em *anulabilidade*, *nulidade* ou *ineficácia*.

No tocante aos *vícios de assembleia* a regra geral é a de que sua ocorrência acarreta apenas a *anulabilidade* do ato, por se acharem em jogo unicamente direitos e interesses dos acionistas (v. subitem 19.1).

No tocante aos *vícios do voto* a regra é a mesma, por idêntica razão (v. subitem 19.3).

No que tange aos *vícios das deliberações*, deve-se distinguir entre (a) a deliberação que atinge ou é suscetível de atingir direitos ou interesses dos acionistas atuais ou futuros da companhia e (b) a deliberação que infringe direitos ou interesses que extravasem a órbita societária.

Relativamente a “(a)”: (1º) é absolutamente *nula* a deliberação que criar disciplina estatutária ou situação de caráter duradouro em contraste com norma imperativa; (2º) é meramente *anulável* a deliberação que, *no caso concreto*, violar direitos inderrogáveis dos acionistas; (3º) é mera-

130. Nem cogitamos, aqui, da hipótese de se estabelecer uma *disciplina* contrária à lei nos casos de vícios do voto, porque se afigura simplesmente absurdo, por exemplo, que se pretendesse criar uma disposição estatutária prevendo a validade do voto nos casos de erro, dolo, simulação, fraude etc.

mente *anulável* a deliberação que infringir *os estatutos*, salvo quando a lei autorizar a prática do ato, subordinando-o, contudo, ao consentimento dos acionistas interessados, hipótese em que se tratará de *ineficácia*; (4º) é *ineficaz* a deliberação que criar disciplina estatutária que afete direitos especiais dos acionistas, antes que estes consintam; (5º) é meramente *anulável* a deliberação que, *no caso concreto*, atingir direitos especiais dos acionistas (v. subitem 19.2).

Relativamente a “(b)”: (1º) é absolutamente *nula* a deliberação que atentar contra a ordem pública ou os bons costumes, ou contiver objeto impossível; (2º) é absolutamente *nula* a deliberação que infringir as disposições legais que têm por objeto a proteção de interesses de terceiros; (3º) é absolutamente *nula* a deliberação que objetivar dispor dos direitos de terceiros ou dos acionistas enquanto terceiros; (4º) é absolutamente *nula* a deliberação que atentar contra o interesse público; (5º) é *ineficaz* a deliberação que criar disciplina estatutária que afete os direitos dos credores titulares de partes beneficiárias e debêntures ou dos credores, em geral, diante de redução de capital, transformação ou cisão da companhia (v. subitem 19.2).

20. Legitimação para agir

Limitar-nos-emos, nesta matéria, a breves pinceladas, já que a *legitimatío ad causam* para a ação que visa a pleitear a invalidade das assembleias e suas deliberações, sobre constituir questão extremamente complexa, a merecer trabalho à parte, diz respeito, mais propriamente, ao campo do direito processual civil.¹³¹

No estudo deste assunto deve-se ter em vista, naturalmente, se se cuida de pretensão à *anulação*, à *nulidade* ou à *ineficácia* das assembleias ou suas deliberações.

20.1 Legitimação ativa

Com essa distinção em mente, passemos, primeiramente, ao exame da *legitimação ativa*.

131. Sobre essa questão, no Direito Brasileiro, v. Priscila Corrêa da Fonseca, *Suspensão de Deliberações Sociais*, São Paulo, Saraiva, 1986, pp. 83-107 – com citação de julgados e ampla resenha da doutrina estrangeira; e a já mencionada e exaustiva monografia de Guilherme Setoguti J. Pereira, *Impugnação de Deliberações de Assembleia das S/A*, cit., pp. 268-327.

20.1.1 *Nulidade*

Tratando-se de pretensão à declaração de *nulidade* dos mencionados atos¹³² não há maiores dificuldades, visto que a legitimação para agir, nessa hipótese, abre-se, nos termos do art. 168 do CC/2002 (art. 146 do CC/1916), a *qualquer interessado*¹³³ ou ao Ministério Público, quando lhe couber intervir,¹³⁴ podendo, outrossim, ser pronunciada de ofício

132. Na primeira edição desta obra dissemos que a tutela pleiteada nesta hipótese seria meramente *declaratória*, prevista no art. 4º, I, do CPC/1973 (art. 19, I, do CPC/2015).

Em estudo publicado conjuntamente com Marcelo Vieira von Adamek modificamos essa posição (cf. “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*, São Paulo Quartier Latin, 2012, p. 157, nota 1).

Mas no caso de *ação direta de nulidade de norma estatutária* entende Comparato que a ação, apesar de ser meramente declaratória, “não se confunde com a declaratória individual, prevista no art. 4º do CPC; [de 1973 – art. 19 do CPC/2015] é a declaratória da invalidade de norma jurídica, pela sua incompatibilidade com norma superior”. Invocando a autoridade de Celso Agrícola Barbi e Alfredo Buzaid, acrescenta, ainda, Comparato: “A ação de nulidade de norma estatutária é, em tudo e por tudo, semelhante à ação direta de declaração de inconstitucionalidade de lei. Nela, o autor não pede o provimento judicial sobre uma relação jurídica particular; o interesse de agir não está ligado a um interesse material do próprio autor, mas unicamente ao interesse geral da comunidade para a qual a norma foi editada. Portanto, *a lide*, enquanto objeto do processo, não é particular, e sim coletiva ou pública. O autor não precisa alegar prejuízo para intentar a ação. Aliás, pode mesmo suceder que a norma em questão jamais tenha sido aplicada, sem que isto tolha o interesse de agir; pois este consiste na *defesa do princípio da hierarquia normativa*, fundamento lógico do sistema jurídico” (“Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária”, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 223-224).

133. É sempre bom lembrar que a lei não atribui a *qualquer pessoa* a possibilidade de pleitear a declaração de nulidade, mas unicamente a quem demonstre *interesse de agir*: “Qualquer pessoa não pode argui-la. Somente aos interessados é lícito invocá-la a todo tempo. Quem não tenha interesse em seu procedimento não pode pedir ao juiz que a declare (...)” (Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cit., 13ª ed., p. 481). Nesse sentido, ainda: Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 4ª ed., t. IV, § 408, n. 5, e § 409, n. 2, pp. 207 e 209, respectivamente.

De outra parte, mesmo na hipótese de deliberações meramente anuláveis (*a fortiori*, na de deliberações nulas) não se exige, de regra, a demonstração de prejuízo, para o autor ou para a sociedade, como condição da ação (cf. Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, cit., 3ª ed., vol. III, p. 117), salvo no caso de deliberação decorrer de voto abusivo, em que ao menos deverá ser demonstrado prejuízo *potencial* para a companhia ou outros acionistas (art. 115, *caput*, da Lei 6.404/1976).

134. V. art. 1º da Lei n. 7.913, de 7.12.1989, que regula a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobi-

pelo juiz. Dessa forma, *mesmo o acionista que votou favoravelmente à deliberação*, por exemplo, está legitimado, no caso de *nulidade*, a propor a ação,¹³⁵ ou, ainda, o acionista que vier a ingressar posteriormente na companhia.¹³⁶ Na mesma situação estão os administradores da sociedade, a quem, precipuamente, se dirigem as deliberações assembleares, e que, nesta hipótese, não têm o dever de cumpri-las.¹³⁷ Ou, ainda, terceiros (ou acionistas enquanto terceiros) de cujos direitos porventura a assembleia pretendeu abusivamente dispor. No que tange às companhias abertas, também a Comissão de Valores Mobiliários estará legitimada a agir, a nosso ver, relativamente a atos relacionados com sua competência fiscalizatória, disciplinada pela Lei 6.385/1976.¹³⁸

20.1.2 *Ineficácia*

Cuidando-se da *ineficácia* das deliberações assembleares,¹³⁹ legitimados a agir serão, em princípio, aqueles a cujo consentimento ou inação a lei atribui a produção de efeitos do ato, ou seja, os acionistas ou credores nas hipóteses apontadas no subitem 19.2 deste trabalho.

liários. Cf., outrossim, a ótima monografia sobre o tema intitulada *Proteção Coletiva dos Investidores no Mercado de Capitais*, de Lionel Zaclis (São Paulo, Ed. RT, 2007).

135. Nesse sentido: Comparato, “Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária”, cit., in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, p. 224; Batalha, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., vol. III, p. 1.201 (citando a lição de F. de Steiger); Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 4ª ed., t. IV, § 409, n. 1, p. 208; Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., p. 127, continuação da nota 21 – com ampla notícia bibliográfica e lembrando o art. 69 da lei espanhola sobre sociedades anônimas, admitindo expressamente tal possibilidade.

136. Sobreto do tratando-se de nulidade de cláusulas estatutárias.

137. Cf. o Capítulo II deste trabalho, item 15. Todavia, é discutível, a nosso ver, a legitimação dos *conselheiros fiscais*, nessa qualidade (porque se forem acionistas o problema não se põe), para a propositura de ação declaratória de nulidade, na medida em que sua ação fiscalizadora se limita à administração da sociedade, e não aos atos da assembleia-geral. De outra parte, o conselheiro *exime-se* de qualquer responsabilidade consignando sua in conformidade em ata e denunciando tal fato aos órgãos da administração e à assembleia-geral (§ 2º do art. 165 da Lei 6.404/1976).

138. Por exemplo, um aumento de capital nulo, em função do qual foram emitidas ações a serem lançadas no mercado. É evidente que a CVM pode deixar de registrar a emissão pública das ações (art. 19 da Lei 6.385/1976) ou suspendê-la (art. 20) e que a emissão não é propriamente um ato da assembleia, e sim da companhia; mas não se pode negar, nessa hipótese, o interesse do mencionado órgão público em ver declarada, ainda que *ad cautelam*, a nulidade do aumento.

139. Hipótese em que a tutela seria, também, meramente declaratória. Remetemos o leitor, todavia, para o que dissemos na nota 132 deste trabalho.

20.1.3 Anulabilidade

Por derradeiro, tratando-se de pretensão à *anulação* da assembleia ou suas deliberações¹⁴⁰ a regra geral é a de que a legitimação *ad causam* só compete, em princípio, ao acionista que votou contrariamente¹⁴¹ ou àquele que se absteve de votar no conclave, seja declaradamente,¹⁴² seja

140. Hipótese de tutela constitutiva negativa ou desconstitutiva.

141. Cf. Batalha, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., vol. III, p. 1.204, e julgado na *RTJ* 39/441. O que, aliás, constitui mera decorrência da constatação segundo a qual nos casos de *anulabilidade* só se encontram em causa os interesses dos próprios acionistas, que, em casos concretos, podem deixar de exercer os direitos que a lei ou os estatutos lhes conferem. Daí por que o acionista que votou favoravelmente à realização da assembleia ou às deliberações nela tomadas não está legitimado a propor a ação de anulação.

Não colhe, *data venia*, o argumento de que a ação de anulação não é exercida no interesse do acionista, mas sim no interesse social, pelo quê justificada estaria a legitimação *ad causam* mesmo do acionista que aprovou aqueles atos. Na verdade, tal concepção é fruto da influência de superadas teorias institucionalistas sobre o interesse social, de acordo com as quais haveria um interesse da empresa ou da própria pessoa jurídica a preservar, que seria distinto do interesse dos sócios e a ele superior. Pensamos haver demonstrado alhures, com apoio em eminentes juristas pátrios, que perante a Lei 6.404/1976 o interesse social, estritamente falando, ou “interesse da companhia”, a que se refere o art. 115, reduz-se ao interesse dos próprios sócios, ao seu interesse comum (cf. nosso *Conflito de Interesses nas Assembleias de S/A*, cit., 2ª ed., pp. 60-68). Daí termos ali observado: “Noutra linha poder-se-ia sustentar, com Ascarelli (‘Interesse sociale...’, cit., p. 163), em lição encampada por Comparato (*O Poder de Controle...*, cit., pp. 302-303), que, justamente por não consistir o interesse da companhia em um interesse institucional, distinto e superior ao interesse dos sócios, é que não se poderia outorgar legitimação para a ação de anulação ao acionista que aprovou a deliberação. Do contrário ter-se-ia que aceitar a possibilidade de se considerarem inválidas, na hipótese de conflito com o interesse da companhia, as deliberações tomadas pela totalidade dos acionistas, o que parece inadmissível” (ob. cit., p. 106, nota de rodapé 85, *in fine* – grifos nossos).

A recusa de legitimação para agir ao acionista que votou favoravelmente no conclave funda-se no princípio que inadmite o *venire contra factum proprium* – “princípio de lógica e di diritto, per cui non si può far valere in giudizio la pretesa lesione di un interesse allorchando si è posto in essere o concorso a porre in essere il fatto preteso lesivo” (Candian, *Nullità e Annullabilità di Delibere di Assemblea delle Società per Azioni*, Milão/Itália, Giuffrè, 1942, p. 159). Trimarchi recorda, a propósito, que o “divieto di impugnazione da parte del socio assenziente” no Código Civil italiano (art. 2.377) deveu-se, consoante a “Exposição de Motivos” (“Relazione”), ao intuito de evitar que a ação de anulação pudesse “trasformarsi in uno strumento per tardive azione di dubbia serietà” (*Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., p. 215).

142. Cf. Priscila Corrêa da Fonseca, *Suspensão de Deliberações Sociais*, cit., pp. 89-90. Não se justifica, a nosso ver, ainda mais diante do disposto no § 3º do art. 115 da nossa Lei de S/A, qualquer restrição à *legitimatío ad causam* do acionista

por estar ausente.¹⁴³ Em caso de determinados *vícios do voto*, evidentemente, admite-se a impugnação por parte do acionista que tenha votado favoravelmente à realização da assembleia, ou às suas deliberações.¹⁴⁴ Também está legitimado a propor a ação anulatória o acionista sem direito de voto, especialmente se lhe foi sonegado o direito de participar do conclave ou da discussão que nele se travou (parágrafo único do art. 125 da Lei 6.404).

Não vemos, por outro lado, como sustentar a legitimação para agir do acionista que ingressou na companhia posteriormente à assembleia em que ocorreu a anulabilidade¹⁴⁵ ou que dela se retirou.¹⁴⁶

abstinente. A possibilidade de ser responsabilizado por voto abusivo, ainda que o voto não prevaleça na deliberação, é forte motivo para aconselhar que o acionista que não esteja perfeitamente inteirado das matérias discutidas na assembleia, ou que simplesmente deseje refletir mais longamente, se abstenha de votar, sem que, por isso, sua atitude seja vista como renúncia a impugnar a deliberação para cujo resultado, na verdade, não emprestou sua adesão.

143. Dispõe o § 3º do art. 202 da Lei 6.404/1976, com a redação dada pela Lei 10.303/01: “3º A assembleia-geral pode, desde que não haja *oposição* de qualquer acionista *presente*, deliberar a distribuição de dividendo inferior ao obrigatório, nos termos deste artigo, ou a retenção de todo o lucro líquido, nas seguintes sociedades: I – companhias abertas exclusivamente para a captação de recursos por debêntures não conversíveis em ações; II – companhias fechadas, exceto nas controladas por companhias abertas que não se enquadrem na condição prevista no inciso I.

Esta *expressa exceção* confirma, para nós, a regra exposta no texto.

144. Isto só ocorre nas hipóteses de determinados *vícios do consentimento* (erro, dolo, coação) ou *de incapacidade do votante* (não se admitiria, com efeito, que a simulação pudesse ser alegada, por exemplo, pelo acionista que a tivesse praticado, a teor do art. 104 do CC/1916 – e do art. 167 do CC/2002, que agora considera *absolutamente* nulo o negócio simulado –, o mesmo ocorrendo no tocante ao acionista que votou abusivamente, em conflito com o interesse da companhia), observadas, ainda, as seguintes condições: (a) que o voto proferido pelo errante, pelo coacto ou pelo incapaz tenha contribuído, de forma decisiva, para a formação da maioria; ou, caso contrário, (b) que, além do vício do voto, seja alegado um vício da assembleia ou da deliberação.

As hipóteses aqui consideradas, longe de significarem exceção à regra geral, constituem, ao revés, justamente sua confirmação. Ao acionista que, de forma *válida*, votou favoravelmente à deliberação não é dado impugná-la. Já não poderia suceder o mesmo, é claro, nos casos de *invalidade* do voto, em que a manifestação de vontade do acionista foi viciada ou não podia ser tomada em consideração, de acordo com a lei.

145. Essa nos parece a posição mais coerente, em face da regra geral segundo a qual somente o acionista dissidente ou abstinente é legitimado a agir. A verificação de quem foi dissidente ou se absteve de votar, obviamente, supõe *determinada assembleia* na qual a conduta dos acionistas se deu dessa maneira (v.: Vaselli, *Deliberazioni Nulle e Annullabili delle Società per Azioni*, Pádua/Itália, CEDAM, 1947, pp. 52-57; Romano-Pavoni, *Le Deliberazioni delle Assemblee delle Società*, cit., pp. 357-358;

À falta de previsão legal, não pode ser admitida, outrossim, a legitimação dos diretores,¹⁴⁷ e muito menos a dos conselheiros fiscais.¹⁴⁸

Aloysio Lopes Pontes, *Sociedades Anônimas*, cit., 3ª ed., vol. II, p. 498; Nelson Eizirik, *A Lei das S/A Comentada*, Quartier Latin, 2ª ed., 2015, vol. IV, p. 510.). Nesse sentido, julgado unânime da 3ª Câmara Civil do TJSP relatado pelo Des. Evaristo dos Santos, *RJTJSP* 68/212, e, ainda, por maioria, da 1ª Câmara Civil do TJSP relatado pelo Des. Renan Lotufo, *RJTJSP* 106/184.

Em contrário: Priscila Corrêa da Fonseca, *Suspensão de Deliberações Sociais*, cit., pp. 93-95.

146. Nesse sentido: Donaldo Armelin, *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*, São Paulo, Ed. RT, 1979, p. 156, n. 159.

A 3ª Câmara Civil do TJSC, em aresto unânime longamente fundamentado, da lavra do Des. Aluizio Blasi, julgou, por exemplo, que “o acionista dissidente da sociedade incorporada é parte ilegítima para, em juízo, postular a anulação ou a declaração de nulidade de assembleias-gerais da sociedade incorporadora, porque a esta não pertence como acionista; e da incorporada, pela perda da condição de acionista, em razão do exercício do direito individual de recesso, e, ainda, pela extinção da companhia pela incorporação, segundo o disposto no art. 219, II, da Lei n. 6.404/1976” (ACi 14.757, j. 12.4.1983, *JC* 43/217, *apud* Wilson Bussada, *Sociedade Anônima Interpretada pelos Tribunais*, cit., p. 270).

V., ainda, sobre falta de legitimação superveniente, por venda das ações durante a demanda, acórdão da 3ª Câmara Civil do TJPR relatado pelo Des. Maximiliano Stasiak (*JB* 64/189, *apud* Darcy Arruda Miranda Jr., *Dicionário Jurisprudencial da Sociedade por Ações*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 12).

147. O problema não se punha quanto aos membros do conselho de administração, uma vez que eles deveriam ser necessariamente *acionistas* (art. 146). Agora o problema volta se colocar, na medida em que a Lei 12.253/2011, alterando o art. 146 da Lei de SA, não mais exige que os membros do conselho em questão sejam acionistas.

148. Em contrário Priscila Corrêa da Fonseca, que sustenta a legitimação tanto dos diretores como dos membros do conselho fiscal (*Suspensão de Deliberações Sociais*, cit., pp. 95-99). A nosso ver, contudo, não há nenhum dispositivo da Lei 6.404/1976 que leve ao entendimento de que os administradores ou os conselheiros fiscais tenham competência para controlar a legalidade das deliberações da assembleia-geral. É de se ponderar, outrossim, ser muito significativa a inexistência de norma explícita a respeito, em contraste com o caráter marcadamente institucional da nossa lei, salientado por inúmeros doutrinadores. Mormente se se levar em consideração que o legislador brasileiro teve à mão diplomas legais alienígenas, como o Código Civil italiano de 1942 e a *Aktiengesetz* de 1965, dos quais para muitos propósitos se serviu, e que preveem expressamente a legitimação dos administradores e fiscais para a ação de anulação das deliberações assembleares (CC italiano, art. 2.377; *AktG*, § 245, 5).

Anteriormente à entrada em vigor do Código Civil italiano, aliás, Donati também sustentava que, na ausência de norma expressa, não se poderia admitir tal legitimação, obtemperando: “(...) anche ove si voglia ammettere – ma io lo ho negato (supra, n. 72) – che gli amministratori e i sindaci siano responsabili di fronte ai soci e ai terzi per avere adempiuto le deliberazioni assembleari impugnabili contrarie alla

Constitui questão tormentosa a legitimidade *ad causam* do usufrutuário para impugnar as deliberações,¹⁴⁹ sobretudo a de saber se essa legitimidade seria *concorrente* à do nu-proprietário.¹⁵⁰ Talvez a melhor solução seja reconhecer, em harmonia com os interesses em causa, a legitimação do usufrutuário para impugnar as deliberações que digam respeito ao uso e gozo das ações usufruídas¹⁵¹ – tais como, por exemplo, as referentes à gestão social, à distribuição de dividendos etc. – e ao nu-proprietário¹⁵² a legitimação *concorrente* para impugnar as referidas deliberações,¹⁵³ bem como *exclusiva* para impugnar aquelas que digam respeito “à substância da coisa” – tais como as referentes à dissolução, incorporação ou fusão da companhia, mudança de objeto social, venda de seu acervo, redução de seu capital etc.¹⁵⁴⁻¹⁵⁵

legge, all’atto costitutivo, allo statuto, tale responsabilità determinerebbe un interesse puramente egoistico, personale degli amministratori o dei sindaci all’impugnativa, del tutto insufficiente a determinare la titolarità dell’azione di impugnativa, che, come noi sappiamo, è stata creata dal legislatore esclusivamente per la tutela dell’ordinamento giuridico sociale” (*L’Invalidità della Deliberazione di Assemblea delle Società Anonime*, cit., p. 235).

149. Priscila Corrêa da Fonseca parece atribuir essa legitimação mesmo ao usufrutuário sem direito de voto (*Suspensão de Deliberações Sociais*, cit., p. 100).

150. Priscila Corrêa da Fonseca, *Suspensão de Deliberações Sociais*, cit., pp. 99-102; Romano-Pavoni, *Le Deliberazioni delle Assemblee delle Società*, cit., pp. 355-356; Trimarchi, *Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., pp. 230-231.

151. Além, é óbvio, dos vícios da assembleia e dos vícios do voto que possam afetar o resultado das deliberações aludidas.

152. Por ser o *acionista*, embora privado do direito de voto, o que não tolhe, a nosso ver, seu direito de pleitear a anulação das deliberações.

153. Se, porventura, não tiver o usufrutuário votado favoravelmente a elas, porque, como argumenta Romano-Pavoni, “quando vota persona diversa dal socio si ha un rapporto di rappresentanza fra quella e il socio, per cui è da ritenere (né potrebbe essere diversamente) che le dichiarazioni di volontà del primo lo vincolino direttamente: da ciò consegue che quando ha votato un rappresentante (volontario o non volontario) il rappresentato, qualora – s’intende – sia capace di agire, può impugnare la deliberazione assembleare, ma a condizione che il rappresentante non fosse assenziente” (*Le Deliberazioni delle Assemblee delle Società*, cit., p. 356).

154. A argumentação desenvolvida no texto baseia-se no já citado artigo do professor Comparato constante da *RT* 507/35 (“Sociedade anônima – Ações ao portador – Inexistência de quase-usufruto – Limites ao exercício dos direitos do usufrutuário”, cit., especialmente pp. 42-44). Advirta-se, contudo, que o eminente Mestre não cuida ali de legitimação para agir, mas apenas do direito de voto. Com argumentação semelhante, admitindo a legitimação concorrente do fiduciário e do fideicomissário, cf. Marcelo Vieira von Adamek, *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A (e as Ações Correlatas)*, São Paulo, Saraiva, 2009, n. 8.3.2.2.5, pp. 454-455.

155. No caso de aumento de capital, v., ainda, o art. 171, § 5º, da Lei 6.404/1976, que disciplina separadamente o direito de preferência (*rectius*: opção)

Pode-se admitir que em determinadas hipóteses convencionais nas quais não se permita o direito de voto do acionista devedor a anulação da deliberação, como decorrência da invalidade do voto (se este tiver sido determinante para a formação da maioria), seja requerida pelo credor pignoratício ou pelo credor garantido por alienação fiduciária (art. 113 e parágrafo único da Lei 6.404/1976).¹⁵⁶

Nos casos de penhora, arresto ou sequestro das ações caberá ao depositário judicial, em princípio, impugnar a assembleia ou suas deliberações.¹⁵⁷

Na hipótese de condomínio acionário a impugnação compete ao representante do condomínio (art. 28, parágrafo único, da Lei 6.404/1976); por identidade de razões, cabe a impugnação aos administradores dos fundos de investimento.¹⁵⁸

Credores e terceiros,¹⁵⁹⁻¹⁶⁰ em geral, não têm, em princípio, legitimidade para requerer a anulação da assembleia ou de suas deliberações, já que tais atos, como se demonstrou, são meramente *interna corporis*.

do nu-proprietário e do usufrutuário, e do fiduciário e do fideicomissário. Qualquer deles teria legitimização para impugnar a deliberação que lhes infringisse o respectivo direito.

156. Admitindo tal possibilidade no que respeita ao credor pignoratício, v. Priscila Corrêa da Fonseca, *Suspensão de Deliberações Sociais*, cit., p. 105. Igualmente: Mauro Bardawil Penteado, *O Penhor de Ações no Direito Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008. No tocante ao credor garantido por alienação fiduciária, v.: Marcelo Vieira von Adamek, *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A (e as Ações Correlatas)*, cit., n. 8.3.2.2.5, pp. 455-456.

157. “In caso di sequestro, il custode è titolare di un *ufficio pubblico*, e, sia che si segua la teoria della rappresentanza, sia che si segua quella della sostituzione, si ammette che egli abbia azione per tutto ciò che attiene alla conservazione e all’amministrazione della cosa sequestrata; quando è sequestrata una quota, il sequestratario è da ritenere abbia azione per la conservazione o reintegrazione di diritti soggettivi collettivi che in essa sono compresi e perciò egli potrà impugnare le deliberazioni assembleari illegittime come pottrebbe impugnarle il socio, e lo stesso si può dire per il caso di pignoramento” (Romano-Pavoni, *Le Deliberazioni delle Assemblies delle Società*, cit., p. 357). No mesmo sentido: Trimarchi, *Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., p. 118.

Cf., outrossim, o art. 159 do CPC/2015 – art. 148 do CPC/1973.

158. Cf.: Priscila Corrêa da Fonseca, *Suspensão de Deliberações Sociais*, cit., pp. 102-103; Marcelo Vieira von Adamek, *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A (e as Ações Correlatas)*, cit., n. 8.3.2.2.6, pp. 460-461.

159. Afora nas hipóteses ventiladas mais acima.

160. V.: Batalha, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., vol. III, p. 1.199.

20.2 Legitimação passiva

Passemos, agora, ao exame da *legitimação passiva*. Não há qualquer controvérsia a respeito: legitimada, em qualquer hipótese, é a *companhia*.¹⁶¹

Não nos parece que nos casos de abuso de direito de voto, por exemplo, o acionista controlador seja também legitimado passivamente, em litisconsórcio necessário com a companhia, pois a demanda objetiva a anulação *da deliberação* – que é atribuída, como se viu,¹⁶² à sociedade. Quando muito, tratar-se-ia, no caso mencionado, de litisconsórcio facultativo.¹⁶³ De qualquer modo, nada impede que o acionista controlador ou outros acionistas figurem, presentes os pressupostos, no polo passivo da demanda, ao lado da companhia, na condição de *assistentes*.¹⁶⁴

161. Seria ociosa, no tocante a essa questão, dada a inexistência de controvérsia, a citação de doutrinadores. De qualquer forma, cf. Guilherme Setoguti J. Pereira, *Impugnação de Deliberações de Assembleia das S/A*, cit., n. 22.2, pp. 267-268.

162. Capítulo II, item 11.

163. Neste sentido: Priscila Corrêa da Fonseca, *Suspensão de Deliberações Sociais*, cit., p. 106, nota 66, e julgados nas RT 510/81 (relatado pelo eminente processualista Des. Lafayette Salles Jr.), 580/71, 624/76 e 688/67. A não ser, obviamente, que na demanda haja pedidos *cumulados*: além do pedido de anulação da deliberação, propriamente dito, um pedido de condenação do acionista controlador em perdas e danos (art. 115, § 4º, da Lei 6.404/1976). Ou, ainda, se a pretensão envolver restrição ao poder de controle (cf. julgado da 6ª Câmara Civil do TJSP relatado pelo Des. Macedo Bittencourt, RT 586/93; tal julgado, publicado na íntegra na RDM 83/99, foi comentado por Mauro Penteado, na p. 113 da revista citada).

164. Priscila Corrêa da Fonseca, *Suspensão de Deliberações Sociais*, cit., p. 106, nota 66. Os repertórios de jurisprudência sobre sociedades anônimas têm registrado dois acórdãos da 2ª Câmara do 1º TACivSP relatados, respectivamente, pelos então Juizes Rangel Dinamarco e Renan Lotufo (RT 586/124-em. e 589/140-em.) cujas ementas, de idênticos dizeres, podem levar a engano: “É meramente econômico, e não jurídico, o interesse do acionista no desfecho da causa em que for parte a sociedade, daí resultando sua ilegitimidade para intervir na qualidade de assistente”. Examinando-se a causa em que foram proferidos os julgados, entretanto (a mesma causa, por sinal), verifica-se que nada têm eles a ver com *ações anulatórias de assembleias-gerais de sociedades anônimas*, como resulta do resumo dos fatos, feito pelo Juiz Rangel Dinamarco, no primeiro julgado: “O agravado é acionista do Banco Regional S/A, ora em regime de liquidação extrajudicial (fls. 22). O Banco é réu em ação visando a obter anulação de praça e atos subsequentes, realizados em execução cambial movida à autora, ora agravante. No processo dessa ação, o agravado postulou e obteve (contra a vontade da agravante) sua admissão como assistente simples do Banco de que é acionista. Da r. decisão que assim deferiu sua pretensão é que agrava a autora” (os referidos acórdãos, proferidos nos AI 314.684 e 316.472, estão registrados, respectivamente, nos Livros 022, fls. 168, e 023, fls. 199, do 1º TACivSP).

21. Prazos de prescrição ou de decadência?

A argumentação que se segue configura-se, a nosso ver, como de caráter meramente histórico após a entrada em vigor do Código Civil/2002.

Isto porque o diploma legal em questão qualificou corretamente os prazos de invalidade dos negócios jurídicos (tanto os prazos de nulidade absoluta quanto os de anulação) como prazos de decadência, razão pela qual não há mais discutir se os arts. 285 e 286 da Lei de SA estabelecem prazos prescricionais ou decadenciais, nada obstante os dizeres dos mencionados dispositivos legais.

De qualquer forma, entendemos útil repisar a discussão que havia a respeito do tema antes da vigência do Código Civil/2002.

A pretensão à declaração da nulidade dos atos ou negócios jurídicos era, geralmente, considerada imprescritível¹⁶⁵ ou, quando menos, prescritível no prazo maior de vinte anos, aplicável às ações pessoais (art. 177 do CC/1916 – v. art. 205 do CC/2002).¹⁶⁶ Esse prazo, todavia, como se disse, é agora de decadência, não sendo suscetível de confirmação, nem convalidando pelo decurso do tempo, nos termos do art. 169 do CC/2002; o mesmo vale para os casos de nulidade das assembleias e suas deliberações, já que inexistia prazo específico para a hipótese.¹⁶⁷

165. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 4ª ed., t. VI, § 667, n. 2, II, “b”; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, cit., 3ª ed., vol. I (“Parte Geral”), pp. 322-323.

166. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 18ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp. 406-407; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil – Parte Geral*, 35ª ed., vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 273-274; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cit., 13ª ed., p. 475; Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, cit., 8ª ed., vol. I, p. 506 (“... pelo menos em se tratando de inexistência”).

167. Comparato fazia, todavia, uma distinção importante: a ação direta de declaração de nulidade de norma estatutária, por não ser uma “ação pessoal”, seria imprescritível; já, na hipótese de nulidade de determinada relação jurídica, com fundamento na nulidade da regra estatutária (v.g., o contrato celebrado pelo presidente do conselho de administração da companhia, que não é diretor, baseado em cláusula que, em contrário ao disposto no art. 138, § 1º, da Lei de S/A, lhe outorgasse tal poder), a ação seria prescritível no prazo previsto no art. 177 do CC/1916 (“Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária”, cit., in *Novos Ensaios de Pareceres de Direito Empresarial*, pp. 224-225).

Julgado já mencionado, do 1º Grupo de Câmaras do TJRJ, relatado pelo Des. Pedro Américo Rios Gonçalves em 12.11.1980 (RJTJRJ 48/112, *apud* Wilson Bussada, *Sociedade Anônima Interpretada pelos Tribunais*, cit., pp. 478-486), fundando-se na lição de Valverde, segundo a qual a constituição da própria sociedade anônima

Considerava-se, igualmente, que a pretensão à declaração da ineficácia das deliberações assembleares seria imprescritível.¹⁶⁸

Já, as hipóteses de anulação da assembleia ou suas deliberações se sujeitavam, conforme o caso, aos prazos estabelecidos nos arts. 285 e 286 da Lei 6.404/1976,¹⁶⁹ que têm o seguinte teor:

“Art. 285. A ação para anular a constituição da companhia, por vício ou defeito, *prescreve* em 1 (um) ano, contado da publicação dos atos constitutivos.

“Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia-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” (grifos nossos).

Tratar-se-á mesmo de prescrição¹⁷⁰ ou decadência?

convalesceria, definitivamente, “qualquer que tenha sido o vício ou defeito de sua constituição”, entendeu que, *a fortiori*, convalesceria a cláusula estatutária, sendo, pois, prescritível a ação para invalidá-la. Mas tal julgado, a par de não ter analisado o problema com a profundidade necessária – o que até pode ser considerado compreensível, dadas as escassas literatura e jurisprudência a propósito do tema –, ressaltou, entretanto, que, na hipótese, “a infração legal imputada pela embargante, ainda que existisse, não ofenderia nenhum princípio de ordem pública, mas tão somente interesses particulares dos acionistas, o que é mais uma razão para não se cogitar de nulidade absoluta” (ob. cit., p. 482).

168. Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleares – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 401 e nota 10.

169. Interessante acórdão da 1ª Turma do STF relatado pelo Min. Oscar Corrêa examinou hipótese em que o TJCE havia julgado que o prazo do art. 286 não se aplicava a quem não era acionista, mas, sim, aquele do art. 177 do CC/1916. Muito embora o STF não tenha conhecido do recurso, por envolver interpretação de cláusula contratual, entendeu o Ministro-Relator, citando os ensinamentos de Ascarelli: “6. Não nos parece tenha a questão solução tão simples: dependerá, sempre, e em cada caso, do exame: I – da natureza do direito pleiteado; II – da categoria do vício que inquine a deliberação da sociedade, e a fira, ou torne anulável, ineficaz ou nula; III – das relações do impugnante com a sociedade: sócio, ou terceiro. Não há, assim, como fixar, senão em vista do exame da hipótese, as condições em que se aplicará a regra do art. 286 (equivalente ao art. 156 do Decreto-lei 2.627) ou outra, inclusive a do art. 177 do CC, ou mesmo se declare a imprescritibilidade da ação” (RTJ 105/255).

170. Como se sabe, pouco importa para a caracterização desses institutos a denominação dada pelo legislador. O Código Civil cuida apenas da prescrição, mas isso não impediu que a doutrina e a jurisprudência, na interpretação do art. 178 do referido diploma legal, enxergassem casos de decadência, como os relativos à anulação do casamento, à preempção, à contestação da legitimidade do filho etc. (v.:

Cuida-se, como se disse de início, indiscutivelmente, de prazos decadenciais, como todos os casos que têm por finalidade a invalidação de negócios jurídicos. Mas confira-se, abaixo, a discussão que havia a respeito antes da vigência do Código Civil/2002.

Perante os artigos correspondentes da Lei de S/A revogada (arts. 155 e 156 do Decreto-lei 2.627/1940) a doutrina falava em prazos de prescrição,¹⁷¹ mas havia dispositivos que autorizavam essa interpretação, como os que previam a “interrupção da prescrição” (art. 161) e a expressa existência de prazos de decadência (art. 162),¹⁷² a distingui-los, pois, daqueles de prescrição.¹⁷³

Mas o fato é que a Lei 6.404/1976 *não repetiu os aludidos dispositivos*.

Haver-se-ia de concluir, assim, que os arts. 285 e 286 da lei em vigor preveem mesmo prazos prescricionais, e que tais prazos, além disso, *podem ser interrompidos diversas vezes*, já que não há mais a limitação que constava do art. 161 do Decreto-lei 2.627/1940 no sentido de que a prescrição só poderia ser interrompida uma vez!¹⁷⁴

Certamente que não, a nosso ver, sendo que inúmeros indícios apontam para a interpretação segundo a qual os arts. 285 e 286 cuidam de prazos de *decadência*.

Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil – Parte Geral*, cit., 35ª ed., vol. 1, pp. 294-295).

171. Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, cit., 3ª ed., vol. III, pp. 111 e 117; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. LI, § 5.362, n. 2, p. 119 (sem maiores indagações).

172. Assim rezavam os mencionados dispositivos: “Art. 161. A prescrição não se interrompe mais de uma vez”; “Art. 162. Os prazos assinados nesta Lei, para a aquisição de direitos, são contínuos e improrrogáveis” (cf., a propósito desses dispositivos: Trajano de Miranda Valverde, *Sociedades por Ações*, cit., 3ª ed., vol. III, pp. 124-127; e Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. LI, § 5.366, 1 e 2, pp. 125-128).

173. V. o que dizia Pontes de Miranda a respeito do art. 162: “Lê-se no Decreto-lei 2.627, art. 162: (...). Daí se tira que, se não se falou de prazo prescricional, é de prazo preclusivo que se trata” (*Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. LI, n. 2, p. 126).

174. Desnecessário salientar o entendimento unânime, doutrinário e jurisprudencial – e agora *legal* (cf. art. 207 do CC/2002) –, segundo o qual *somente* os prazos de prescrição admitem interrupção, não assim os de decadência. Breve e definitivo estudo de Comparato, aliás, já demonstrava de forma irrefragável que somente havendo uma *pretensão* (*Anspruch*) se poderia falar em prazo prescricional – e, consequentemente, em interrupção, suspensão ou prorrogação do prazo –, o que não ocorre com os *direitos potestativos* à invalidação de um ato ou negócio jurídico (“Natureza do prazo extintivo da ação de nulidade do registro de marcas”, *RDM 77/57-64*, São Paulo, Ed. RT, janeiro-março/1990).

Deve-se considerar, em primeiro lugar, a *diminuição* do prazo estipulado neste último dispositivo para a impugnação das deliberações assembleares em geral, de três (art. 156 do Decreto-lei 2.627/1940) para dois anos. Isso já demonstra que o legislador houve por bem fixar prazo mais abreviado para a ação de anulação, em atenção, sem dúvida, ao interesse na *estabilidade* daqueles atos.¹⁷⁵

Seria, conseqüentemente, injurídico entender que, não obstante a *abreviação do prazo*, se abriu aos interessados, *concomitantemente*, a possibilidade de interromper, por várias vezes, a prescrição da ação anulatória. Ou seja: o interesse que levou a *encurtar* o prazo para a impugnação das deliberações – e que só pode ser aquele apontado, de assegurar a estabilidade destas – é *incompatível* com a exegese de que se trata de prazo prescricional, porquanto de outro modo se haveria de admitir a possibilidade de interrupção desse prazo, com o *recomeço de sua contagem* (art. 173 do CC/1916 – parágrafo único do art. 202 do CC/2002), por quantas vezes fosse desejo dos interessados.

De outra parte, a eliminação do que dispunha o art. 162 do Decreto-lei 2.627/1940 não leva agora o intérprete, necessariamente, ao entendimento de que onde a lei atual fala em prescrição se trata de prescrição mesmo, e não de decadência (já o referido dispositivo, *conjugado com o art. 161* da lei revogada, não podia autorizar outra exegese).

Na “Exposição de Motivos” da Lei 6.404/1976, a seu turno, salientou-se, no Capítulo XXIV, referente aos “Prazos de Prescrição”, que “o Projeto procurou, nessa matéria, observar a orientação adotada no Projeto de Código Civil, não existindo maiores alterações a ressaltar”. Ora, o Projeto de Código Civil ali referido (Projeto 634/1975 – que veio a se transformar, após várias alterações e novo projeto - 118/94 –, na Lei 10.406/2002, o Código Civil/2002), ao estabelecer *regras gerais* referentes à constituição e deliberação das “Pessoas Jurídicas”, nos arts. 43 e parágrafo único e 46 e parágrafo único,¹⁷⁶ previu prazos *decadenciais*.

175. Fran Martins dá notícia de que, “ao tramitar a lei no Congresso, uma emenda foi apresentada pelo deputado Luiz Braz, elevando o prazo para três anos, como constava da lei anterior. A emenda foi recusada sob o fundamento, inteiramente válido, de que ‘a diminuição dos prazos de prescrição e decadência constitui uma tendência do Direito, acompanhando a velocidade da vida moderna, dando maior segurança aos atos jurídicos’” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1979, n. 1.174, p. 530).

176. No CC/2002 tais dispositivos passaram a ser, respectivamente, os arts. 45 e 48.

Ademais, seguindo a orientação da doutrina mais moderna, ao tratar da *anulação dos negócios jurídicos* em virtude de erro, dolo, coação, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão (e, ainda, incapacidade relativa), estipulou também, e expressamente, um prazo *decadencial* (art. 176).¹⁷⁷⁻¹⁷⁸

Outras considerações militam ainda em favor da tese aqui sustentada. Sem querer aprofundar, nesta sede, a polêmica distinção entre prescrição e decadência – talvez das mais árduas de que o Direito tem notícia¹⁷⁹ –, é de se considerar que os prazos fixados nos arts. 285, *caput*, e 286 da Lei 6.404/1976 contêm algumas características que a doutrina atribui aos prazos de decadência, a saber: (a) o direito à anulação da constituição da companhia ou à impugnação da assembleia ou suas deliberações só pode ser exercido dentro de determinado prazo;¹⁸⁰ (b) referido direito nasce

177. No CC/2002, art. 178.

178. Acrescente-se, ainda, a seguinte observação da “Exposição de Motivos” elaborada pelo eminente professor Miguel Reale:

“18. Menção à parte merece o tratamento dado aos problemas da *prescrição* e *decadência*, que, anos a fio, a doutrina e a jurisprudência tentaram em vão distinguir, sendo adotadas, às vezes, num mesmo tribunal, teses conflitantes, com grave dano para a Justiça e assombro das partes.

“Prescrição e decadência não se estremam segundo rigorosos critérios lógico-formais, dependendo sua distinção, não raro, de motivos de conveniência e utilidade social, reconhecidos pela política legislativa.

“Para pôr cobro a uma situação deveras desconcertante, optou a Comissão por uma fórmula que espanca quaisquer dúvidas. *Prazos de prescrição*, no sistema do Projeto, passam a ser, apenas e exclusivamente, *os taxativamente discriminados na Parte Geral, Título IV, Capítulo I*, sendo de *decadência* todos os demais, estabelecidos, em cada caso, isto é, como complementar de cada artigo que rege a matéria, tanto na Parte Geral como na Especial” (negritos do original; itálicos nossos).

Na Parte Geral, Título IV, Capítulo I, especialmente art. 204, *inexiste qualquer prazo prescricional relativo a anulação de deliberação de assembleia* (e relembre-se que, muito embora o Projeto já não cuidasse das sociedades por ações, tratava das sociedades limitadas, prevenindo, especificamente para estas, a realização de assembleias, nos arts. 1.108 a 1.116).

O Projeto, que se transformou no Código Civil/2002 previu, como se mencionou mais acima, prazos de decadência para a invalidade dos negócios jurídicos em geral (arts. 166 a 184).

179. Cf. Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, cit., 8ª ed., vol. I, p. 563. O breve e definitivo estudo de Comparato, mais acima mencionado na nota 174, levou-nos a considerar totalmente desarrazoada, sem nenhum sentido, a existência dessa polêmica.

180. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., 18ª ed., vol. I, p. 440; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil – Parte Geral*, cit., 35ª ed., vol. 1, p. 294.

conjuntamente com a violação do direito do interessado;¹⁸¹ e (c) trata-se de prazo para a propositura de ação *constitutiva*, e não condenatória.¹⁸²

Não se compreenderia, por derradeiro, que a Lei 6.404, em cuja sistemática a função social da empresa exerce papel tão relevante (cf., v.g., o parágrafo único do art. 116 e o art. 154, *caput*), tivesse estabelecido, nos dispositivos ora estudados, um prazo prescricional sujeito a inúmeras interrupções, em face dos prejuízos que a anulação das deliberações pode acarretar ao bom funcionamento da empresa e, conseqüentemente, à economia como um todo. Essa reflexão também leva a concluir terem fixado aqueles dispositivos um prazo *decadencial*, segundo critério proposto por Sílvio Rodrigues: “Parece-me que um critério prático interessante é o do *interesse social*. Quando, do exame de uma hipótese, convencer-se o intérprete ser inadmissível a suspensão ou interrupção do curso do prazo, por colidir com o interesse da sociedade a manutenção em aberto daquela ameaça de ação, o prazo é de decadência. Nas outras hipóteses, é de prescrição”.¹⁸³

É de se salientar, por fim, que o prazo do art. 286, conforme a melhor interpretação, conta-se a partir da *publicação* da deliberação.¹⁸⁴

22. *Invalidade das assembleias e suas deliberações e direitos de terceiros*

Tema pouco estudado, e que apresenta problemas de extrema delicadeza, é o dos reflexos da invalidade das assembleias e suas deliberações perante terceiros.¹⁸⁵

181. Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, cit., 3ª ed., vol. I (“Parte Geral”), p. 363; Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cit., 13ª ed., p. 507.

182. Humberto Theodoro Jr., em nota a Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, cit., 13ª ed., p. 509; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, cit., 3ª ed., vol. I (“Parte Geral”), p. 364, nota 326.

183. Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, cit., 3ª ed., vol. I (“Parte Geral”), p. 364.

184. Cf.: Batalha, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., vol. III, p. 1.205; Sampaio de Lacerda, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, cit., vol. 3, p. 87; Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., vol. III, pp. 530-531; acórdão unânime da 5ª Câmara Civil do TJSP relatado pelo Des. Matheus Fontes, RT 688/67.

185. Evidentemente, a eficácia do julgado perante terceiros somente poderá ocorrer se os mesmos forem *partes* na demanda (art. 506 do CPC/2015 – art. 472 do CPC/1973). De outro modo, como lembra Romano-Pavoni, “il problema *non si pone nemmeno*” (*Le Deliberazioni delle Assemblee delle Società*, cit., p. 393). Sobre a

Candian examinou com profundidade um dos aspectos desse tema, relativo à invalidade da nomeação dos administradores da sociedade.¹⁸⁶

A questão que se coloca é se, dada a eficácia retroativa da sentença que invalida a nomeação, poderiam ser atingidos os negócios efetuados com terceiros que travaram relações com a companhia representada pelo administrador irregularmente nomeado.¹⁸⁷

A solução encontrada pelo aludido Mestre italiano para esse problema parece-nos perfeitamente aplicável ao Direito Brasileiro. Baseou-se ele, por analogia, na disposição constante do art. 1.396 do CC italiano, que – tal como reza o art. 686 do CC/2002 (art. 1.318 do CC/1916), determina ser inoponível ao terceiro de boa-fé a revogação do mandato por ele desconhecida.¹⁸⁸ Do mesmo modo, a invalidade da nomeação do administrador reconhecida judicialmente *a posteriori* não poderia ser oposta ao terceiro que, de boa-fé, tenha contratado com a companhia representada pelo referido administrador.¹⁸⁹

Essa solução parte do princípio segundo o qual quem constitui um instrumento de atividade jurídica vinculante para si próprio, dando causa, com isso, à confiança de terceiros, deve suportar as consequências do ato.¹⁹⁰

questão objeto deste último item (item 22) remetemos o leitor à já mencionada obra de Guilherme Setoguti J. Pereira, *Impugnação de Deliberações de Assembleia das S/A*.

186. Candian, *Nullità e Annullabilità di Delibere di Assemblea delle Società per Azioni*, cit., pp. 200 e ss.

187. Esclareça-se que muito tempo após a publicação da obra de Candian (que é de 1942) foi acrescentado um parágrafo ao art. 2.383 do CC italiano, do seguinte teor: “Le cause di nullità o di annullabilità della nomina degli amministratori che hanno la rappresentanza della società non sono opponibili ai terzi dopo l’adempimento della pubblicità di cui al quarto e quinto comma, salvo che la società provi che i terzi ne erano a conoscenza (c. 2.207, 2.487)” (parágrafo acrescido por Decreto Presidencial de 29.12.1969). Cf., a propósito: Galgano, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, cit., vol. III, t. 1 (“Il Negozio Giuridico”), p. 254, nota 43.

188. Aliás, de acordo com o art. 689 do CC/2002 – art. 1.321 do CC/1916 –, nem mesmo a morte do mandante, desconhecida pelo mandatário, invalida os negócios por este efetuados.

189. Candian, *Nullità e Annullabilità di Delibere di Assemblea delle Società per Azioni*, cit., p. 202. É hoje pacífico na doutrina – e também já o era para Candian – que o administrador não é um mandatário da companhia, mas, sim, *órgão* desta. Mas isso não invalida o argumento do texto, utilizado, por isso mesmo, *analogicamente*.

190. Candian, *Nullità e Annullabilità di Delibere di Assemblea delle Società per Azioni*, cit., p. 208. Candian também invoca, analogicamente, a situação de quem emitiu título de crédito, colocando-o em circulação, e que não pode, posteriormente, valer-se de exceções pessoais contra o portador do título. Recorre, outrossim, no campo do direito administrativo, à figura do “funcionário de fato”. E daí extrai um princípio geral de proteção aos terceiros de boa-fé, em todas essas hipóteses assemelhadas, no ordenamento jurídico italiano (pp. 208-232).

Mas a questão levantada pelo ilustre jurista italiano comporta desdobramentos: *quid juris* se o negócio for efetuado com o terceiro na pendência de ação de nulidade ou anulatória da deliberação de nomeação do administrador?¹⁹¹

Candian entende que, se não se cuidar de *nulidade evidente*,¹⁹² o terceiro também deve ser protegido, até que venha a se tornar definitiva a sentença de invalidade da deliberação e seja a mesma, outrossim, devidamente averbada no registro público competente.¹⁹³

O tema objeto deste item, porém, não se restringe, obviamente, à hipótese de invalidade da nomeação de administrador.

Indaga-se, com efeito, se a nulidade ou a anulação de outras deliberações que autorizaram ou ordenaram a prática de determinados atos pela companhia podem atingir terceiros de boa-fé; melhor dizendo, se estes podem ser afetados em função de atos praticados em decorrência da *execução* das mencionadas deliberações que, posteriormente, venham a ser invalidadas.¹⁹⁴

A resposta tem sido quase sempre no sentido de proteger os terceiros de boa-fé, a eles não estendendo, em princípio, as consequências da invalidade, mesmo tratando-se de nulidade, salvo se ostensiva.¹⁹⁵

Trimarchi, a propósito, faz referência ao brocardo *cuius commoda eius et incommoda*, invocando, ainda, o disposto nos arts. 1.433 (que cuida das hipóteses de erro obstativo) e 1.394 (que determina a prevalência do negócio efetuado pelo representante, em conflito de interesses com o representado, perante o terceiro de boa-fé) (*Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., pp. 46-50).

191. E deve-se recordar, a propósito, que a ação poderá objetivar invalidar a nomeação de *todos* os administradores, não podendo a sociedade ficar acéfala.

192. Entendida como tal a nulidade *perceptível externamente*, como, por exemplo, falta de convocação dos acionistas (Candian, *Nullità e Annullabilità di Delibere di Assemblea delle Società per Azioni*, cit., p. 230).

193. Candian, *Nullità e Annullabilità di Delibere di Assemblea delle Società per Azioni*, cit., pp. 231-232.

194. Waldemar Ferreira sustentou que a nulidade ou anulação alcançaria os terceiros beneficiários das deliberações (*Tratado das Sociedades Mercantis*, cit., 5ª ed., vol. V, pp. 1.815-1.817). Mas sua opinião parece ter tido em vista, precisamente, os terceiros que não tenham agido de boa-fé, ao dizer: “Quase sempre estes entram na elaboração do negócio e ditam suas normas. Só não figuram entre os coparticipantes da assembleia geral por não serem acionistas, mas cientes e conscientes da invalidade da deliberação, de que serão os únicos beneficiários” (ob. cit., p. 1.815). Aloysio Lopes Pontes cita expressamente tal ensinamento (*Sociedades Anônimas*, cit., 3ª ed., vol. II, p. 499).

195. Solução que também se afasta do direito comum, onde a boa-fé do terceiro não tem relevância para o efeito de impedir a invalidação do ato, determinando o art.

O fundamento dessa orientação encontra-se nos princípios relativos à *publicidade* dos atos relativos às sociedades anônimas, como salientava Ascarelli em face do Decreto-lei 2.627/1940: “A constituição da sociedade anônima bem como as modificações estatutárias estão sujeitas a um controle quanto à sua legitimidade. Por isso, parece-me, a nulidade ou anulação de uma modificação estatutária (*devidamente arquivada e publicada*) não pode ter eficácia retroativa quanto aos terceiros; estes, com efeito, agindo com a sociedade, tinham o direito de confiar na legalidade de suas deliberações, visto que estas foram, justamente quanto à sua legalidade, verificadas pela autoridade competente”¹⁹⁶⁻¹⁹⁷ (grifos nossos).

182 do CC/2992 – art. 158 do CC/1916 – a restituição das partes ao *statu quo ante*. Os terceiros – entendidos como tais “as pessoas que adquiriram das próprias partes direitos sobre os bens a serem restituídos em consequência da nulidade do contrato” (Bufnoir, *apud* Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, cit., 8ª ed., vol. I, p. 510) – são atingidos por força do princípio segundo o qual ninguém pode transferir mais direitos do que tem (Serpa Lopes, *ob. e loc. cit.*; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil – Parte Geral*, cit., 35ª ed., vol. 1, p. 279). Como quer que seja, no Código Civil/2002 os terceiros foram muito mais protegidos do que no de 1916.

196. Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pp. 416-417. Cf., ainda, do Mestre citado, “L’interesse sociale dell’art. 2.441 Codice Civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari”, cit., *Rivista delle Società* I/107, continuação da nota 5. No mesmo sentido de Ascarelli: Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., 3ª ed., 2ª tir., t. LI, § 5.361, ns. 1 e 2 (mais especificamente sobre a constituição da sociedade por ações, mas aplicável analogicamente); Trimarchi, *Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., pp. 107-108 (citando lição de Ascarelli); Romano-Pavoni, *Le Deliberazioni delle Assemblee delle Società*, cit., pp. 393-394.

Em outro estudo, em que cuidou aprofundadamente de problemas relativos às debêntures, Ascarelli reiterou as conclusões do texto, em face do Código Civil italiano: “Più delicato è il problema della nullità o dell’annullamento della deliberazione della società. [Nota nossa: *deliberação de emissão de debêntures*] Nulla o annullata la deliberazione si deve ammettere da un lato la possibilità dell’obbligazionista di esigere, contro restituzione del titolo, l’importo versato (data la funzione che, pur nell’interesse degli obbligazionisti, si deve riconoscere alla disciplina delle obbligazioni), dall’altro si torna all’ipotesi della mancanza della deliberazione, necessaria perchè la società possa assumere il debito obbligazionario, ciò che indurrebbe ad ammettere anche in questo caso una eccezione assoluta opponibile a qualunque obbligazionista. Soccorre, tuttavia, a tutela del terzo e perciò del portatore, l’analogia dell’art. 2.332. Ne dicorre difatti la *ratio iuris*, dato che la *deliberazione dell’assemblea della società deve essere omologata e pubblicata e perciò sottoposta ad un controllo di legalità da parte dell’autorità competente*. Ora, è appunto questo controllo che giustifica, nell’art. 2.332, la tutela dei terzi che, in seguito alla effettuazione di questo controllo, potevano logicamente contare sulla validità dell’atto. È a questo orientamento che si può far capo nella tutela del’obbligazionista, all’uopo anche ricordando

che la deliberazione della società circa l’emissione delle obbligazioni (ed identica conclusione deve valere per la deliberazione che modifica le modalità risultanti da una deliberazione anteriore) non può essere eseguita (ultimo comma, art. 2.441) se non dopo l’iscrizione (...)” (“Problemi in tema di titoli obbligazionari”, cit., in *Studi in Tema di Società*, p. 304 – grifos nossos).

Em nota a respeito de sentença acerca do mesmo assunto, Ascarelli chamou a atenção, todavia, para outras duas hipóteses:

“4. Diverso è anche il problema che si presenta nei riguardi di obbligazioni emesse *indipendentemente da una deliberazione o oltre i limiti della stessa*; si tratta di un vizio che investe la stessa capacità della società nell’emettere obbligazioni, appunto perchè queste non possono essere emesse indipendentemente da una deliberazione, e nei cui confronti i portatori dei titoli non possono (data la stessa fattispecie) invocare la tutela alla quale abbiano fatto capo nell’ipotesi di nullità della deliberazione.

“Nel primo dei due casi suenunciati si dovrà perciò ammettere la opponibilità, a qualunque obbligazionista di una eccezione assoluta (cf. anche Salandra, *Manuale di Diritto Commerciale*, vol. II, p. 241, che fa però capo alle illiceità della causa), salvo l’azione di arricchimento spettante all’azionista nei confronti della società e, ovviamente, le azioni nei confronti dei responsabili dell’emissione.

“Più complesso è il secondo dei due casi suddistinti, nel quale può sembrare debba farsi capo a una riduzione proporzionale dell’importo di ogni obbligazione, sì da ridurre l’emissione nei limiti deliberati dall’assemblea, salve naturalmente, a tutela del portatore del titolo, le azioni suindicate” (“In tema di invalidità di deliberazioni di emissioni di obbligazioni”, cit., in *Studi in Tema di Società*, p. 321 – grifos nossos).

Finalmente, outra hipótese examinada pelo Mestre é a das ações emitidas em decorrência de aumento de capital:

“Diverso è il problema corrispondenti nei riguardi delle azioni (si faccia l’ipotesi della sottoscrizione di un aumento di capitale in relazione alla nullità o all’annullamento della relativa deliberazione). Non sembra che, nei confronti del portatore delle azioni, possano soccorrere le norme degli artt. 2.332 e 2.377, e ciò perchè l’azionista, membro della società, non può porsi nei confronti della deliberazione assembleare nella posizione di un terzo.

“Annullata o nulla la deliberazione vien meno lo stesso presupposto della creazione del titolo, perciò nullo, salva l’azione di ripetizione di quanto versato” (“Problemi in tema di titoli obbligazionari”, cit., in *Studi in Tema di Società*, p. 310, nota 29).

197. Candian, por sua vez, faz as seguintes e interessantes ponderações ao cuidar da publicidade da deliberação de nomeação dos administradores:

“– I terzi si guardino dal trattare con persone fisiche, sedicenti portatori d’organi d’una data persona giuridica, senza avere preventivamente accertato, nei modi prescritti dalla legge, la legittimazioni di costoro; ma, una volta che questa consultazione degli strumenti di pubblicità legalmente preordinati sia avvenuta, e il terzo si regoli in modo conforme ai risultati di essa, nulla di più può chiedersi al terzo; (...) per un verso, è opportuno lasciare esente il terzo dall’onere di indagine complicate e aleatorie su quella che potrei chiamare sinteticamente la legittimità degli atti di investitura (il terzo esamina i documenti di pubblicità designati dalla legge e si sta a quanto letteralmente ne risulta); per un altro verso, è opportuno lasciare esente la società da investigazioni incommode e indiscrete su quei procedimenti interni che si sono conclusi nell’atto di investitura. (...).

Dessa forma, *tratando-se de deliberações sujeitas ao controle dos órgãos públicos*,¹⁹⁸ os terceiros de boa-fé estão protegidos, em princípio, ainda nos casos de nulidade das mesmas.

Orientação diversa, contudo, tem sido adotada no Direito Italiano no que diz respeito às deliberações não sujeitas ao referido controle; aqui valeria a regra geral segundo a qual os terceiros de boa-fé não seriam atingidos apenas na hipótese de deliberações anuláveis, como expressamente dispõe o art. 2.377 do CC italiano; o mesmo não sucederia no caso de deliberações nulas.¹⁹⁹⁻²⁰⁰

“Non so se io possa tradurre tutto quanto precede, in questa formula che mi pare attraente per la sua succinta espressività (mi rettificarà il lettore se gli parrà del caso): – *quel medesimo principio che serve alla tutela della persona giuridica, costituisce anche il fondamento della sua responsabilità*” (*Nullità e Annullabilità di Delibere di Assemblea delle Società per Azioni*, cit., pp. 205-206 – último grifo do original).

198. Na Lei 6.404/1976, v. os arts. 97, 134, § 5º, e 135, § 1º, que cuidam do controle da legalidade dos atos das sociedades anônimas pelo Registro do Comércio. V., ainda, os arts. 32, I e II, e 35 da Lei 8.934, de 18.11.1994, que instituiu o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, bem como os arts. 1º, I, 2º, 32, II, “c”, “f”, “g”, “i” e “j”, e 53 do Decreto 1.800, de 30.1.1996, que regulamentou a Lei 8.934/1994. No que tange às companhias abertas tal controle é exercido, no que lhe compete, igualmente pela Comissão de Valores Mobiliários, nos termos da Lei 6.385/1976.

199. Cf.: Vaselli, *Deliberazioni Nulle e Annullabili delle Società per Azioni*, cit., p. 111; Romano-Pavoni, *Le Deliberazioni delle Assemblee delle Società*, cit., pp. 397-398 (com temperamentos); e Trimarchi, *Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., p. 249. É conveniente lembrar, contudo, que o Código Civil italiano só admite deliberações nulas por impossibilidade ou ilicitude do objeto (cf. art. 2.379).

200. Lobo Xavier, ao examinar a matéria objeto deste item, faz considerações que julgamos de toda importância transcrever aqui:

“(…) sendo a assembleia geral um órgão não predisposto, pela sua estrutura e modo de funcionamento, para entrar em contacto com terceiros, ainda nas hipóteses excepcionais em que as respectivas deliberações são susceptíveis de obter relevância jurídica externa esta supõe, de ordinário, um acto dos administradores (ou de alguém para tanto especialmente legitimado), que delas dá conhecimento aos terceiros em causa (cf., supra, nota 7 do Capítulo II). Podemos caracterizar este acto como uma *notificação*, que por vezes reveste formas especificamente previstas na lei (publicações, registo). Ora, conforme foi demonstrado entre nós por Ferrer Correia, *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, cit., ns. 28-29 – numa larga explanação, em que refuta a posição adoptada dentro deste tema por Barassi, *La Notificazione Necessaria nelle Dichiarazioni Stragiudiziali*, Roma-Milão-Nápoles, 1906, pp. 58 e ss. –, a situação do destinatário de uma notificação encontra uma tutela satisfatória nos quadros do sistema. Com efeito, se a notificação não coincide com a realidade a que respeita, e desta desarmonia não se apercebeu, sem culpa, o respectivo destinatário (cf., sobre este último ponto, Ferrer Correia, *ibidem.*, p. 91, nota ‘i’), o notificante – a sociedade, no caso que nos importa – está sujeito a uma responsabilidade, que se traduzirá

Já, o Direito Português contém norma expressa, aplicável tanto à nulidade quanto à anulabilidade, no art. 61º, n. 2, do Código das Sociedades Comerciais: “A declaração de nulidade ou a anulação não prejudica os direitos adquiridos de boa-fé por terceiros, com fundamento em actos praticados em execução da deliberação; o conhecimento da nulidade ou da anulabilidade exclui a boa-fé”.²⁰¹

Finalmente, os casos de *ineficácia* das deliberações, até por serem demasiadamente ostensivos, parece-nos devam ser naturalmente oponíveis a quaisquer terceiros, por aqueles a quem a declaração de ineficácia aproveite.

justamente em tudo se passar ‘como se o acontecimento jurídico objecto da notificação tivesse na verdade ocorrido’ (*ibidem*, pp. 95 e s.). Não cabem dúvidas de que o regime assim formulado em via geral convém exactamente à hipótese particular que nos ocupa. E, deste modo, tratando-se da notificação de uma deliberação nula, teremos que a sociedade não pode invocar esta nulidade perante o terceiro notificado que esteja de boa-fé quanto à ocorrência do vício. Isto é assim quer porque a notificação de um acto nulo deve entender-se como desarmonica com a realidade (cf. ator e ob. ult. cit., pp. 87 e s., a propósito da notificação de uma cessão inválida), quer porque o regime que vale para a notificação de um acto inexistente é aqui aplicável *a fortiori*: no caso de deliberação nula, em que ocorre uma aparência susceptível de reforçar a confiança do terceiro, não só este merece maior protecção, como ainda mais se justifica a responsabilização da sociedade notificante, que criou tal aparência (cf., a este propósito, Hueck, pp. 209 e s.; Schmidt, in Hachenburg, *GmbH-Ges.*, II, § 45, nota 13; e Baumbach-Hueck, *GmbHG*, § 47, 5), D, e *AktG*, § 241, nota 3, que, relativamente a uma hipótese particular, recorrem ao ponto de vista agora exposto)” (*Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 425-426, continuação da nota 76).

201. Francamente inaceitável nos parece ser a solução da Lei de Sociedades Comerciais francesa: “Art. 369. Ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d’une nullité à l’égard de tiers de bonne foi. Cependant, la nullité résultant de l’incapacité ou d’un vice du consentement est opposable même aux tiers, par l’incapable et ses représentants légaux, ou par l’associé dont le consentement a été surpris par erreur, dol ou violence”. Tal disposição foi reproduzida, *ipsis litteris*, no art. L. 235-12 do *Code de Commerce*.