

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA é Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo.

Lecionou Direito Comercial, Civil e Processual Civil na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Direito Comercial na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.

Conselheiro, ex-diretor cultural e atual assessor da diretoria da AASP - Associação dos Advogados de São Paulo, é advogado militante nesta Capital.

Publicou, anteriormente, por esta Editora, *Conflito de interesses nas assembléias de S.A.*

20100

## ***INVALIDADE DAS DELIBERAÇÕES DE ASSEMBLÉIA DAS S.A.***

Essa estrutura orgânica da companhia reproduz, no direito privado, a divisão de Poderes do direito constitucional, “com o consectário de sua indelegabilidade”.<sup>3</sup> Assim, da mesma forma como existem matérias de competência privativa da assembléia geral, as atribuições conferidas pela lei aos órgãos de administração ou ao conselho fiscal não podem ser outorgadas a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto (cf. arts. 139 e 163, § 7º, da Lei n. 6.404/76).

De outra parte, “se cada um desses órgãos é dotado de poder próprio, eles não se colocam no mesmo nível, mas organizam-se *hierarquicamente*. No modelo legal, é, incontestavelmente, a assembléia geral o órgão *primário*, ou *imediate*, que investe os demais, elegendo os seus membros e podendo demiti-los (Lei n. 6.404, art. 122, n. II)”<sup>4</sup>.

“O que se vem de dizer, porém”, obtempera Comparato, “*não significa que a assembléia geral se confunda com a própria sociedade. Embora órgão máximo, ela não é o organismo; e aí vai uma das dife-*

social – a família, as sociedades civis e comerciais, as corporações, os sindicatos, a comuna, a província, o próprio Estado – mas também à sua *organização* mais ou menos complexa, segundo o grupo de que se trata. *Órgão* é o indivíduo (ou grupo de indivíduos), enquanto age para o desenvolvimento de um interesse coletivo, ou seja, enquanto cumpre uma *função* do grupo (v. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, v. I, pp. 9-10, e o nosso *Conflito de Interesses nas Assembléias de S/A*, p. 18).

Nesse sentido, veja-se ainda a conceituação de Romano-Pavoni: “... per organo di una persona giuridica, si intendono quelle persone o quei gruppi di persone fisiche, che per volontà della legge sono autorizzate a manifestare la volontà dell'ente e a svolgere l'attività giuridica necessaria per il raggiungimento dei suoi scopi e per non allontanarsi dalla realtà è bene anche tener presente che ‘se è vero che in astratto l'attività dell'organo è sempre e soltanto attività della persona giuridica, è pur vero che in concreto l'attività della persona giuridica è sempre e soltanto attività dei funzionari, cioè delle persone fisiche, che rivestono la qualità di organo’.” (cf. *Le Deliberazioni delle Assemblee delle Società*, pp. 51-52; a citação feita no texto de Romano-Pavoni é de Ferri, “Eccesso di potere e tutela delle minoranze”, na *Riv. Dir. Comm.*, 1934, I, 734).

3. Comparato, ob. e loc. ult. cit.

4. Idem, ob. ult. cit., p. 17, destaques nossos. Nesse trecho, em que está invocando a lição de Pontes de Miranda, pronunciada à luz do Decreto-lei n. 2.627/40, Comparato observa que a Lei n. 6.404/76 “atenuou o princípio ao determinar que, nos casos de bipartição administrativa, a Diretoria seja nomeada pelo Conselho de Administração (Lei n. 6.404, art. 142, n. II)”, cf. ob. cit., p. 17, nota 18.

Assimilando o *acionista controlador* a um órgão da companhia, cf., outrossim, Mauro Pentead, *Aumentos...* cit., pp. 251 e 266 e o estudo intitulado “A Lei n. 9.457/97 e a Tutela dos Direitos dos Acionistas Minoritários”, na obra coletiva, organizada por Bulgarelli, intitulada *Reforma da Lei das Sociedades por Ações*, p. 69.

## Capítulo II

### ESTRUTURA E FUNÇÃO DAS ASSEMBLÉIAS DAS COMPANHIAS E DE SUAS DELIBERAÇÕES

7. Distinção entre assembléia geral e companhia. 8. Outras características estruturais da assembléia geral. 9. Espécies de assembléias. 10. Função da assembléia geral e de suas deliberações. 11. A deliberação como ato colegial. 12. A deliberação de assembléia na classificação dos atos jurídicos. 13. Classificações das deliberações. 14. As deliberações de criação e de reforma dos estatutos. 15. As deliberações de assembléia e os terceiros. Os destinatários das deliberações.

#### 7. Distinção entre assembléia geral e companhia

Segundo observa Comparato, “ao contrário do que sucede nos demais tipos societários, a economia interna da sociedade anônima não é deixada à livre decisão dos seus fundadores ou acionistas. O legislador discriminou *poderes-funções* considerados fundamentais, atribuindo-os a *órgãos* próprios, insuprimíveis e inconfundíveis: o poder-função de liberante à assembléia geral, o poder-função administrativo à diretoria, o poder-função sindicante ao conselho fiscal. A liberdade negocial dos particulares, na organização de uma companhia, é, pois, limitada pelo respeito devido a essa estrutura básica”<sup>1</sup>.

A assembléia geral constitui, assim, um dos *órgãos*<sup>2</sup> da companhia, com competência privativa para deliberar sobre determinadas matérias (cf. art. 122, da Lei n. 6.404/76).

1. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. 16, destaques nossos.

2. A noção de órgão, como se sabe, está ligada à de *interesse coletivo*, interesse que, segundo Carnelutti, explica não somente a *formação* de qualquer grupo

renças fundamentais entre o regime jurídico das anônimas e o das demais sociedades, em que falta essa estruturação orgânica".<sup>5</sup>

A sociedade (anônima), assim, como precisa Messineo, "è qualcosa di più dell'assemblea e l'assemblea è qualcosa di meno della società: non fosse altro, *perchè gli altri due organi ne sono anch'essi parte (e parte integrante)*: e da esse deriva alla società una *consistenza*, che l'assemblea non sarebbe in grado di conferirle da sola (*infra*, n. 3); anzi, uno di essi (consiglio de amministrazione, o amministratore unico) costituisce *anche* la volontà social; quanto meno, nella parte que attiene all'attività executiva e di gestione ordinaria".<sup>6</sup> A assembleia geral, isoladamente, pois, não se identifica com a companhia, que é estruturada, também, pelos demais órgãos: de administração, obrigatoriamente (art. 138 da Lei 6.404); e de fiscalização, facultativamente (art. 161).

É a companhia, outrossim, um *sujeito de direito*, sobretudo para efeitos externos; a assembleia é um sujeito para efeitos internos, sujeito num sentido *instrumental* (cf., v.g., os arts. 158, § 4º, e 163, IV, da Lei n. 6.404/76).

Por derradeiro, a sociedade *abrange todos os sócios*, não prescindindo de nenhum; a assembleia, não necessariamente,<sup>8</sup> sendo de todo excepcionais, para dar um exemplo, as assembleias "totalitárias" nas companhias abertas.

### 8. Outras características estruturais da assembleia geral<sup>9</sup>

A assembleia geral é, normalmente, um órgão *colegiado*, mas não sempre e necessariamente, na medida em que a lei admite a existência de companhia com um único sócio, seja temporariamente (art. 206, I, "d", da Lei n. 6.404/76), seja de forma permanente (na hipótese de subsidiária integral, cf. art. 251<sup>10</sup>), e, também, na medida em que basta,

5. Ob. ult. cit., p. 18, destaques nossos. Do mesmo sentir, Pontes de Miranda: "Por outro lado, embora se reconheça que a assembleia geral é o órgão máximo, é preciso que não se olvide que há a sociedade por ações, a entidade social, e a assembleia geral é órgão" (*Tratado...* cit., t. 50, § 5.319, n. 2, p. 261).

6. Cf. o estudo intitulado "Su taluni aspetti strutturali e funzionali dell'assemblea degli azionisti", in *Nuovi Studi di Diritto delle Società*, p. 215, destaque em negrito do original.

7. Idem, destaques nossos.

8. Idem, destaques nossos.

9. As considerações que se seguem no texto são baseadas, principalmente, no notável estudo de Messineo, que vimos citando.

10. Observa, a propósito, Bulgarelli, que, "no seio da organização das companhias, pode-se ver translucidamente que a Assembleia Geral, considerada na pers-

para a instalação da assembleia, e para validade de suas deliberações, a presença de um único sócio, desde que titular de ações suficientes para formação do *quorum* respectivo, de instalação ou deliberação (arts. 87, 125, 129 e § 1º, 135 e § 2º c/c 97 § 1º, e 136 e § 1º e 2º).<sup>11</sup>

Constitui particularidade da assembleia geral ser ela o único órgão que não pode ser responsabilizado *separadamente*, ao contrário do que ocorre com os órgãos de administração e fiscalização (cf. arts. 158, 159 e 165 da Lei n. 6.404/76). Vale dizer, pelas deliberações da assem-

pectiva organicista, exprime a vontade da pessoa jurídica e, por isso mesmo, certamente exerce uma função necessária e até indispensável ao funcionamento do ente; daí sua sobrevivência *mesmo nas companhias unipessoais como, por exemplo, a subsidiária integral*" (*Regime Jurídico do Conselho...* cit., pp. 179-180, destaques nossos). Anota o eminente mestre, outrossim, que a Junta Comercial do Estado de São Paulo "não concordou com a dispensa da Assembleia Geral para a escolha dos administradores de subsidiária integral, conforme parecer de sua Procuradoria Jurídica (n. 313/84)" (ob. cit., p. 180, nota 331).

Calixto Salomão Filho, em notável monografia sobre a sociedade unipessoal, afirma que, dentre os órgãos da subsidiária integral, é justamente a assembleia o que suscita maiores perplexidades. Conclui igualmente ele, entretanto, pela sua obrigatoriedade, de acordo com a seguinte argumentação: "Na legislação brasileira, inexistente qualquer regra específica para a Assembleia Geral da sociedade unipessoal. A interpretação sistemática da lei fornece argumentos para sustentar sua obrigatoriedade. Diferentemente do disposto no Decreto-lei n. 2.627, que definia a Assembleia Geral como a 'reunião dos acionistas' (art. 86), a lei atual define a Assembleia Geral *apenas pelo seu objeto* (arts. 121-122). A passagem de uma definição do tipo *subjetiva* e baseada na pluralidade de sujeitos a uma definição *objetiva* facilita o reconhecimento de sua obrigatoriedade mesmo na sociedade unipessoal" (cf. *Sociedade Unipessoal*, pp. 223-224, destaques nossos). Ressalta o ilustre monografista, outrossim, a advertência de Teixeira e Guerreiro, no sentido de que, tendo em vista a afirmação contida na própria Exposição de Motivos, segundo a qual procurou-se manter sempre que possível a redação original do Decreto-lei n. 2.627/40, deve-se presumir que as alterações introduzidas na Lei n. 6.404/76 foram intencionais (p. 224, nota 118).

11. Teoricamente, aliás, como observa Comparato, "um só acionista, detentor de uma única ação, pode constituir a assembleia". Afirma, ainda, o eminente mestre, "que a hipótese, aliás, nada tem de irreal; ela ocorreu efetivamente na França, e foi reconhecida como legal pelo Poder Judiciário" (cf. *O Poder...* cit., p. 49).

Isso pode ocorrer porque, em segunda convocação, a assembleia se instala com qualquer número, nos termos do art. 125, *caput*, da Lei n. 6.404/76. Mas a razão última dessa possibilidade, segundo anota Comparato em outra obra, reside em que "as companhias são sociedades *sui generis*, pois exigem não a pluralidade de homens, e sim a de ações, como partes iguais do capital social. Nesse sentido, constituem elas o protótipo das sociedades capitalistas" (cf. estudo intitulado "Correção monetária do capital social e distribuição de ações bonificadas", in *Direito Empresarial, Estudos e Pareceres*, p. 136; destaques nossos).

bléia responde a *companhia*<sup>12</sup> (ou até o *acionista controlador*, quando abusar de seu poder nas assembleias,<sup>13</sup> mas não o *órgão assemblear* em si).

A assembleia geral, apesar de ter, na curiosa formulação de Messineo, uma “incarnazione intermittente”, possui, contudo, *existência material efêmera*: limita-se ao espaço de tempo no qual os acionistas nela se reúnem, discutindo e deliberando. Fora desses momentos, é um *órgão quiescente*,<sup>14</sup> devendo ser convocada, na forma da lei (arts. 123, 124 e 294, I, da Lei n. 6.404/76<sup>15</sup>), para poder atuar, salvo na hipótese de assembleia “totalitária”, que dispensa as formalidades previstas em lei para a convocação (art. 124, § 4º). Exaurida que seja, a assembleia retorna ao estado de quiescência, até a próxima convocação e constituição. Tem a assembleia, pois, incontestável *realidade jurídica*, embora seja privada de existência material permanente.<sup>16</sup> Essa existência material coincide apenas com os períodos de seu efetivo funcionamento, exercendo referido *órgão*, assim, uma *atividade saltuária*.<sup>17</sup>

Outra característica da assembleia geral consiste naquilo que Messineo denomina de “variabilità del substrato personale”, ou seja, na *mutabilidade de sua composição*, dada a *ambulatoriedade* dos sócios. As assembleias podem ser diversamente compostas, caso por caso, sem

12. Messineo: “... l'assemblea, come tale, è irresponsabile verso chi che sia”, ob. cit., pp. 219-220 e também p. 214. V., ainda, Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., t. 50, § 5.315, n. 3, p. 256.

13. Arnoldo Wald, no estudo intitulado “Da irresponsabilidade da sociedade anônima por decisões nulas ou abusivas da assembleia geral”, in *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, 2ª Série, pp. 303 e ss., propõe, nas hipóteses enfocadas, “a responsabilidade da diretoria que cumpriu a deliberação da maioria ou dos acionistas que votaram a favor da decisão ilegal ou irregular”.

14. Messineo, ob. cit., p. 215.

15. É discutível a possibilidade de a assembleia geral poder autoconvocar-se. Carvalhosa, citando as opiniões convergentes de Valverde e Cunha Peixoto, entende que, mesmo na falta de previsão legal, essa possibilidade deve ser admitida, dado que, “se é possível ao acionista com 5% do capital social requerer e convocar o conclave, seria inadmissível vedar à própria assembleia, que é *órgão da companhia*, autoconvocar-se” (cf. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 2, p. 546). No mesmo sentido, Sampaio de Lacerda, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 3, pp. 45-46.

16. Nessa mesma linha, ressalta Bulgarelli, com poesia, que a assembleia é um *órgão momentâneo na sua afirmação concreta*, embora permanente na sua *conformação teórica*...” (cf. o parecer “Deliberar não deliberar é deliberar?”, in *Questões de Direito Societário*, p. 89).

17. Messineo, ob. cit., pp. 215-216.

necessidade de que a elas compareçam todos os sócios, ou ainda de que compareçam os mesmos sócios em umas e outras, o que ocorre em virtude das sucessivas modificações no quadro social. A composição do conclave, pois, está sujeita a renovar-se, com possibilidade, inclusive, de vir a tornar-se completamente diversa da original. Tal característica da assembleia decorre, antes de tudo, de uma exigência prática, facilmente perceptível: se se exigisse a presença dos mesmos participantes do conclave original, condenar-se-ia o *órgão à inatividade*.<sup>18</sup>

A assembleia geral, portanto, sobre ter um funcionamento saltuário, é *instável* na sua estrutura. Essa instabilidade, nada obstante, não a priva de *identidade*, sob o aspecto jurídico. É a assembleia, desse modo, no dizer do ilustre jurista que vimos citando, *altera et una*: *altera* porque, na maioria dos casos, não é igual a si mesma, quanto à sua composição; *una* porque o complexo dos sócios que, em determinado momento, a compõem, uma vez tendo sido respeitadas as formalidades legais (convocação, *quorum* de instalação etc.), corresponde à *noção jurídica* de assembleia, independentemente de quem sejam, em concreto, os seus participantes. Em suma, examinada do lado *externo*, a assembleia é sempre uma e igual a si mesma, dado que, em senso técnico, é sempre assembleia, sem embargo de poder apresentar uma composição diversa, com relação aos conclaves precedentes.<sup>19</sup>

Do fato de ser *órgão interno* da companhia, decorre ainda a peculiaridade de a “vida de relações” da assembleia concretizar-se exclusivamente em relações que Messineo denomina de *endo-assembleares*, ou seja, que não se projetam externamente, perante terceiros. Na verdade, assevera o mestre, “nessum terzo è nella possibilità di instaurare alcun contatto con l'assemblea: egli deve rivolgersi alla società imperpersonalmente e, per essa, all'organo amministrativo, *il quale è qualcosa di più che un diaframma tra l'assemblea e il terzo*; è, anzi, in quanto rappresentante della società, *il vero tramite tra quello e questa*”.<sup>20</sup>

18. Messineo, ob. cit., pp. 216-217. Sobre a aludida exigência, como justificativa do princípio majoritário, v. Trimarchi, *Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, p. 15.

19. Idem, pp. 217-218. Invocando essa lição de Messineo, e salientando a “diferenciação ontológica entre o *órgão* (com suas respectivas função e estatuto), dotado de realidade jurídica permanente, e as reuniões de acionistas, que evidenciam o seu funcionamento”, v. Guerreiro, em comentário a acórdão na RDM 47/63-65.

20. Ob. cit., pp. 218-219, destaques nossos. Pontes de Miranda, embora concordando em que a assembleia seja *órgão interno*, e que, “em princípio não figura em contacto com terceiros”, faz a seguinte ressalva: “Todavia, seria de repelir-se a opinião que vedava à assembleia geral qualquer função direta com o público e qualquer intervenção administrativa. Por exemplo: se estão vagos todos os cargos da

Mesmo os sócios, segundo o grande jurista, só têm relações com a assembléia no momento em que ela está reunida, exaurindo-se quando a mesma se dissolve; posteriormente, tais relações podem continuar, mas com os administradores, enquanto executores das deliberações tomadas no conclave.<sup>21</sup>

O mesmo se diga das relações entre a assembléia e os administradores ou os conselheiros fiscais; somente durante a reunião estes podem entrar em relações com o órgão assemblear,<sup>22</sup> nada obstante sejam os primeiros, os que, precipuamente, têm o poder de convocá-la (art. 123 da Lei n. 6.404/76), sendo, ademais, os executores de suas deliberações.

A atividade da assembléia, como é sabido, se desenvolve durante as reuniões dos acionistas, nas quais ocorrem *debates* e podem ser tomadas *deliberações*.<sup>23</sup> Nas deliberações se manifesta a vontade dos votantes, que se identifica, observados o *quorum* e forma legais, com a *vontade social*.<sup>24</sup>

Delineiam-se no curso das assembléias; outrossim, as entidades conhecidas como *maioria* e *minoría*,<sup>25</sup> podendo configurar-se, ainda,

Diretoria, ou se só resta um diretor, e há urgência no ato (Cesare Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, II, 5ª ed., 216; Vittorio Salandra, *Manuale di Diritto Commerciale*, I, 251; Giuseppe Valeri, *Manuale di Diritto Commerciale*, I, 2ª ed., 142)", cf. ob. ult. cit., p. 260.

Mas, na hipótese de ficarem vagos todos os cargos administrativos, o § 2º, do art. 150, da Lei n. 6.404/76, determina que o "o representante do maior número de ações" pratique, até a realização da assembléia, "os atos urgentes de administração da companhia". Sobre as perplexidades trazidas por essa norma, v. Teixeira e Guerreiro, ob. cit., 2ª vol., p. 464.

V., outrossim, o item 13 infra.

21. Messineo, ob. cit., p. 219.

22. Idem.

23. "Deliberação" é aqui tomada, pois, no sentido forte de *decisão*, de *resolução*, tal como consta do art. 129, *caput*, da Lei n. 6.404. Tal esclarecimento se faz necessário, pois deliberação também tem o significado de discussão, de debate (cf. mestre Aurélio, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1ª ed., 3ª impressão, 1975: "1. Ação de deliberar; discussão para se estudar ou resolver um assunto, ou tomar uma decisão: *O conselho está em deliberação*. 2. Exame interior; reflexão, meditação. 3. Resolução, decisão: *tomar uma deliberação*. 4. Capacidade de resolver, decidir, deliberar; decisão, resolução: *Resolvem tudo por ele: não tem deliberação*").

Dominique Schmidt, *Le Droits de la Minorité dans la Société Anonyme*, p. 76, nota 2, salienta a mesma ambigüidade de sentido da palavra "délibération" em francês, utilizando-a em sua obra, no entanto, com o significado oposto, "de discussion préalable à la résolution".

24. Messineo, ob. cit., p. 220.

25. Sobre o conceito de minoria, v., por todos, Bulgarelli, *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A*, ns. 2 a 6, pp. 33-41. Após analisar as diversas opi-

pela "permanência", um dos requisitos para a caracterização do acionista controlador.<sup>26</sup>

Para finalizar, resta chamar atenção para a diferença e para a semelhança entre a assembléia de constituição da companhia (quando esta é constituída por assembléia, cf. arts. 86 e 87, da Lei n. 6.404/76) – também denominada de assembléia dos subscritores – e as demais assembléias, realizadas durante a vida da companhia, tal como o faz Pontes de Miranda: "A assembléia geral, após o ato constitutivo, é assembléia geral de acionistas. O que mudou foi a *situação dos membros da assembléia geral*: antes apenas haviam subscrito; agora, são acionistas. Ela – a assembléia geral – é, conceptualmente, a mesma, o mesmo órgão, que era órgão de nascitura, e agora órgão de entidade nascida".<sup>27</sup>

### 9. Espécies de assembléias

As assembléias gerais se dividem, praticamente em todas as legislações, em assembléias *ordinárias* e assembléias *extraordinárias*. A diferenciação entre essas assembléias é feita, ora *ratione materiae*, ora *ratione temporis*.<sup>28</sup>

Em tais situações, o ilustre mestre termina por acatar a noção, proposta por Dominique Schmidt, de que "a minoria é o acionista ou conjunto de acionistas que, na Assembléia Geral, detém uma participação em capital inferior àquela de um grupo oposto", acrescentando ainda: "Trata-se, portanto, reitera-se, de uma *posição do acionista*, na situação jurídica existente no seio da sociedade anônima, a qual corresponde uma outra que é a de maioria, o que afasta certas noções ousadas ou mal formuladas" (p. 41).

26. O art. 116, alínea "a", da Lei n. 6.404/76, define como um dos requisitos para a caracterização do acionista controlador, o de ser "titular de direitos de sócio que lhe assegurem, *de modo permanente*, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia". Essa "permanência" é entendida, pela Resolução n. 401, de 22.12.76, do Conselho Monetário Nacional, endereçada às companhias abertas, como "a maioria absoluta dos votos nas três últimas assembléias gerais da companhia" (item IV).

O controle, porém, só se consubstancia se também ocorrer o requisito da alínea "b" do art. 116, vale dizer, o seu *efetivo exercício* (cf. Leães, no parecer intitulado "Poder de Controle", in *Estudos e Pareceres* cit., pp. 278-279). Pontes de Miranda, aliás, já advertia: "Não se há de confundir com o controle efetivo a possibilidade de controle" (*Tratado...* cit., t. 51, § 5.377, n. 1, p. 195). Mas o conceito de controle efetivo comporta nuances (cf. Mauro Penteado, "A Lei 9.457/97...", in *Reforma da Lei...* cit., pp. 70-72).

27. *Tratado* cit., t. 50, § 5.319, n. 2, p. 262, último destaque nosso.

28. Carvalhosa, *Comentários...* cit., v. 2, p. 646.

Segundo Carvalhosa, o regime distintivo adotado pela Lei n. 6.404/76, no tocante às mencionadas espécies, dá-se em razão da *matéria* e não em função da época em que se realizam. A assembléia será ordinária quando tiver por objeto as matérias previstas no art. 132 e extraordinária nos demais casos.<sup>29</sup>

Além das assembléias gerais dos acionistas, há também, como vimos mais acima, as *assembléias dos subscritores* (arts. 86 e 87 da Lei n. 6.404), que não são acionistas ainda, pois a companhia não está constituída.

Existem, outrossim, *assembléias especiais de acionistas*, que são convocadas para deliberar sobre questões que afetam direitos de determinadas classes ou espécies de ações (arts. 16, parágrafo único, 18, parágrafo único, e 136, I, II e §§, da Lei n. 6.404). As assembléias especiais, portanto, são restritas aos acionistas titulares das mencionadas ações, objetivando a proteção dos direitos que lhes são inerentes, previstos no estatuto, e cuja reforma, proposta na *assembléia geral dos acionistas*, pode atingi-los.<sup>30</sup>

Finalmente, há ainda as *assembléias de não-acionistas*, compostas por pessoas que têm interesses patrimoniais na companhia, não representados por ações, como os titulares de debêntures e de partes beneficiárias, aos quais são atribuídos poderes de decisão colegiada op-níveis à própria assembléia geral dos acionistas (arts. 51 e 71 da Lei n. 6.404). As assembléias de não-acionistas têm o mesmo objetivo das assembléias especiais.<sup>31</sup>

A todas essas assembléias se aplicam, *mutatis mutandis*, os mesmos princípios e formalidades das assembléias gerais de acionistas (arts. 86, 87, 136 § 1º, 51 e §§ 1º e 2º, e 71 § 2º, da Lei n. 6.404).

29. Ob. ult. cit., p. 645. No mesmo sentido, Teixeira e Guerreiro (*Das Sociedades Anônimas...* cit., v. 1, pp. 385 e 407).

Mas o entendimento da Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) e da jurisprudência tem sido o de que, não se realizando a assembléia geral ordinária no prazo previsto no art. 132, suas matérias somente poderão ser apreciadas em assembléia geral extraordinária (cf. julgado da 4ª Câmara Civil do TJSP, relatado pelo Des. Lobo Júnior, proferido em recurso *ex officio* de sentença que concedera mandado de segurança contra ato do Vice-Presidente da JUCESP, in *RT* 685/85).

30. Carvalhosa, ob. ult. cit., p. 648. O ilustre comentador de nossa Lei de S/A dá, ainda, como exemplo de assembléia especial de acionistas aquela convocada com o propósito específico de instalação do conselho fiscal, nos termos do art. 123, letra "d", da Lei n. 6.404 (ob. cit., p. 646).

Sobre as assembléias especiais de acionistas, cf. o clássico de Ariberto Mig-noli, *Le Assemblée Speciali*.

31. Carvalhosa, ob. ult. cit., p. 648.

## 10. Função da assembléia geral e de suas deliberações

A assembléia geral, consoante se ressaltou no início do item 7 deste capítulo, é o órgão da companhia ao qual a lei atribui o poder-função *deliberante*: "A assembléia geral, convocada de acordo com a lei e o estatuto, tem poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento", diz o art. 121 da Lei n. 6.404/76.

De outra parte, o exercício desse poder-função está sujeito a um determinado *procedimento*, minuciosamente regulado pela lei, consistente na prévia convocação da assembléia, com indicação da ordem do dia a ser discutida, e no cumprimento de uma série de formalidades durante o conclave (cf., basicamente, arts. 86, 87, e 123 a 136, da Lei n. 6.404/76).

Tal procedimento, denominado na doutrina italiana de *método assemblear*, destina-se a possibilitar o *contraditório*, funcionando, assim, como uma forma de proteção à minoria, conforme ressalta Galgano: "Il metodo assembleare opera come strumento di protezione delle minoranze: permette loro di essere previamente informate dell'oggetto delle deliberazioni, di partecipare ad una discussione que preceda la votazione e nel corso della quale difendere, *in contraddittorio con la maggioranza*, il proprio punto di vista".<sup>32</sup>

Exatamente em razão dessa finalidade, o método assemblear constitui *condição de validade das deliberações*: "Ma la deliberazione, per quanto presa in una assemblea regolarmente convocata e nel contraddittorio fra maggioranza e minoranza, resta pur sempre volontà della maggioranza, vincolante anche per la minoranza. *Il metodo assembleare è condizione di validità della deliberazione*: le deliberazioni della maggioranza vincolano, a norma dell'art. 2377, comma 1º, i soci assenti o dissenzienti *solo se 'prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo'*; si colloca fra le norme que regolano il procedimento assembleare di formazione delle deliberazioni".<sup>33</sup>

32. *Il Negozio* cit., p. 220, destaques nossos. Bulgarelli também liga a disciplina de formação e funcionamento da assembléia geral à proteção da minoria (cf. *Regime Jurídico de Proteção às Minorias...* cit., p. 134).

Não se há de esquecer que, mesmo aos acionistas *sem direito de voto*, é assegurada a prerrogativa de participar dos debates, segundo dispõe o parágrafo único, do art. 125, da Lei n. 6.404/76, o que acentua ainda mais a importância que a lei empresta ao "contraditório assemblear".

33. Galgano, ob. e loc. ult. cit., destaques nossos.

Nossa lei condiciona, também, a validade das deliberações à regular convocação e instalação da assembléia, bem como à observância das disposições legais e estatutárias (arts. 121 e 286 da Lei n. 6.404/76).

A idéia fundamental de *procedimento*, como condição de validade das deliberações coletivas, é igualmente enfatizada por Bulhões Pedreira, co-autor do anteprojeto que se transformou na Lei n. 6.404: “O processo de deliberação coletiva pressupõe – por natureza – um grupo de pessoas e um *procedimento* que organize em ato coletivo os atos de vontade dessas pessoas. *O efeito desse procedimento é a formação da vontade social do grupo* – expressão que não significa vontade de um ser substancial distinto dos membros do grupo social, mas conjunto organizado de atos de vontade dos membros do grupo. O que distingue o agregado de atos individuais de vontade da deliberação coletiva é que nesta os atos individuais são organizados *por efeito do procedimento de formação da vontade social*”.<sup>34</sup>

A seguir, Bulhões Pedreira dá exemplo altamente expressivo da necessidade de um procedimento para regular formação da deliberação coletiva: “Assim, por exemplo, se um pesquisador de opiniões pergunta a todos os sócios de sociedade qual deva ser a decisão social sobre determinada questão, o conjunto das respostas que recebe é um agregado de atos individuais, não uma deliberação coletiva: ainda que todos se manifestem no mesmo sentido, essas manifestações não expressam a vontade social – *não são imputáveis ao grupo, como um todo*. Para que exista deliberação social é necessário que os sócios se manifestem sobre proposta de deliberação na qualidade de membros do grupo e com o fim de definir a vontade social, *o que pressupõe um procedimento que organize seus atos*. Esse procedimento precisa compreender ao menos: (a) a comunicação a todos os sócios da instauração do processo de deliberação e da proposta a ser votada; (b) a manifestação dos sócios sobre a proposta com o fim de formar a vontade social; e (c) a coleta dos votos e proclamação da deliberação social”.<sup>35</sup>

34. Cf. parecer intitulado “Deliberação de sócios quotistas de transformar Ltda. em S.A.”, in *A Lei das S.A.*, p. 656; destaques nossos. Leães também ressalta o fato de ser a deliberação um “ato complexo ou procedimental”, no parecer “Vícios...”, in *Estudos...* cit., p. 164.

35. Idem, destaques nossos. Carvalhosa salienta, igualmente, que a assembléia geral não é uma “mera consulta aos acionistas, como ocorre com o voto por correspondência”, mas “o instrumento eficaz que tem o acionista de confrontar suas opiniões com a dos demais ... Diferentemente, portanto, do voto por consulta, que isola os acionistas, a deliberação em assembléia geral os reúne para formar a vontade coletiva” (cf. *Comentários...* cit., v. 3, p. 509).

Mas há outra razão, mais profunda ainda, a impor a obrigatoriedade do “método assemblear”, com regular convocação do conclave e possibilidade de participação dos sócios: trata-se de que, por força do *princípio majoritário* (consagrado no art. 129, da Lei n. 6.404/76),<sup>36</sup> as deliberações tomadas na assembléia *vinculam todos os acionistas*, mesmo que dissidentes ou ausentes.<sup>37</sup> Ora, como obtempera Comparato, “seria, com efeito, *aberrante* que todos os componentes do *collegium* (ou a pessoa jurídica na qual este se insere como órgão) *ficassem vinculados por declarações coletivas de vontade às quais não tiveram acesso*”.<sup>38</sup>

36. E cujo fundamento, como bem lembra Ascarelli, não é o de que a *major pars* se confunda com a *melior pars*, mas sim o da “naturale attribuzione di maggior potere a chi più rischia, sì che, nel contrasto tra diverse valutazioni, prevale quella di quanti hanno una maggiore partecipazione; questo parallelismo spiega poi il perché per le modificazioni statutarie e poi per alcune tra queste (art. 2.369) si richieda una maggioranza qualificata (o poi, vedremo – *infra* nota 5 – addirittura l’unanimità); la gravità della decisione e cioè la portata del potere così esercitato in detti casi rende naturale il richiedere che la decisione sia sorretta da chi corre un rischio particolare” (“L’Interesse...”, in *Rivista...* cit., p. 100, nota 1).

Sobre a formação histórica do princípio majoritário, v. a notável conferência de Otto von Gierke, publicada em Londres, em 1913, traduzida na *Rivista delle Società*, v. 6, 1961, pp. 1.103-1.120, sob o título “Sulla storia del principio di maggioranza”.

37. Para Dominique Schmidt, esse efeito vinculante se justifica em face da *solidariedade de interesses* entre os acionistas:

“La solidarité des intérêts a été voulue par les associés dès leur entrée dans la société: elle motive leur souscription et justifie l’institution du gouvernement majoritaire en ce qu’elle exprime simultanément que chacun des associés recherche un gain par l’union avec d’autres associés, et que ce gain doit résulter d’un enrichissement collectif.

C’est ce enrichissement qui est l’élément prépondérant, qui stimule les adhésions, et non telle décision du groupe dirigeant à laquelle la minorité s’est opposée. L’adhésion minoritaire porte alors non sur la résolution majoritaire, *mais sur la volonté de continuer à courir le risque social malgré la résolution majoritaire*; cette volonté, qui n’est autre que l’*affectio societatis*, donne à l’effet obligatoire de l’acte majoritaire son plein fondement” (ob. cit., p. 132, destaques nossos).

Mais adiante, todavia, em nota de pé de página, o lúcido mestre francês obtempera: “(3) On ne peut dissimuler que cette thèse, recherchant dans l’adhésion de la minorité le fondement de l’effet obligatoire de la résolution majoritaire, ne peut être acceptée que si la minorité dispose réellement d’un choix entre l’adhésion sans réserves, la résistance au pouvoir majoritaire par l’exercice des droits de contrôle, et la liberté de sortir de la société” (p. 133).

38. Cf. parecer intitulado “Eleição de diretores em companhia aberta. Validade e eficácia de reuniões do conselho de administração de sociedade anônima. ‘Quorum’ deliberativo em assembléias gerais de companhia aberta”, in *Direito Empresarial...* cit., p. 185; destaques nossos.



A assembléia geral, portanto, tem precípua função deliberante,<sup>39</sup> mas esta deve ser exercida mediante *procedimento* que assegure a possibilidade do *contraditório*, ou seja, da participação de todos os acionistas na reunião e no debate sobre as matérias submetidas à deliberação. Somente assim, esta poderá vir a constituir expressão da assim chamada “vontade social”.<sup>40</sup> Fora disso, haverá *disfunção* do órgão.

Urge salientar, por derradeiro, que, por meio das deliberações, a assembléia geral faz *integrar ou modificar o contrato de sociedade*,<sup>41</sup> consoante esclarece, superiormente, Trimarchi: “Quale sia lo scopo sociale, e come occorra agire per realizzarlo, viene stabilito dai soci. Come? Innanzi tutto con il negozio costitutivo della società, che vincola i soggetti fra i quali è stato stipulato e coloro che, più tardi, attraverso l’acquisto di azioni, vi aderiscono. *Ma la società è destinata a durare nel tempo, e la sua azione si deve adeguare alle circostanze variabili del mercato e della tecnica: è impossibile per i soci dettare fin dall’inizio le norme specifiche que regolano l’attività sociale.* Perciò, l’atto costitutivo non può esaurire la disciplina sociale, ma si limita a dettare alcune norme generali che costituiscono i principi direttivi

Carvalhosa lembra, a propósito, “que a intervenção da minoria no conclave, ao invés de representar contestação ao princípio majoritário, completa-o e o *legitima*” (*Comentários... cit.*, v. 2, p. 513).

É nessa linha, também, a opinião de Dominique Schmidt, ao examinar os dispositivos da Lei de Sociedades Comerciais Francesa que sancionam as irregularidades que impedem a regular participação de todos os acionistas na assembléia:

“C’est édicter, sans équivoque, qu’il n’y a pas d’assemblées des actionnaires sans intervention de la minorité, de même qu’il n’y a pas de pouvoir majoritaire sans la concurrence de l’action minoritaire. L’intervention minoritaire donne en effet à la délibération son sens plein e entier de confrontation d’opinions entre actionnaires, et l’on ne saurait limiter ou brider la minorité dans l’exercice de ses droits sans affecter la volonté sociale dans la même mesure” (ob. cit., p. 121).

39. Carvalhosa acrescenta, além dessa, a função de “verificação da legalidade dos órgãos de administração social” (*Comentários... cit.*, v. 2, p. 511). O art. 122, inciso III, da Lei n. 6.404/76, com efeito, determina, por exemplo, competir privativamente à assembléia geral, o poder de “tomar, anualmente, as contas dos administradores”.

40. Se isenta de outros vícios e tomada nos limites do *objeto da companhia* (cf. Bulgarelli, “A teoria ‘ultra vires societatis’ perante a Lei das Sociedades por Ações”, in *RDM*, 39/111-124) e de acordo com o *interesse desta* (cf., a respeito, nosso *Conflito... cit.*, pp. 57-67).

41. Pode, também, obviamente, dissolvê-lo, nos termos do inciso VIII, do art. 122, da Lei n. 6.404/76. Sobre os limites desse poder, *de lege lata e de lege ferenda*, v. as percutientes considerações de Mauro Penteadó in *Dissolução e Liquidação de Sociedades*, ns. 69 e 70, pp. 169-178.

entro il cui ambito si deve procedere per l’avvenire; esso richiede dunque una *integrazione*, e a questo scopo è istituito il procedimento della deliberazione assembleare. Ma vi è di più: il mutare delle condizioni obbiettive può rendere utile, o addirittura necessaria, pena l’insuccesso, *la modificazione di quegli stessi principi fondamentali che sono contenuti nell’atto costitutivo e nello statuto*: anche a ciò se può provvedere, entro i limiti che vedremo, con una deliberazione di assemblea”.<sup>42</sup>

## II. A deliberação como ato colegial

A doutrina tem se inclinado no sentido de caracterizar as deliberações de assembléias como *atos coletivos* (mais propriamente, na hipótese das companhias, *atos colegiais*, como se precisará um pouco adiante), justamente para diferenciá-las dos *contratos*, “em que as partes somente se vinculam nos termos de suas respectivas declarações”.<sup>43</sup> É que, como se viu, as deliberações vinculam todos os membros, *ainda que dissidentes ou ausentes*.

Ouçá-se, por exemplo, o magistério de Pontes de Miranda: “A deliberação da assembléia é ato coletivo, criativo, ou autorizativo, ou aprovativo (inclusive ratificativo). Não se trata de contrato: falta-lhe o consentimento de todos os figurantes (membros presentes), ou, pelo menos, tal consentimento é acidental; não há troca de manifestações de vontade, há *convergência de*, pelo menos, maioria delas; os votantes podem ignorar como votam os outros; não importa se alguns membros não comparecem, ou se ausentam antes da votação, ou votam em branco, ou deixam, por sua vontade, de votar. Trata-se de ato coletivo (*Gesamtakt*), a despeito dos argumentos de A. von Tuhr (*Der Allgemeine Teil*, I, 515), que parte de conceito, *só exterior*, de ato coletivo. Repele a concepção da deliberação-contrato a doutrina quase unânime”.<sup>44</sup>

42. Ob. cit., pp. 14-15, destaques nossos. Para Trimarchi, a *causa* das deliberações é, justamente, “la attuazione del contratto di società” (p. 56). Também Galgano classifica as deliberações assembleares como atos unilaterais *atuativos* de preexistentes relações entre as partes, ou *modificativos* dessas relações (*Il Negozio... cit.*, pp. 198-199). Em outra obra, Galgano já observara, a propósito das relações entre os órgãos da sociedade anônima, que “il rapporto nel quale questi organi si pongono rispetto al contratto di società per azioni può essere definito sulla scorta di una norma sui contratti in generale (art. 1332): *essi sono gli ‘organi costituiti per l’attuazione del contratto’*.” (*La società per azioni*, p. 197, destaques nossos).

43. Comparato, “Eleição de diretores...”, in *Direito Empresarial* cit., p. 184, nota 2, invocando os ensinamentos de Karl Larenz e Dieter Schwab.

44. *Tratado... cit.*, t. 1, § 90, n. 3, p. 384; o primeiro destaque é nosso. Mas, em outro volume, Pontes de Miranda precisa que “o ato criativo, constitutivo (De-



A assembléia geral, portanto, tem precípua função deliberante,<sup>39</sup> mas esta deve ser exercida mediante *procedimento* que assegure a possibilidade do *contraditório*, ou seja, da participação de todos os acionistas na reunião e no debate sobre as matérias submetidas à deliberação. Somente assim, esta poderá vir a constituir expressão da assim chamada “vontade social”.<sup>40</sup> Fora disso, haverá *disfunção* do órgão.

Urge salientar, por derradeiro, que, por meio das deliberações, a assembléia geral faz *integrar ou modificar o contrato de sociedade*,<sup>41</sup> consoante esclarece, superiormente, Trimarchi: “Quale sia lo scopo sociale, e come occorra agire per realizzarlo, viene stabilito dai soci. Come? Innanzi tutto con il negozio costitutivo della società, che vincola i soggetti fra i quali è stato stipulato e coloro che, più tardi, attraverso l’acquisto di azioni, vi aderiscono. *Ma la società è destinata a durare nel tempo, e la sua azione si deve adeguare alle circostanze variabili del mercato e della tecnica: è impossibile per i soci dettare fin dall’inizio le norme specifiche que regolano l’attività sociale.* Per ciò, l’atto costitutivo non può esaurire la disciplina sociale, ma si limita a dettare alcune norme generali che costituiscono i principi direttivi

Carvalhosa lembra, a propósito, “que a intervenção da minoria no conclave, ao invés de representar contestação ao princípio majoritário, completa-o e o *legítima*” (*Comentários... cit.*, v. 2, p. 513).

É nessa linha, também, a opinião de Dominique Schmidt, ao examinar os dispositivos da Lei de Sociedades Comerciais Francesa que sancionam as irregularidades que impedem a regular participação de todos os acionistas na assembléia:

“C’est édicter, sans équivoque, qu’il n’y a pas d’assemblées des actionnaires sans intervention de la minorité, de même qu’il n’y a pas de pouvoir majoritaire sans la concurrence de l’action minoritaire. L’intervention minoritaire donne en effet à la délibération son sens plein e entier de confrontation d’opinions entre actionnaires, et l’on ne saurait limiter ou brider la minorité dans l’exercice de ses droits sans affecter la volonté sociale dans la même mesure” (ob. cit., p. 121).

39. Carvalhosa acrescenta, além dessa, a função de “verificação da legalidade dos órgãos de administração social” (*Comentários... cit.*, v. 2, p. 511). O art. 122, inciso III, da Lei n. 6.404/76, com efeito, determina, por exemplo, competir privativamente à assembléia geral, o poder de “tomar, anualmente, as contas dos administradores”.

40. Se isenta de outros vícios e tomada nos limites do *objeto da companhia* (cf. Bulgarelli, “A teoria ‘ultra vires societatis’ perante a Lei das Sociedades por Ações”, in *RDM*, 39/111-124) e de acordo com o *interesse desta* (cf., a respeito, nosso *Conflito... cit.*, pp. 57-67).

41. Pode, também, obviamente, dissolvê-lo, nos termos do inciso VIII, do art. 122, da Lei n. 6.404/76. Sobre os limites desse poder, *de lege lata e de lege ferenda*, v. as percucientes considerações de Mauro Penteadó in *Dissolução e Liquidação de Sociedades*, ns. 69 e 70, pp. 169-178.

entro il cui ambito si deve procedere per l’avvenire; esso richiede dunque una *integrazione*, e a questo scopo è istituito il procedimento della deliberazione assembleare. Ma vi è di più: il mutare delle condizioni obbiettive può rendere utile, o addirittura necessaria, pena l’insuccesso, *la modificazione di quegli stessi principi fondamentali che sono contenuti nell’atto costitutivo e nello statuto*: anche a ciò se può provvedere, entro i limiti che vedremo, con una deliberazione di assemblea”.<sup>42</sup>

## II. A deliberação como ato colegial

A doutrina tem se inclinado no sentido de caracterizar as deliberações de assembléias como *atos coletivos* (mais propriamente, na hipótese das companhias, *atos colegiais*, como se precisará um pouco adiante), justamente para diferenciá-las dos *contratos*, “em que as partes somente se vinculam nos termos de suas respectivas declarações”.<sup>43</sup> É que, como se viu, as deliberações vinculam todos os membros, *ainda que dissidentes ou ausentes*.

Ouçá-se, por exemplo, o magistério de Pontes de Miranda: “A deliberação da assembléia é ato coletivo, criativo, ou autorizativo, ou aprovativo (inclusive ratificativo). Não se trata de contrato: falta-lhe o consentimento de todos os figurantes (membros presentes), ou, pelo menos, tal consentimento é acidental; não há troca de manifestações de vontade, há *convergência de*, pelo menos, maioria delas; os votantes podem ignorar como votam os outros; não importa se alguns membros não comparecem, ou se ausentam antes da votação, ou votam em branco, ou deixam, por sua vontade, de votar. Trata-se de ato coletivo (*Gesamtakt*), a despeito dos argumentos de A. von Tuhr (*Der Allgemeine Teil*, I, 515), que parte de conceito, *só exterior*, de ato coletivo. Repele a concepção da deliberação-contrato a doutrina quase unânime”.<sup>44</sup>

42. Ob. cit., pp. 14-15, destaques nossos. Para Trimarchi, a *causa* das deliberações é, justamente, “la attuazione del contratto di società” (p. 56). Também Galgano classifica as deliberações assembleares como atos unilaterais *atuativos* de pre-existentes relações entre as partes, ou *modificativos* dessas relações (*Il Negozio... cit.*, pp. 198-199). Em outra obra, Galgano já observara, a propósito das relações entre os órgãos da sociedade anônima, que “il rapporto nel quale questi organi si pongono rispetto al contratto di società per azioni può essere definito sulla scorta di una norma sui contratti in generale (art. 1332): *essi sono gli ‘organi costituiti per l’attuazione del contratto’*.” (*La società per azioni*, p. 197, destaques nossos).

43. Comparato, “Eleição de diretores...”, in *Direito Empresarial cit.*, p. 184, nota 2, invocando os ensinamentos de Karl Larenz e Dieter Schwab.

44. *Tratado... cit.*, t. 1, § 90, n. 3, p. 384; o primeiro destaque é nosso. Mas, em outro volume, Pontes de Miranda precisa que “o ato criativo; constitutivo (De-

Diversamente dos contratos, ainda, portanto, as deliberações de assembléia se formam por manifestações de vontade *convergentes*.

Nas assembléias das companhias, essas manifestações de vontade se fundem em ato de uma só pessoa (a pessoa jurídica). Daí porque, conforme anota Comparato, a doutrina italiana prefere conceituar as deliberações das assembléias das companhias como *atos colegiais*, a fim de distingui-las dos *atos coletivos*, uma vez que, nestes últimos, “as várias manifestações de vontade não se fundem em ato de uma só pessoa (jurídica, bem se vê), *como ocorre nas deliberações de assembléias de condôminos*”.<sup>45-46</sup>

Mas é interessante examinar a crítica de Galgano a essa concepção. Segundo o eminente mestre, esse modo de conceber a deliberação como ato unilateral atribuível à pessoa jurídica, como se fosse “la di-

creto-lei n. 2.627, arts. 44 e 45), é, necessariamente, *negócio jurídico plurilateral*, salvo se foi lei que criou a sociedade por ações” (cf. ob. cit., t. 50, § 5.322, n. 2, p. 278; destaque nosso). No item seguinte apontar-se-ão outros casos em que as deliberações podem constituir negócios jurídicos plurilaterais, segundo Pontes de Miranda.

45. Cf. “Da imprescritibilidade...”, in *Novos Ensaios...* cit., p. 216, destaque nosso.

46. É nesse exato sentido que se manifesta, por exemplo, o grande civilista Santoro-Passarelli, no clássico *Dottrine Generali del Diritto Civile*, pp. 211-212.

Santoro-Passarelli, além de diferenciar os *atos coletivos* dos *atos colegiais*, distingue-os, ainda, dos *atos complexos*. Para o eminente jurista italiano, o (1) *ato coletivo* ocorre quando as declarações exprimem vontades distintas, postas a serviço de idênticos, mas distintos, interesses dos vários sujeitos, como nas assembléias de condôminos; o (2) *ato complexo* ocorre quando as declarações exprimem vontades distintas, mas postas a serviço de um dos agentes ou de terceiros, para os quais agem aqueles que emitem a declaração; o *ato complexo* pode ser *igual* ou *desigual*, conforme, respectivamente, as declarações sejam equivalentes, ou uma seja principal e a outra secundária: exemplo do *ato complexo igual* tem-se naquele resultante das declarações dos sócios aos quais compete a administração ou representação de uma sociedade simples (arts. 2.258 e 2.266, do Código Civil Italiano); exemplo do *ato complexo desigual* tem-se naquele constituído pelas declarações de uma pessoa relativamente incapaz e de seu curador (arts. 394 e 424 do CCI); finalmente, o (3) *ato colegial* ocorre quando as declarações concorrem para a formação de uma declaração de vontade imputável a um sujeito distinto dos agentes e para a tutela de um interesse daquele sujeito, como nas deliberações dos órgãos colegiados de uma pessoa jurídica (companhias, fundações, associações, etc.).

V., ainda, sobre tais distinções, Ascarelli, “O contrato plurilateral”, in *Problemas...* cit., pp. 278-280, especialmente nota 12.

Carvalhosa também atribui às deliberações de assembléia o caráter de ato coletivo (cf. *Comentários...* cit., v. 2, pp. 515 e 623).

chiarazione solitaria di un solo soggetto”, encontra sua razão última na exigência de justificar o princípio majoritário e de neutralizar a existência de votos dissidentes: “la teoria dell’atto collegiale assolve la funzione di ricondurre questo principio, siccome contrastante con il sistema del diritto privato, retto dall’autonomia del singolo, al principio di unanimità, assunto come coesenziale a tale sistema; assolve anche, oltre l’ambito del diritto privato, la funzione di neutralizzare, sotto la formula della ‘volontà collettiva’ o ‘unitaria’ del collegio, l’esistenza di voti di dissenso. Al metodo collegiale si attribuisce così la funzione di attuare una integrazione e influenza reciproca delle volontà individuali, di privare di rilevanza autonoma le dichiarazioni individuali, e perciò, di eliminare ‘l’eterogeneità di contenuto di alcune di esse’: esso inserisce la stessa minoranza nel processo formativo della deliberazione, fa sì che la volontà della maggioranza diventi ‘volontà del collegio’ riferibile anche ai dissenzienti”.<sup>47</sup>

Tal modo de raciocinar, segundo Galgano, tem suas raízes nos canonistas medievais, empenhados em ocultar os votos dissidentes nas eleições papais;<sup>48</sup> mas contra isso se rebela a cultura jurídica moderna: quando se afirma que a deliberação da assembléia expressa a “vontade social”, diz ele, invocando a autoridade de Ferrara (*senior*) e Candian, não se exprime “nulla di più di una metafora, di una imagine del parlare figurato”, porquanto “‘la volontà è sempre di uomini, e solo negli uomini concepibile’, poichè ‘pensano e discutono e decidono i soci’, e ‘non c’è posto per una mistica volontà diversa’”.<sup>49</sup> Nesse mesmo diapasão, aliás, TRIMARCHI já entendia que “la società fatta persona, dotata di volontà”, constitui um típico exemplo de “mitologia giuridica”...<sup>50</sup>

Conclui Galgano, pois, que a deliberação não representa a vontade da sociedade, ou da assembléia, mas sim a *vontade da maioria*: “alla volontà espressa dalla maggioranza, e non ad una pretesa ‘volontà collettiva’ da essa diversa, va imputato l’effetto giuridico prodotto dalla

47. *Il Negozio...* cit., pp. 218-219. Carvalhosa salienta, igualmente, o fato de que a concepção da assembléia geral como órgão da sociedade anônima, de caráter institucionalista, “prestou-se a resolver o impasse das alterações estatutárias por maioria, incompatível com a escola contratualista” (*Comentários...* cit., v. 2, p. 512).

48. Aos quais se deve a invenção da fórmula *electio est collegii, actus eligendi sunt singulorum*, que resultou em outra, também conhecida: *quod maior pars facit, totum facere videtur* (ob. ult. cit., p. 219, nota 6).

49. Ob. ult. cit., p. 219.

50. Ob. cit., p. 62.

deliberazione, l'effetto in particolare cui fa riferimento il ricordato art. 2377, comma 1º".<sup>51</sup> Coerente com essa premissa, o ilustre mestre italiano entende ainda inexistir qualquer diferença *qualitativa* entre *voto* e *deliberação*: "La deliberazione è *quantitativamente*, e non *qualitativamente*, diversa dai voti che concorrono a formarla: essa consiste in una pluralità di dichiarazioni unilaterali, l'efficacia delle quali è subordinata alla condizione che il contenuto di ciascuna di esse corrisponda al contenuto di tante altre dichiarazioni, ossia di tanti altri voti, *quante occorrono per formare la richiesta maggioranza*".<sup>52</sup>

Em que pese a procedência de parte da crítica de Galgano – no que tem de desmistificadora –, não nos parece, com a devida vênia, consiga abalar a teoria da deliberação como ato colegial, na sua essência.

Quando se diz, por exemplo (na mesma direção das considerações de Galgano), que o *interesse* social é o interesse comum *dos sócios*, porque só o ser humano tem interesses, essa afirmação, além de desmistificadora, tem por finalidade afastar as graves conseqüências de se pretender atribuir a uma entidade, que se acharia acima dos sócios (a pessoa jurídica ou a "empresa em si"), um interesse diverso do dos sócios e *superior* ao deles.<sup>53</sup>

Na hipótese de deliberação assemblear, entretanto, se é procedente a crítica no sentido de que ela não pode expressar a "vontade social",

51. Ob. ult. cit., p. 219. O art. 2377<sup>1</sup>, do Código Civil Italiano, assim dispõe: "Le deliberazioni dell'assemblea, prese in conformità della legge e dell'atto costitutivo, vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti (c. 2416, 2437)".

52. Idem, pp. 219-220, destaques nossos. Em idêntico sentido já se manifestava Trimarchi, para quem "deliberazione e voto hanno una natura del tutto omogenea" (cf. ob. cit., pp. 17-18). Trimarchi define a deliberação, aliás, como "la proposizione normativa che forma il contenuto della maggioranza dei voti" (p. 17, destaque nosso).

Como quer que seja, Galgano considera que falar, sinteticamente, em "deliberação da assembleia", ou de "vontade da sociedade", tem sua utilidade, do ponto de vista de simplificar o modo de dizer as coisas. "Ma ci si deve guardare", adverte ele, "dal prendere sul serio la metafora e, soprattutto, dal farsi persuadere da una filosofia che fonde i 'si' e i 'no' in un unico 'si' collettivo e, in definitiva, che trasforma i 'no' in altrettanti 'si'". Em matéria de sociedades por ações, de resto, acrescenta ele "è sempre possibile fare constare il dissenso individuale: non solo in assemblea, ma anche in seno al consiglio di amministrazione (art. 2392, comma 3º)" (ob. cit., p. 220, destaques nossos).

53. Cf. o nosso *Conflito...* cit., pp. 23-28. Anote-se, também, com Jaeger, que o interesse é uma relação *de fato*, e, não podendo haver relações de fato entre uma pessoa jurídica e uma coisa ou uma pessoa física, segue-se que a pessoa jurídica não pode ser titular de interesses, mas somente de direitos ou de situações exclusivamente jurídicas (*L'Interesse Sociale*, p. 119).

porque a pessoa jurídica não tem vontade, mas só o ser humano, é inegável, por outro lado, que a deliberação (da assembleia, ou da maioria, como quer Galgano) é *imputável à sociedade*, ou seja, a um outro sujeito de direito que não aos sócios que votaram. E tanto isso é verdade que, como já se observou, pelas deliberações responde a *companhia* – ela é a *legitimada* para eventual ação de anulação das deliberações, e não a assembleia ou a maioria.<sup>54</sup> É a própria lei, portanto, que imputa à *sociedade* as deliberações tomadas pela maioria na assembleia, as quais vinculam todos os acionistas, mesmo que dissidentes ou ausentes (art. 2.377 do Código Civil Italiano; art. 129 da Lei n. 6.404/76).

Nessa linha de raciocínio, é também difícil aceitar a tese de que o voto seja apenas quantitativamente diverso da deliberação, pois o voto, em si, não é *imputável à sociedade*, mas ao acionista (e ver, em nosso direito, o § 3º, do art. 115, da Lei n. 6.404/76).

A teoria do ato colegial resiste, assim, no que ela tem de substancial, às objeções de Galgano e outros, muito embora sejam estas parcialmente válidas, sobretudo quando chamam atenção para o ilusionismo das concepções antropomórficas e das ideologias que lhes estão por trás.<sup>55</sup>

54. Ainda que se sustente, como faz Arnaldo Wald, na obra mais acima citada, que a companhia seria, em sede de responsabilidade civil, irresponsável pelas deliberações nulas ou abusivas da assembleia geral, não pode restar dúvida, no entanto, sobre a legitimação passiva *ad causam* da companhia para anulação dessas deliberações (cf., por todos, Pontes de Miranda, *Tratado...* cit., t. 50, § 5.315, n. 3, p. 256, onde se lê: "As ações de nulidade ou de anulação de deliberações da assembleia geral são dirigidas contra a sociedade por ações", acrescentando, logo a seguir, com base em julgado do Supremo Tribunal Federal, que "não se há de demandar a Diretoria, mesmo se os atos aprovados pela assembleia geral forem atos da Diretoria").

55. Mas, sobre as relações entre teoria e ideologia, leiam-se as seguintes – e memoráveis – observações do sábio Norberto Bobbio (no caso, falando sobre a concepção pluralística do ordenamento jurídico, de Santi Romano): "5. Che in ogni teoria si possa o addirittura si debba distinguere la funzione esplicativa che è la funzione palese, da un'eventuale funzione latente, prescrittiva, o como si dice spesso ideologica (con una parola che preferirei non usare perché ha di solito una forte connotazione negativa), in altre parole, il contenuto ontologico da quello assiologico, è cosa nota. Altrettanto noto, e comunemente accettato, che nel compiere questa difficile operazione di dissezione *bisogna procedere con molta cautela, per la semplice ragione che non è sempre (forse non è mai) vera la proposizione che: 'talé la teoria, talé l'ideologia', ma è quasi sempre vera la proposizione contraria, secondo cui la medesima teoria può avere interpretazioni ideologiche diverse, e la stessa ideologia può essere rivestita di forme teoriche anche opposte*. Per fare subito l'esempio che ci tocca da vicino, una teoria pluralistica può nascondere tanto un'ideologia *rivoluzionaria*, se la pluralità degli ordinamenti viene interpretata

## 12. A deliberação de assembléia na classificação dos atos jurídicos

Verificamos que as deliberações de assembléia se caracterizam como atos colegiais.

Mas, na classificação tradicional dos atos jurídicos,<sup>56</sup> como poderiam ser elas enquadradas: atos jurídicos *stricto sensu*, negócios jurídicos<sup>57-58</sup> ou, ainda, atos de hierarquia?<sup>59</sup>

come un episodio della progressiva liberazione degli individui e dei gruppi dalla oppressione dello stato, quanto un'ideologia *reazionaria* se viene interpretata come un episodio della disgregazione e della frantumazione dello stato e quindi come il prodromo di una imminente e inarrestabile anarchia. Dietro la concezione sociale del diritto possiamo trovare tanto un Gierke quanto un Gurvitch o addirittura Proudhon, così come dietro la concezione monistica si possono nascondere tanto un Hegel quanto un Marx. Parimenti, un'ideologia rivoluzionaria può scoprire buoni argomenti sia in una teoria monistica sia in una pluralistica, secondo che per spiegare la società esistente e fare previsioni favorevoli all'avvento di un nuovo ordine prenda in considerazione piuttosto i fenomeni di dissoluzione sociale (ergo pluralismo) che non quelli di aggregazione (ergo monismo)" (cf. o ensaio denominado "Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano", in *Dalla Struttura alla Funzione*, pp. 176-177; destaques nossos).

56. Sobre a classificação dos atos jurídicos, v. Antônio Junqueira De Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração Negocial*, capítulo II, Seção 1ª, pp. 31-40. Como adverte o próprio autor, todavia, não há consenso entre os doutrinadores acerca dessa classificação.

V. ainda, Pontes de Miranda, *Tratado...* cit., tomos 2 e 3, Galgano, *Il Negozio...* cit., pp. 2-9, e, outrossim, com interessantes considerações sobre a lentidão da doutrina na análise e classificação dos atos jurídicos, Santi Romano, "Atti e negozi giuridici", in *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, pp. 3-13.

57. A razão de ser da divisão dos atos jurídicos em *atos jurídicos em sentido estrito* e *negócios jurídicos* está em que, nos primeiros, a *vontade do agente* é indiferente para a produção dos efeitos jurídicos previstos no ordenamento, enquanto que nos segundos os efeitos se produzem porque desejados pelo agente: supõem os últimos, sempre, uma *declaração de vontade*. Assim, por exemplo, o estabelecimento de residência, com ânimo definitivo, constitui o domicílio *independentemente da vontade do agente* (ele poderá, até, ter querido, conscientemente, tal efeito jurídico, mas essa vontade é irrelevante para o ordenamento jurídico). Da mesma forma, o pescador adquire a propriedade do peixe, pela exclusiva ação material de pescá-lo, independentemente de pretender esse efeito jurídico. Já na hipótese de um contrato, o efeito jurídico somente se produzirá – e justamente por isso se produzirá – se houver *declaração de vontade* das partes.

Para Galgano, a essência do negócio jurídico está em ser uma manifestação ou declaração de vontade, explícita ou resultante de um comportamento concludente, dirigida a produzir efeitos jurídicos, que o ordenamento realiza "em quanto queridos" (ob. ult. cit., p. 7).

Junqueira de Azevedo, atento em que a declaração de vontade, para produzir efeitos jurídicos, deve ser externada em moldes socialmente reconhecíveis como

A importância desse enquadramento se infere do diverso tratamento dado pelo ordenamento jurídico entre: (a) os atos jurídicos em senti-

aptos a tal finalidade, define o negócio jurídico como "toda declaração de vontade *vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos*", ao que acrescenta, "em nível de igualdade" (ob. ult. cit., pp. 20 e 25).

De qualquer forma, como esclarece Junqueira de Azevedo, o que é fundamental para a existência do negócio jurídico não é propriamente a vontade, mas sim a *declaração negocial*: "Assim, pode, até mesmo, haver negócio jurídico *sem qualquer vontade*: pense-se, por exemplo, na carta, em resposta a uma oferta de contrato, em que o agente escreveu 'não aceito' e a secretária, ao datilografar, deixou de bater o 'não'; e, depois, distraidamente, o declarante subscreveu e remeteu. O caso é de erro na expressão da vontade, que poderá dar causa, conforme as várias opiniões e as diversas legislações, a negócio nulo, anulável ou válido (nesta última hipótese, pela negligência do agente em não ler com atenção); mas nulo, anulável ou válido, estamos diante de negócio jurídico, *eis que há a declaração negocial*, isto é, há um fato objetivo consistente em declaração de vontade (conceito unitário) *vista socialmente como destinada a efeitos jurídicos* (pp. 22-23, destaques nossos).

58. Segundo Galgano, o conceito de negócio jurídico foi construído, "con un procedimento caro alla *Begriffsjurisprudenz*" (*Negozio...* cit., p. 13, nota 15); de modo a cobrir integralmente a vasta área dentro da qual a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas é deixada, em maior ou menor grau, à livre determinação dos particulares. É coextensivo àquele de *autonomia privada*, reduzindo à unidade conceitual qualquer possível manifestação desta, tanto no direito de família e no direito sucessório, quanto no direito "patrimonial" (contratos, promessas unilaterais de vontade, etc.) (cf. ob. cit., p. 8). Constituiria, assim, um "superconceito", ou "conceito elevado a supernorma" (ob. cit., p. 27, nota 21), e, nesse sentido, "come ha scritto Cerroni, 'tipica costruzione generalizzante, senza contenuti storici; una astrazione-volatilizzazione del reale'" (ob. cit., p. 25).

Junqueira de Azevedo, porém, entende que o negócio jurídico é, antes de mais nada, um fato social, negando constitua o seu conceito uma construção teórica. "Não é correta", diz ele, "a opinião (por exemplo, de Biondo Biondi, pág. 176) de que, à noção de negócio jurídico, se chega por uma abstração progressiva como se de várias vendas se chegasse à noção de compra-e-venda, dos vários contratos (venda, locação, troca, mandato, etc.), à noção de contrato, e de contrato, testamento, adoção, aceitação de herança, etc., à noção de negócio jurídico.. A idéia de negócio jurídico é anterior (*a priori*) aos vários tipos de negócio jurídico; para se chegar aos tipos, é porque já se tem o conceito" (ob. ult. cit., p. 3 e nota 1).

59. Na classificação de Junqueira de Azevedo, além dos atos jurídicos *stricto sensu*, há os *atos jurídicos* propriamente ditos (que supõem sempre uma *declaração de vontade*), os quais se dividem em *negócios jurídicos* e *atos de hierarquia*, segundo se destinem, respectivamente, a produzir efeitos jurídicos *em nível de igualdade* ou *de hierarquia*.

Os *atos de hierarquia* se distinguem em *atos normativos*, como a promulgação de uma lei, e em *atos de subordinação*, como os atos das partes, diante do juiz, no processo.

Junqueira de Azevedo admite, expressamente, todavia, a existência de atos de hierarquia *no direito privado*, fazendo, inclusive, a seguinte observação: "Por ou-

do estrito e o negócio jurídico; e (b) o negócio jurídico e os atos de hierarquia, conforme salientado por Antônio Junqueira de Azevedo.

No tocante a (a), diz o ilustre civilista: “Os atos jurídicos em sentido estrito, muitas vezes, têm problemas comuns com os negócios jurídicos; isto ocorre, freqüentemente, sobre incapacidade do agente (por exemplo: o adquirente da posse precisa ser plenamente capaz? Cf. parágrafo único do art. 493 do Código Civil) e sobre representação (por exemplo: tem o procurador poderes para *tomar ciência* em nome do representante?<sup>60</sup>). Esses e outros problemas não são, porém, solucionados da mesma maneira nos negócios e nos atos jurídicos em sentido estrito,<sup>61</sup> nem sequer, aliás, nos diversos casos de atos jurídicos em sentido estrito. Está claro, porém, que o caso de ato jurídico em sentido estrito mais próximo do ato jurídico é justamente aquele cujo suporte fático é uma *declaração*”. A seguir, exemplifica o mestre com as soluções alvitadas no Código Civil Português e no nosso Projeto de Código Civil: “... art. 295<sup>a</sup> do Código Civil Português: ‘Aos atos jurídicos que não sejam negócios jurídicos são aplicáveis, na medida em que a analogia das situações o justifique, as disposições do capítulo precedente’; e art. 185, do Projeto de Código Civil (Projeto n. 634-B/75): ‘Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior’”.<sup>62</sup>

No tocante a (b), esclarece Junqueira de Azevedo: “Os atos jurídicos de hierarquia apresentam questões semelhantes aos negócios jurídicos. Ambos, espécies do gênero ‘ato jurídico’, apresentam problemas de interpretação (são declarações de vontade), de regularidade (quanto à formação, estrutura e fim da declaração) e de eficácia. Divergem no modo como procuram resolver essas questões; assim, por-

tro lado, há atos de hierarquia no direito privado e este tipo de ato talvez seja, infelizmente, ainda mais desconhecido pelos civilistas, que o negócio jurídico, pelos autores de direito público. São atos de *exercício de poder institucional*, como o *poder de regulamentação* do empresário (cf. Magano, pág. 103)” (ob. ult. cit., p. 39, continuação da nota 15, o primeiro destaque é nosso).

60. *Sic*: deveria ser *representado*.

61. Em outra passagem, Junqueira de Azevedo lembra que “... aos atos jurídicos em sentido estrito, não se aplica, em princípio, a idéia de válido ou nulo” (ob. ult. cit., p. 34, continuação da nota 5).

Galgano ressalta, por sua vez, que, de acordo com o Código Civil Italiano, para validade de alguns atos jurídicos em sentido estrito não se requer nem a capacidade do agente: “il debitore che ha eseguito la prestazione dovuta non può impugnare il pagamento a causa della propria incapacità” (art. 1.191 do CCI) (cf. ob. ult. cit., pp. 2-3).

62. Ob. ult. cit., p. 37, nota 12.

que os atos jurídicos de hierarquia pressupõem juridicamente desigualdade, os institutos relativos à formação da declaração negocial, como a coação, a lesão qualificada e até mesmo o erro e o dolo, por exemplo, neles são concebidos diferentemente, sendo substituídos, em grande parte, pelo *princípio da legalidade*”. Acrescenta, a seguir, em nota ao pé da página: “Entendamo-nos: a posição de igualdade entre declarante e declaratório inexistente, por definição, *nos atos de hierarquia*. Segue-se daí que a garantia de justiça nesses atos de hierarquia não pode ser dada por institutos cuja principal finalidade, no negócio jurídico, é, justamente, *evitar as conseqüências da desigualdade real entre as partes* (...). A garantia de justiça nos atos de hierarquia, normativos, somente pode ser dada pela exigência de que o comportamento da autoridade se faça em obediência ao *princípio da legalidade*”.<sup>63</sup>

Diante dessa classificação dos atos jurídicos, pois, é de se perguntar se as deliberações de assembléia poderiam ser enquadradas unitariamente, ou não.

A essa questão Pontes de Miranda respondeu negativamente, repelindo, de forma incisiva, “qualquer classificação global dos atos da assembléia geral como se fossem de igual natureza”, como pretendeu, por exemplo, von Tuhr.<sup>64</sup> Segundo o notável jurista, há de se verificar cada deliberação, com o fito de proceder ao seu correto enquadramento.<sup>65</sup>

“O ato criativo, constitutivo (Decreto-lei n. 2.627, arts. 44<sup>66</sup> e 45)”, por exemplo, diz ele, “é, necessariamente, *negócio jurídico plurilateral*, salvo se foi lei que criou a sociedade por ações”.<sup>67</sup>

63. Idem, pp. 39-40 e nota 17, destaques nossos.

64. Que entendia consistir a deliberação, sempre, em negócio jurídico plurilateral, cf. *Tratado...* cit., t. 50, § 5.322, n. 2, p. 277. Carvalhosa, baseando-se em Garrigues-Uría, entende que “as deliberações sociais são declarações de vontade coletiva da companhia e, nesse sentido, entram na categoria de negócios jurídicos” (cf. *Comentários...* cit., v. 2, p. 515).

65. Fornecemos, a seguir, os exemplos mais expressivos dados por Pontes de Miranda, no *Tratado...* cit., t. 50, pp. 278-281. Mas v. ainda, sobre a natureza dos atos coletivos e sua classificação entre os atos jurídicos, *Tratado...* cit., t. 3, § 283, ns. 1, 2 e 3, pp. 171-172.

66. O art. 44 do Decreto-lei n. 2.627/40 cuidava, justamente, da constituição da companhia por assembléia. Mas aqui é importante lembrar, com Ascarelli, que, por ocasião desta assembléia, o contrato plurilateral já teria sido concluído: “A possibilidade de, a assembléia constituinte, deliberar por maioria, bem como os limites dessa possibilidade, decorrem da circunstância de que já foram manifestadas as declarações de vontade, necessárias para formar o contrato”. Daí sustentar ele que “a assembléia de constituição formada pelos subscritores tem justamente a tarefa de constatar ter sido o capital, regular e integralmente subscrito, declarando conse-

A assembléia geral dos subscritores, que nomeia os peritos para avaliação dos bens, bem como aquela que aprova ou desaprova o laudo apresentado (art. 8º da Lei n. 6.404/76), pratica *ato jurídico 'stricto sensu'*, manifestação de vontade não-negocial.

A nomeação dos administradores e dos conselheiros fiscais constitui manifestação de vontade cuja definitividade depende da *aceitação* dos eleitos, razão pela qual tem um caráter *negocial*.<sup>68</sup>

A deliberação de aprovação ou desaprovação do balanço é *declaração de conhecimento*, e, pois, *ato jurídico em sentido estrito*.<sup>69</sup>

quentemente constituída a sociedade: a sua função é, por isso, antes de mais nada, *declaratória*" (cf. "O contrato...", in *Problemas...* cit., pp. 288, nota 36, in *fine*, e 289).

67. Os negócios jurídicos, como se sabe, podem também ser classificados, segundo o número das partes, em *unilaterais*, *bilaterais* ou *plurilaterais*. Desnecessário advertir que, mesmo havendo, num caso concreto — por exemplo, num contrato de sociedade —, apenas duas partes (ou até uma só, cf. art. 206, I, "d", da Lei n. 6.404/76), nem por isso o contrato deixa de ser plurilateral, pois o que caracteriza este é a *possibilidade da participação de mais de duas partes*, cf. Ascarelli, "O contrato...", in *Problemas...* cit., p. 284.

Sobre o conceito de *parte*, cf. as seguintes considerações de Comparato, no arguto estudo intitulado "Notas sobre parte e legitimação nos negócios jurídicos", in *Ensaíos e Pareceres de Direito Empresarial*, p. 514: "Parte num negócio jurídico é, pois, quem se apresenta como tal, quem manifesta uma vontade jurídica própria (parte em *sentido formal*), sendo ao mesmo tempo, na generalidade das hipóteses, o titular do interesse (parte em *sentido substancial*). Isto não significa, porém, que o conceito de parte se confunda com o de *pessoa* ou sujeito de direito. Na venda ou hipoteca de um imóvel possuído em condomínio, por exemplo, cada condômino manifesta a sua vontade em função de seu interesse individual, *mas o conjunto dos condôminos constitui uma só parte ou pólo de interesses*, e a compra e venda nesta hipótese não deixa, por isso mesmo, de ser um contrato bilateral. Ademais, nem toda parte é pessoa, como nas hipóteses de negócios jurídicos realizados no interesse de um espólio, ou da massa falida" (destaques nossos).

68. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo afirma que a nomeação do administrador "se torna eficaz pela aceitação do nomeado", esclarecendo, porém, em nota de rodapé, que essa aceitação é "condição de eficácia" e não "elemento constitutivo do ato" (cf. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima*, p. 44 e nota 73).

Para Romano-Pavoni, a deliberação de nomeação dos administradores e conselheiros fiscais, seria, exatamente por essa razão, exemplo de deliberação *recepticia* (ob. cit., p. 81).

69. Mas, dado o efeito *constitutivo* de que tal deliberação se reveste, ao menos com relação aos sócios, Trimarchi propugna pela aplicação, à mesma, dos princípios relativos aos negócios jurídicos, cf. ob. cit., p. 30. Daí que, o erro no balanço aprovado, como anota o próprio Pontes de Miranda, citando julgados do Tribu-

A deliberação sobre criação e emissão de debêntures "é elemento negocial, porque as obrigações ao portador resultam de manifestação unilateral de vontade (negócio jurídico unilateral)".

A suspensão do exercício dos direitos dos acionistas consiste em aplicação de penalidade, "*ato jurídico 'stricto sensu'*", de modo nenhum negócio jurídico" (cf. art. 120 da Lei n. 6.404/76).

A alteração ou reforma dos estatutos "é função de órgão, é ato que o ato constitutivo ou os próprios estatutos previram e para o qual foram outorgados os poderes à assembléia geral extraordinária" (cf. art. 135 da Lei n. 6.404/76).

A atribuição de vantagens a fundadores, acionistas ou terceiros, como a emissão de partes beneficiárias, é *negócio jurídico unilateral*, salvo se realizada no ato constitutivo, quando, então, teria havido *plurilateralidade*.

Nas deliberações de incorporação, fusão, cisão e dissolução (art. 136, IV, IX e X, da Lei n. 6.404/76), ocorre *negócio jurídico plurilateral*.

A deliberação que autoriza os administradores a confessar falência (art. 122, IX, da Lei n. 6.404/76), é *ato jurídico em sentido estrito*, porque seu conteúdo é o de *declaração de conhecimento*.

A proposta de concordata, preventiva ou suspensiva, "é oferta de negócio jurídico bilateral".<sup>70</sup>

A modificação do objeto social das companhias é *negócio jurídico plurilateral*, porquanto implica *reconstituição* da sociedade (art. 136, VI, da Lei n. 6.404/76).

Pode a assembléia geral, ainda, deliberar "tomada de posse, ocupação, abandono de posse, pagamento ou outro *ato-fato jurídico* (...), mudar o domicílio da sociedade por ações, perdoar, dar quitação ou restituir penhor ou outro *ato jurídico 'stricto sensu'* (...)".

Não obstante o enquadramento dado por Pontes de Miranda nos exemplos acima, todavia, parece que as deliberações de assembléia, por

nal de Justiça de Alagoas, em RF 140/122, e do Supremo Tribunal Federal, em RF 151/125, pode dar ensejo à anulação da deliberação (ob. e loc. ult. cit., p. 278 e também t. 51, § 5.359, n. 4, p. 105). V., ainda, no mesmo sentido, o julgado constante da RF 134/518, comentado por Ruy Carneiro Guimarães (ob. cit., pp. 301-302).

70. É difícil concordar com essa afirmação de Pontes de Miranda, na medida em que, uma vez preenchidas as condições legais, a concordata é um *direito subjetivo* do comerciante, independentemente da *aceitação* dos credores. Nesse sentido, aliás, Comparato lembra que o legislador brasileiro criou a *ação de concordata* (cf. *Aspectos Jurídicos da Macro-Empresa*, p. 99).



se dirigirem normalmente aos *administradores*, que são os seus naturais *destinatários*<sup>71</sup> (ou mesmo aos acionistas), em caráter *super partes*, possuem, no mais das vezes, a natureza de *atos de hierarquia*.<sup>72-73</sup>

### 13. Classificações das deliberações

Não há um consenso relativamente a essa matéria, dividindo-se os autores no classificar as deliberações. De qualquer forma, traremos para cá algumas classificações, capazes de iluminar determinados aspectos dos aludidos atos.

Donati, tendo em vista a função das deliberações assembleares na formação e declaração da vontade social, assim classificou-as:<sup>74</sup> (a) deliberações que formam e declaram a vontade da sociedade com eficácia puramente interna; ((b) deliberações que formam e declaram a vontade da sociedade com eficácia externa; e (c) deliberações que formam, mas não declaram, a vontade da sociedade com eficácia externa.

A hipótese (a) seria, de longe, a mais comum, na qual a deliberação se dirige aos demais órgãos sociais, normalmente aos administradores; a hipótese (b) seria excepcional, tendo como único exemplo a nomeação de não-sócios (diretores e conselheiros fiscais) para cargos sociais e a aprovação de sua respectiva remuneração; e a hipótese (c) ocorreria quando competisse à assembleia, v. g., a proposta e a aceitação de contratos com terceiros, cabendo aos administradores apenas declarar àqueles a vontade social.<sup>75</sup>

71. Como veremos no item 15 infra.

72. Com a consequência de que, tal como ocorre no direito administrativo com relação aos funcionários públicos, vigora, no particular, o *princípio da legalidade*: o administrador não terá o dever — antes, deverá recusar-se a tanto — de cumprir deliberações ilegais da assembleia (v.g., § 1º, do art. 201, c/c o parágrafo único, do art. 190, da Lei n. 6.404/76).

Candian, aliás, compara as deliberações da assembleia aos provimentos administrativos (cf. *Nullità e Annulabilità di Delibere di Assemblea delle Società per Azioni*, pp. 34-38).

73. Mas há quem entenda que a circunstância de a deliberação dizer respeito, em regra, à vida interna da sociedade, não pode excluir o seu enquadramento como negócio jurídico, na medida em que, também nesse âmbito, há lugar para a constituição, modificação e extinção de relações jurídicas em conformidade com a vontade de seus autores (cf. Donati, *L'Invalidità della Deliberazione di Assemblea delle Società Anonime*, p. 53, nota 2; Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, pp. 554-555, nota 14).

74. Ob. cit., pp. 23-33.

75. Parte da doutrina compara a situação do administrador, nessa hipótese, à do nuncio (cf. Donati, ob. cit., p. 31).

A classificação de Donati foi, todavia, alvo de precisa crítica de Candian, no ponto em que este objetou que a assembleia, “col delibere, non già solo forma ma dichiara la propria volontà”.<sup>76</sup> Mas teve o mérito de destacar alguns aspectos das deliberações, sobretudo ao relevar porventura o solitário exemplo em que as deliberações teriam eficácia direta perante terceiros (hipótese (b), acima).

Candian, a seu turno, propôs outra classificação,<sup>77</sup> distinguindo as deliberações segundo seu *conteúdo* e segundo sua *potencialidade de produção de efeitos jurídicos*.

De acordo com o primeiro critério, as deliberações seriam: (a) *normativas*, com conteúdo análogo aos atos do poder legislativo, como, por exemplo, as deliberações de reforma estatutária; (b) *organizativas*, com conteúdo singular e contingente, as quais se destinam a fornecer, em concreto, à sociedade, os instrumentos juridicamente imprescindíveis, tanto pessoais como reais, à sua atividade, traduzindo em ato a disciplina genérica destes, predisposta na lei ou nos atos constitutivos, como, por exemplo, as deliberações de nomeação, destituição e substituição dos administradores e conselheiros fiscais, a redução ou aumento do capital social; e (c) *administrativas*, tendo por conteúdo (c.1) um ato de gestão direta por parte da assembleia, como, por exemplo, as deliberações que determinam a propositura de ação de responsabilidade contra os administradores, a emissão de debêntures, a aquisição das próprias ações, a aprovação de atos que os administradores queiram submeter à assembleia; ou (c.2) o controle dos atos de gestão de outros órgãos sociais, como, por exemplo, as deliberações de aprovação ou desaprovação do balanço.

De acordo com o segundo critério, as deliberações seriam: (y) *autônomas ou constitutivas*, quando contenham em si mesmas a potencialidade de determinar uma mudança das situações jurídicas; e (z) *acessórias ou decisivas*, quando, embora decidindo sobre a declaração de outro sujeito ou de outro órgão, a qual de per si não poderia produzir o

76. Ob. cit., p. 180, itálico do original. “Ed è tutt'altro tema”, diz Candian, “quello di vedere se e quali ulteriori atti giuridici o eventualmente anche solo materiali (...) siano necessari per conseguire una perfetta e vincolante manifestazioni dell'ente. In sostanza, se un'assemblea delibera di accettare una proposta di contratto, resterà del vedere se o meno è necessaria una ulteriore attività dell'amministratore (o meglio del legale rappresentante) perchè il contratto si formi, ma non mi par dubbio che si è in presenza non di una volizione puramente formata, bensì di una volizione dichiarata (idem, destaques nossos).

77. Ob. cit., pp. 173-177.



efeito desejado, “non pongono in essere esse medesimo una volizione produttiva de codesto effeto”.<sup>78</sup>

A classificação feita consoante esse último critério, para Candian, seria destinada a substituir aquela, então largamente em voga, mas imprecisa, segundo ele, entre deliberações *com eficácia interna* e deliberações *com eficácia externa*.

A classificação de Candian, embora aplaudida por Vaselli,<sup>79</sup> foi objeto de críticas por parte de Romano-Pavoni, que, entre outras razões, aduziu a inoportunidade de um dúplice sistema de classificação, relativamente ao conteúdo e à função, “*perchè la deliberazione è esplicazione di una data funzione proprio per il suo contenuto*”.<sup>80</sup> Mas teve o grande mérito de colocar em destaque as deliberações *normativas*, que serão objeto de estudo no item seguinte.

Romano-Pavoni, por sua vez, propôs uma classificação<sup>81</sup> conforme a assembleia exercite (a) *função deliberante em sentido estrito* (não havendo, nessa hipótese, que é a usual, necessidade do concurso de outros órgãos para a produção dos respectivos efeitos jurídicos) ou (b) *função de gestão*, subdividida esta última hipótese segundo (b.1) *haja o exercício de todos os poderes por parte da assembleia* (que “representaria”, assim, ela mesma, a sociedade), como, por exemplo, no caso de nomeação de não-sócios para cargos sociais (diretoria ou conselho fiscal); (b.2) *haja o exercício de um dos poderes por parte da assembleia e de outros por parte do órgão administrativo*, como, por exemplo, no caso de proposta ou aceitação de contratos pela assembleia, em que é necessária, posteriormente, a atuação do administrador para manifestar a vontade social perante o terceiro; e (b.3) *haja o exercício de um mesmo poder relativo à função de gestão por parte de ambos os órgãos* (o que ocorreria nas deliberações de *aprovação*<sup>82</sup>), como, por exemplo, quando os administradores hajam cumprido determinado ato, como uma transação acerca da ação de responsabilidade, mas a eficácia de tal ato dependa da aprovação da assembleia (aprovação que funcionaria, assim, como *condição suspensiva potestativa*).

78. Ob. cit., p. 176.

79. *Deliberazioni Nulle e Annullabili delle Società per Azioni*, pp. 110-111.

80. Ob. cit., p. 62.

81. Ob. cit., pp. 62-65.

82. Que devem ser nitidamente distinguidas das deliberações de *autorização* (ob. cit., p. 65). Nesse sentido já se manifestava Donati, ob. cit., p. 26, nota 1.

Não cremos que nenhuma dessas classificações seja rigorosamente científica,<sup>83</sup> mas, de qualquer forma, cada uma delas põe em evidência aspectos importantes das deliberações, com repercussões de ordem prática, conforme veremos no último capítulo.

Por derradeiro, talvez seja conveniente ainda, dadas tais repercussões, distinguir entre as deliberações *positivas* (que aprovam determinada proposta), e as *negativas* (que rejeitam determinada proposta).<sup>84-85</sup>

#### 14. As deliberações de criação e de reforma dos estatutos

Pela importância que adquirem no tocante ao tema deste trabalho, as deliberações de criação e reforma de estatutos merecem uma referência à parte.

Em matéria de sociedades por ações, como é sabido, a lei distingue, diversamente do que ocorre nos demais tipos societários, “entre o *negócio constitutivo* e o *regulamento interno* da vida social; enquanto aquele é *pessoal* e mesmo *individualizado*, este é *objetivo* e *impessoal*”.<sup>86</sup> Por isso mesmo, “os estatutos sociais apresentam-se, assim, como um *ato-regra*, para retomarmos a expressão dos institucionalistas franceses, sem embargo de sua adoção como conteúdo do negócio jurídico plurilateral de criação da sociedade. Eles representam o papel desempenhado pela constituição política no plano estatal, assinalando as finalidades da instituição, a sua organização e o modo de designação dos respectivos órgãos, o seu funcionamento e os seus poderes. Reconhece-se, pois, nos estatutos sociais, a *natureza de direito objetivo*, embora de validade sempre dependente da positividade da ordenação estatal, à qual se subordinam”.<sup>87</sup>

83. Falar em *função de gestão* da assembleia, por exemplo, se nos revela cientificamente impróprio, sobretudo no exemplo dado no item b.2 da classificação de Romano-Pavoni, como ficará melhor esclarecido no item 15 infra.

84. V., a propósito, o curioso caso objeto do saboroso parecer de Bulgarelli, já mencionado, “Deliberar não deliberar é deliberar?”, in *Questões...* cit., pp. 83-93.

85. Lobo Xavier ainda faz menção a deliberações *expressas* e *implicitas*, classificação geralmente admitida pela doutrina (ob. cit., pp. 465-475).

86. Comparato, *O Poder...* cit., p. 138, destaques nossos.

87. Idem, ob. ult. cit., pp. 138-139, destaque nosso. Observa Comparato, em nota ao pé da página, que esse entendimento é tributário da *concepção gradualista da positividade jurídica*, “que parece hoje prevalecer na teoria geral do direito, com a corrente institucionalista, que remonta a Duguit, Hauriou e Santi Romano, e a corrente kelseniana” (p. 139, nota 3).

Cf., sobre a teoria da instituição e sua crítica, Bobbio, *Teoria della Norma Giuridica*, pp. 10-23. Sobre a pluralidade de ordenamentos jurídicos, e as relações entre eles, Bobbio, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, pp. 185-215.

Conquanto a questão seja polêmica, de há muito parte significativa da doutrina vem admitindo que o ordenamento jurídico atribui aos particulares, nos limites da assim chamada "autonomia privada", ou "autonomia da vontade" (da qual o negócio jurídico constitui a máxima expressão<sup>88</sup>), o poder de estabelecer normas, em tudo semelhantes às normas de direito objetivo.<sup>89</sup>

Tal problema mereceu acurado exame, no tocante às companhias, por parte de Alessandro Bertini, autor de breve, mas notável monografia sobre a natureza das normas societárias e as correspondentes situações jurídicas dos acionistas.<sup>90</sup>

Bertini faz referência, primeiramente, à concepção tradicional, qual seja, a de que a norma jurídica seria aquela munida dos requisitos de abstração ou generalidade,<sup>91</sup> promulgada pelo Estado ou pelos en-

88. Para Comparato, aliás, "a distinção conceitual entre *ato jurídico stricto sensu* e *negócio jurídico* se funda, em última análise, no maior ou menor índice de aplicação da autonomia da vontade. No negócio jurídico" diz ele, "não há apenas uma manifestação de vontade tendente à realização do ato, cujos efeitos são predefinidos pela lei *ne varietur*: ocorre também a possibilidade de uma interferência da vontade privada na própria produção desses efeitos jurídicos" (cf. "Notas sobre parte...", in *Ensaíos e Pareceres...* cit., p. 513, último destaque nosso).

89. Para os vários significados do conceito de autonomia, cf. o verbete "Autonomia", in *Frammenti...* cit., de Santi Romano, pp. 14-30.

Especificamente, sobre autonomia privada, v. item VI, pp. 25-30, onde Santi Romano observa que se "la legge di solito miri a porre delle norme e non a costituire immediatamente rapporti giuridici, è vero, ma talvolta, anzi spesso, ha pure questo scopo. Che viceversa, il negozio si propone in ultima analisi di costituire rapporti più o meno concreti e particolari, è ugualmente vero, ma è tutt'altro che raro il caso che esso, sia pure in vista della costituzione di futuri rapporti, non ponga che delle norme, come avviene nei c.d. contratti preliminari o, meglio, in talune forme di questi" (p. 27). Lembra Santi Romano, a propósito, que no direito inglês, a "subject-made law", constituída dalle "risoluzioni prese fra i sudditi del re", cioè dall'autonomia privada, "è fonte de diritto, achando-se traços dessa concepção também no direito continental, no Código Civil Napoleônico e nas codificações que se lhe seguiram, na norma segundo a qual "il contratto ha forza di legge tra le parti" (p. 26).

Sobre essa norma, v. também, Carnelutti, *Teoria Generale del Diritto*, p. 55.

V., de outra parte, criticando a idéia de que a autonomia da vontade é fundamento ideológico do negócio jurídico, Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico e Declaração...* cit., pp. 77-80. Do mesmo autor, cf., ainda, a crítica à concepção exposta no texto, in *Negócio Jurídico, Existência, Validade e Eficácia*, pp. 13-18.

90. *Contributo allo Studio delle Situazioni Giuridiche degli Azionisti*.

91. Mas v., quanto a esse ponto, a percuciente crítica de Bobbio, demonstrando que abstração e generalidade são requisitos da norma *justa* (a abstração, do va-

tes públicos, ou decorrente do costume (enquanto admitido pelo ordenamento estatal). Os atos dos particulares, ao invés, seriam fonte, única e exclusivamente, de relações e direitos subjetivos.

Invocando a autoridade de Carnelutti, demonstra ele, porém, que não existem diferenças essenciais entre o *poder* do legislador e a *autonomia* dos particulares: "Il legislatore pone il diritto in forza della potestà fornitagli dalla costituzione. Il privato pone i suoi precetti in forza della autonomia riconosciutagli dal legislatore. Ora, se è vero che l'atto del privato ripete la sua validità da una autorizzazione rilasciata dalla legge, neppure la legge ha valore, in questo senso, assoluto, perchè ripete a sua volta la sua validità della costituzione".<sup>92</sup>

Segundo Bertini, outrossim, não há diferença essencial entre os efeitos dos atos emanados do legislador e dos particulares: "L'obbligo posto dai privati, nel campo a questi riservato dei civili rapporti, s'impone con lo stesso rigore con cui s'impone l'obbligo posto dalle leggi". Tal "obbligo", de resto, "viene accertato dal giudice e realizzato dall'ufficio esecutivo nello stesso modo con cui viene accertato e realizzato l'obbligo posto dalla legge sempre, s'intende, nel campo dei civili rapporti".<sup>93</sup>

Finalmente, argumenta o monografista que vimos citando, com base nos ensinamentos de Santi Romano, que constituiria um erro considerar os atos dos particulares como *imediatamente* criadores de situações jurídicas subjetivas (seja por força própria, seja por autoriza-

lor *certeza*, e a generalidade, do valor *igualdade*), ou seja, são requisitos *ideológicos*, não encontrando exata correspondência no direito positivo, onde existem, ao lado de normas gerais e abstratas (a maior parte das leis penais, por exemplo), normas gerais e *concretas* (a norma que decreta a mobilização militar, e que se dirige a uma classe de cidadãos, prescrevendo-lhe uma *ação determinada*), normas *individuais* e abstratas (a norma que atribui a um cidadão determinado cargo, por exemplo, o de juiz da Suprema Corte, e que lhe prescreve não uma *ação determinada*, mas todas aquelas inerentes ao cargo) e, por fim, normas *individuais* e *concretas* (a sentença judicial) (cf. *Teoria della Norma...* cit., § 49, pp. 230-236).

92. Ob. cit., p. 19. Para Carnelutti, porém, "che però il contratto abbia la stessa sostanza imperativa di una legge formata dal parlamento non vuol dire que debba avere la stessa efficacia: se la debba o non la debba avere *dipende appunto dal modo della formazione del comando*, la quale avenga *super partes* o *inter partes*" (cf. *Teoria* cit., p. 55, destaques nossos).

93. Ob. cit., p. 23. A propósito, Bobbio distingue a norma jurídica das demais (norma moral, religiosa e social) por ser uma norma "la cui esecuzione è garantita da una sanzione esterna e istituzionalizzata", ou seja, por consistir em uma norma "a efficacia rafforzata" (cf. *Teoria della Norma...* cit., § 42, pp. 197-201; as citações são, respectivamente, das pp. 198 e 200).

ção do ordenamento, pouco importa aqui), “in quanto logicamente non è ammissibile l’esistenza di situazioni giuridiche *senza precetti che ne costituiscono il presupposto*; precetti che per derivare da atti a cui non può disconoscersi, per quanto detto sopra, la qualità di atti creatori di diritto obiettivo, debbono qualificarsi quali vere e proprie norme giuridiche”.<sup>94</sup>

Impõe-se acrescentar ainda um *plus*. Com fundamento em Carnelutti, Bertini distingue as normas jurídicas em normas *materiais* e normas *instrumentais*. As primeiras são aquelas que operam diretamente no sentido de *compor o conflito de interesses*, na terminologia carneluttiana, e, portanto, agem sobre a *matéria* do direito; as segundas disciplinam a criação dos *instrumentos* de produção dos preceitos jurídicos, chamando-se, por isso mesmo, instrumentais.<sup>95</sup> Entre estas últimas, avultam de importância as *normas de organização*, ou sejam, “le norme che stabiliscono gli organi delle persone giuridiche, soprattutto pubbliche, che disciplinano la scelta delle persone destinate a fungere da organi, che distribuiscono fra gli organi stessi le varie funzioni, che regolano il procedimento della loro attività, il contenuto e la forma dei loro atti. Si tratta infatti delle norme che determinano in modo più evi-

94. Ob. cit., p. 20, destaques nossos. Veja-se a lição de Santi Romano, à qual faz referência Bertini: “... quando si dice che il negozio fonda soltanto rapporti giuridici, o diritti e doveri soggettivi, e così via, si dimentica che rapporti, diritti e doveri *non possono sorgere che sulla base di norme* e che, quando queste norme non si trovano nelle leggi dello Stato, cioè quando questo non fa che attribuire in generale efficacia all’autonomia dei privati, *esse non possono trovarsi che nel singolo negozio*, il quale così, *prima di essere fonte di diritto soggettivo, è fonte di norme*; norme subordinate a quelle statali e perciò secondarie e complementari; norme non autoritarie, ma poste da coloro che si vincolano ad esse, come nei contratti, o almeno con l’accettazione di coloro cui sono rivolte, come nei testamenti; ma sempre norme e, quindi, leggi; leggi, però, private, non pubbliche” (*Frammenti... cit.*, p.27, destaques nossos).

95. Diz Carnelutti: “... sono *materiali* le leggi, quando prescrivono agli interessati il contegno da tenere nel conflitto e così, rispettivamente, impongono all’uno il sacrificio e garantiscono all’altro la prevalenza del suo interesse: si pensi, per esempio, alla legge penale, che proibisce di uccidere o di rubare oppure alla legge civile, che attribuisce a ciascuno dei coniugi determinati doveri e determinati poteri; e sono invece *instrumentali* quando prescrivono a persone diverse dagli interessati o a questi medesimi un contegno da tenere *per formulare* rispetto a un dato conflitto d’interessi o a un determinato ordine di conflitti *un precetto o applicare una sanzione*: si pensi, per esempio, alla legge costituzionale, che attribuisce al parlamento il potere di formare certe leggi, oppure alla legge penale, che attribuisce al giudice il potere di accertare il reato e di determinare entro certi limiti la pena, oppure alla legge civile, che attribuisce agli interessati il potere di regolare mediante il contratto certi conflitti d’interessi tra loro” (*Teoria... cit.*, p. 46, destaques nossos).

dente la *struttura di ogni ordinamento* e per questo si dicono appunto norme di organizzazione”.<sup>96</sup>

Ora, o campo próprio no qual se manifesta a atividade normativa *instrumental* dos particulares, para Bertini, consiste, especialmente, no das organizações privadas, aí compreendidas, evidentemente, as companhias: “In questo campo i privati sono appunto abilitati dalla legge a porre con l’atto costitutivo, oltre che norme materiali, *delle norme strumentali (di organizzazione)*; norme che possono essere, sia le une che le altre, di carattere concreto e di carattere astratto”. Daí concluir ele — exatamente como o faz Comparato —: “L’atto costitutivo corrisponde perciò *alla costituzione dell’ordinamento statale*: in forza della costituzione organi pubblici producono il diritto dello stato; *in forza dell’atto costitutivo organi privati producono il diritto della società per azioni ...*”<sup>97</sup>

96. Ob. cit., p. 15, destaques nossos. Mais adiante anota ainda Bertini que, por atribuir aos sujeitos a possibilidade de criar, modificar ou extinguir preceitos, as normas instrumentais são chamadas, com razão, de *normas do poder*, correspondendo-lhes a situação jurídica do *poder jurídico* ou da *potestade*.

Este último termo, como se sabe, é utilizado pelos juristas italianos para designar uma *função*, i.e., o poder de agir no interesse de outrem, cf. Santoro Passarelli, ob. cit., p. 74, Carnelutti, *Teoria... cit.*, pp. 152-153, e Santi Romano, no verbete “Poteri. Potestà”, in *Frammenti... cit.*, pp. 179-180.

Muito a propósito, Romano observa que tal restrição do conceito, no direito privado, em contraposição ao de direito subjetivo — que é o poder de tutelar o próprio interesse —, “si è cominciato a mettere in rilievo *per le funzioni degli organi delle società anonime*, specialmente per delineare a proposito di esse la figura dell’eccesso di potere”, cf. p.180, destaques nossos. E a voz pioneira nesse sentido foi, justamente, a de Carnelutti, no artigo “Eccesso di potere nelle deliberazioni dell’assemblea delle anonime”, publicado em 1926.

Sobre a distinção entre poder e direito subjetivo, v., entre nós, Comparato, *Essai d’Analyse Dualiste de l’Obligation en Droit Privé*, pp. 21-27, e também no *O Poder... cit.*, p.102, onde salienta: “O legislador ou o juiz não manifestam propriamente direitos subjetivos, no exercício de suas funções, mas sim *potestades*. Estas não são, pois, manifestações de simples autonomia, *mas de soberania*” (destaques nossos). V., ainda, Bulgarelli, *O Conselho... cit.*, p. 128.

A *potestade*, que é exercida *super partes*, se contrapõe, do lado passivo, a *sujeição*, que é situação jurídica distinta da *obrigação*, porque, como salienta Santi Romano, “l’obbligo vincola la volontà, ma non la sopprime, anzi *pressuppone sempre che essa intervenga*”, enquanto que a sujeição é a situação de *necessidade*, em que se acha o sujeito passivo, de suportar os efeitos jurídicos da potestade, mesmo contra a sua vontade: “I poteri che qui si considerano raggiungono il loro effetto *nonostante la volontà contraria del soggetto passivo* e quindi é improprio ritenere che questi abbia un qualsiasi obbligo...” (cf. ob. ult. cit., p.182, Carnelutti, ob. ult. cit., pp. 169-170, Comparato, *Essai... cit.*, pp. 24-25).

97. Ob. cit., pp.23 e 25, destaques nossos. A esse respeito é interessante observar, ainda, que, modernamente, o contrato de sociedade tem sido conceituado

A deliberação que cria ou reforma os estatutos da companhia, portanto, produz *normas jurídicas*.

E, em nosso direito, tal concepção não é somente uma construção teórica. *É o próprio diploma das companhias que assimila o estatuto às normas jurídicas*: são anuláveis, diz o art. 286 da Lei n. 6.404/76, “as deliberações, tomadas em assembléia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto”!

Bem por isso, já observava Pontes de Miranda, comentando idêntico preceito da lei revogada: “Não cabe, portanto, discutir-se se há invalidade por ser infringente de cláusula estatutária, e não de regra jurídica, ou se só há se a violação foi da lei. A lei mesma (Decreto-lei n. 2.627, art. 156, 1ª parte) considerou infração da lei a infração das cláusulas estatutárias por parte da assembléia geral ou especial. (Assim, fica posta de lado a controvérsia sobre nulidade por infração dos estatutos, ou apenas ineficácia. Se a lei mesma, *ius cogens*, estabeleceu o que os estatutos têm de conter ou se refere a infração dos estatutos como ofensiva à lei, há *plus de sanção*)”<sup>98</sup>

Estabelecida essa premissa, cabe avançar, desde logo, a conclusão de Comparato, no agudíssimo estudo que produziu sobre a questão. “Não se pode”, diz ele, “apreciar a validade dos estatutos sociais de

exatamente como “contrato-organização”. Essa construção, como salienta Calixto Salomão Filho, “baseia-se na diferença, proposta pela doutrina moderna, entre contratos associativos e contratos de permuta. Segundo ela, não se devem mais distinguir ambas as figuras, como na clássica lição de Ascarelli, a partir da existência ou não de uma finalidade comum. Trata-se, isso sim, de afirmar que o núcleo dos contratos associativos está na organização criada, enquanto nos contratos de permuta o ponto fundamental é a atribuição de direitos subjetivos. Ou seja, enquanto a função dos contratos de permuta é a criação de direitos subjetivos entre as partes, a dos contratos associativos é a criação de uma organização”.

Mais adiante: “Adotada a teoria do contrato-organização, é no valor organização e não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de partes que se passa a identificar o elemento diferencial do contrato social. A especificidade da causa do contrato de sociedade, a diferenciá-lo do sinalagma dos contratos de escambo, não está no fim comum (de lucro) a ser buscado, mas sim na criação de uma organização, apta a distribuir individualidade e perpetuidade ao patrimônio a esse fim destinado. Portanto, perde importância a pluralidade de sócios. Tanto uma pluralidade como um único indivíduo pode ter interesse na criação de uma tal organização” (ob. cit., pp. 57-59, destaques nossos).

98. *Tratado...* cit., t. 50, § 5.320, n. 2, p. 264, destaque nosso.

Além do art. 286, citado no texto, atente-se, ainda, para os dizeres do art. 83, da Lei n. 6.404/76: “Art. 83. O projeto de estatuto deverá satisfazer a todos os requisitos exigidos para os contratos das sociedades mercantis em geral e aos peculiares às companhias, e conterá as normas pelas quais se regerá a companhia”...

uma companhia da mesma forma por que se aprecia a validade do próprio negócio constitutivo. Predomina aqui o princípio da emissão volitiva das partes, dos vícios de consentimento, da efetividade das prestações obrigacionais. Lá, prepondera o ditado objetivo das cláusulas, a sua conformidade com o conteúdo de normas superiores, administrativas ou legais...”. Em conseqüência, acrescenta o ilustre mestre, “como direito objetivo que é, como sistema normativo, o estatuto está submetido a regras de validade bem diferentes das que disciplinam os atos jurídicos. A invalidade de uma norma estatutária – como a da norma legal, de resto – é sempre absoluta. Não há regras nulas e anuláveis, como em matéria de atos jurídicos”. E, para arrematar: “Inserindo-se numa hierarquia normativa, o estatuto funda sua validade na norma superior, que lhe traça os limites materiais e formais. Contrariando a lei, pelo desrespeito desses limites, o estatuto não vale absolutamente e, por conseqüente, é de todo ineficaz”<sup>99-100</sup>

## 15. As deliberações de assembléia e os terceiros.

### Os destinatários das deliberações

As deliberações da assembléia geral têm como destinatários, normalmente, os administradores. Através deles – especificamente dos diretores, a quem compete a representação da companhia, nos termos do art. 144, da Lei n. 6.404/76 –, é que a sociedade (e não a assembléia) entrará em contato com terceiros.<sup>101</sup>

99. “Da imprescritibilidade...”, in *Novos Ensaios...* cit., pp. 222-223, destaques nossos. A invalidade do estatuto, no caso, é, portanto, decorrência do princípio *lex superior derogat inferiori*, conforme esclarece ainda Comparato, invocando o ensinamento de Bobbio, na *Teoria dell'Ordinamento...* cit., p. 97.

100. Outra conseqüência da concepção normativa dos estatutos é a de que, para sua interpretação, “a nada haverá que recorrer senão a eles próprios. Nesta orientação, que é corrente na doutrina germânica (...), escreve Vaz Serra, in *RJL*, 103ª, p. 523: ‘Os estatutos contêm normas objectivas aplicáveis a uma generalidade de pessoas, não podendo, portanto, a sua interpretação fazer-se, senão com o auxílio de circunstâncias que eles próprios revelam, e devendo tender ela à determinação de um sentido quanto possível, unitário, tal como se tratasse de uma lei.’” (cf. Lobo Xavier, ob. cit., p. 565, destaques nossos).

101. “As deliberações não são diretamente manifestadas aos terceiros; a deliberação diz respeito à ‘formação’ da vontade, não à sua declaração; os seus destinatários imediatos são os diretores, ou seja, o órgão executivo da sociedade; são eles que, por sua vez, comunicam a declaração aos terceiros” (v. Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, in *Problemas* cit., p. 399).

Veja-se a distinção feita por Pontes de Miranda: “Se a assembléia geral delibera *autorização* à Diretoria ou a alguma pessoa, que foi escolhida para representação da sociedade por ações, se o permite a lei, a concluir contrato com qualquer pessoa física ou jurídica, *com isso não se faz contrato a deliberação da assembléia geral*. São inconfundíveis, aí, a deliberação e o negócio jurídico bilateral, *que se concluiu lá fora*. Aliás, a deliberação também pode ser para que a Diretoria faça promessa de recompensa, subscreva ou emita títulos ao portador, negócios jurídicos unilaterais, como poderia ser para a conclusão do negócio jurídico plurilateral”.<sup>102</sup>

Sustenta Trimarchi, outrossim, que *somente* os administradores podem executar as deliberações perante terceiros, não podendo a assembléia atribuir-se a si própria essa função, como, por exemplo, con-

Isso decorre de a assembléia, como vimos, ser um órgão *interno* da companhia (cf. Lobo Xavier, ob. cit., p. 100 e ss., continuação da nota 7).

As deliberações, portanto, não se produzem na esfera de terceiros de modo *imediate*, ou seja, tão-somente por força do ato colegial. Conforme salienta ainda Lobo Xavier, “entre a deliberação e o terceiro interpõe-se um acto de outro tipo — *um acto executivo*, que se destina a dar àquele sujeito conhecimento do que foi deliberado. Isto porque os terceiros, como tais, não tomam parte na assembléia. E nem mesmo quando excepcionalmente aí se encontrem presentes, a estrutura do acto deliberativo permite que eles possam ser considerados destinatários imediatos (*hoc sensu*) dos respectivos efeitos... Na verdade, segundo a melhor doutrina, a deliberação consuma-se com a emissão dos votos — os quais obviamente não são dirigidos aos terceiros” (ob. cit., p. 103, continuação da nota 7, destaques nossos). No tocante às deliberações de aumento de capital mediante subscrição de ações, v., ainda, as aprofundadas considerações de Mauro Penteadó (*Aumentos...* cit., n. 61, pp. 190-192).

Afina-se com essa orientação, também, o disposto no § 1º do art. 135, e no parágrafo único do art. 142, da Lei n. 6.404.

102. *Treatado...* cit., t. 50, § 5.322, n. 2, p. 281, destaques nossos.

Nesse mesmo sentido, Lobo Xavier: “Quer-se com isto dizer que, como regra, a *representação* da pessoa colectiva — a sua actuação pelo que toca às relações externas — compete a outro órgão. As deliberações da assembléia produzem apenas efeitos jurídicos no restrito âmbito da corporação. E assim, como observa von Tuhr, I, p. 512, ao enunciar muito claramente este princípio de organização das pessoas colectivas, se a assembléia delibera a celebração de um contrato com um terceiro, a deliberação tem o alcance de uma ordem à direcção para que conclua tal contrato” (ob. cit., p. 101-102, continuação da nota 7).

E, ainda, Trimarchi, ao obter per que, se a deliberação realizou-se em função de *proposta* de terceiro, ela, a deliberação, “non può valere come *accettazione*, ma può solo creare *per gli amministratori il potere* e il dovere (verso la società) *di accettare...*” (ob. cit., p. 23).

cluir directamente um contrato com terceiro (ou emitir debêntures, praticar os atos necessários à fusão com outra sociedade, etc.).<sup>103-104</sup>

Essa interpretação encontra respaldo entre nós, na sistemática adotada pela Lei n. 6.404/76, de *indelegabilidade* das funções dos órgãos da companhia (arts. 139 e 163, § 7º), conforme expusemos no item 7 supra.

Trimarchi liga essa proibição à tutela de terceiros. Segundo ele, os terceiros são protegidos contra eventuais manobras fraudulentas das companhias por meio de sanções civis e penais dirigidas *aos administradores* (cf., v.g., o art. 158 da nossa Lei n. 6.404/76). Se se permitisse à assembléia substituir-se aos administradores na gestão da sociedade, diz Trimarchi, “da una parte questi sarebbero sottratti alle loro responsabilità, e dall'altra, non si potrebbero, per il divieto dell'art. 14 delle preleggi, *applicare analogicamente a carico dei soci le sanzioni previste per gli amministratori*”. O ilustre comercialista italiano acrescenta, ainda: “Nè si potrebbero istituire sanzioni efficaci a carico dei membri dell'assemblea perchè queste, a causa del gran numero dei soci, e della facilità con cui ciascuno potrebbe provare di non aver conosciuto il carattere fraudolento della deliberazione, non sarebbero opportune e rimarrebbero praticamente inoperanti. Il legislatore, perciò, ha voluto che tutti gli atti di amministrazione della società possano essere conclusi solo da un ristretto consiglio di amministrazione”.<sup>105</sup>

103. Ob. cit., pp. 23-24.

104. Carvalhosa parece ter entendimento diverso do de Trimarchi e Pontes de Miranda, ao classificar como “atos de eficácia imediatamente externa aqueles que objetivam manifestar a vontade social nas relações com terceiros, de caráter contratual bilateral”. Encontram-se nessa categoria, diz ele, “a aprovação de contratos de compra e venda de bens e de prestação de serviços, cuja celebração dependa da manifestação da assembléia. Também se inclui na categoria a constituição de consórcios (arts. 278 e 279)” (*Comentários...* cit., v. 2, p. 517).

De outra parte, Carvalhosa classifica como “de eficácia interna, porém integrativa de atos jurídicos envolvendo outras pessoas jurídicas, os que acarretam modificações institucionais na própria companhia, como a fusão, incorporação e cisão (arts. 223 a 234) ou a constituição de subsidiária integral (arts. 251 a 253) ou a integração em grupo de sociedades (arts. 265 a 277)”, argumentando que, nessas hipóteses, “os atos decorrentes das decisões da assembléia geral projetam-se para o exterior, unindo-se a outras vontades, para formar negócios jurídicos plurilaterais” (ob. e loc. cit.).

105. Ob. cit., p. 24, destaques nossos. Nesse mesmo diapasão, Lobo Xavier, ao cuidar da questão da responsabilidade dos administradores pela execução das deliberações: “A alternativa de responsabilizar os accionistas que votaram a favor da deliberação que ordenou o acto de gestão desacertado constituiria, por várias razões e designadamente pela eventual dificuldade de os individualizar, uma solu-

Destinatários naturais das deliberações de assembleia, assim, são os administradores, a quem compete o seu cumprimento.

A deliberação que os nomeia, bem como aquela que nomeia os conselheiros fiscais, fixando-lhes as respectivas remunerações, atribui-lhes o *poder* de exercer os cargos para os quais foram nomeados, bem como o *direito* de perceber, em decorrência desse exercício, as remunerações e demais vantagens eventualmente estipuladas. A deliberação que aprova o balanço autoriza os administradores a efetuar o pagamento de dividendos, se houver.<sup>106</sup>

Conforme já se ressaltou, porém, os administradores somente têm o dever de cumprir as deliberações *válidas*<sup>107</sup> da assembleia geral, devendo abster-se de executar as que não se revistam de tal qualidade, sob pena de, inclusive, pessoalmente responder por elas (v.g., § 1º, do art. 201, c/c o parágrafo único do art. 190, da Lei n. 6.404/76). Mas, uma vez válidas, como salienta Trimarchi, as deliberações são sempre *vinculantes*:<sup>108</sup> os administradores não somente podem, mas *devem* cumprí-las, pois é precisamente a eles que incumbe o poder-dever de *gerir a sociedade* (art. 138 da Lei n. 6.404/76).<sup>109</sup>

ção inconveniente, do próprio ponto de vista dos terceiros” (ob. cit., p. 361, continuação da nota 101).

106. Carvalhosa classifica como atos de eficácia “puramente interna” aqueles que dizem respeito “à verificação da legalidade dos atos praticados pelos demais órgãos da companhia, como, v. g., a aprovação das demonstrações financeiras e o relatório e contas da administração (art. 132)” (ob. e loc. ult. cit.).

107. A doutrina é unânime no sentido de que os administradores não estão adstritos a cumprir as deliberações eivadas de *nulidade* (v. Lobo Xavier, ob. cit., p. 369, nota 107a, com ampla notícia bibliográfica). No tocante às deliberações *anuláveis*, produzindo estas seus efeitos até sua desconstituição, estão os administradores, *em princípio*, obrigados a executá-las enquanto não forem desconstituídas. Mas essa orientação comporta exceções (v. a longa e aprofundada análise sobre a questão feita pelo ilustre jurista lusitano na ob. cit., pp. 335-373).

108. Quando, evidentemente, tiverem o caráter de *ordem*, pois podem consistir em meras *autorizações*.

109. Ob. cit., pp. 22-23, destaques nossos. O fundamento desse dever dos administradores encontra sua razão de ser, enfim, na própria estrutura *orgânica* da companhia.

### Capítulo III

## O REGIME DE INVALIDADE DAS ASSEMBLÉIAS E DAS SUAS DELIBERAÇÕES NA LEI N. 6.404/76<sup>1</sup>

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.

### 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

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” (pp. 397-417), e a magistral tese de Vasco da Gama Lobo Xavier, também já mencionada, denominada “Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas”. 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 De-*