

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA

ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA é Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo onde leciona como Professor-Doutor do Departamento de Direito Comercial. É Advogado e Parecerista em São Paulo.

É membro do Conselho de Redação da *Revista de Direito Mercantil*, publicada por esta Editora sob os auspícios do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Além de inúmeros artigos, estudos e colaborações em revistas especializadas, publicou pela Malheiros Editores:

- *Conflito de Interesses nas Assembléias de S/A* (1993 – esgotado) e
- *Invalidade das Deliberações de Assembléia das S/A* (1999 – esgotado).

**TEMAS DE DIREITO
SOCIETÁRIO, FALIMENTAR
E TEORIA DA EMPRESA**

 **MALHEIROS
EDITORES**

 **MALHEIROS
EDITORES**

mento, também de normas cogentes relativas ao direito de preferência dos antigos acionistas. No caso dos títulos mencionados no item anterior é possível exigir compulsoriamente o aumento de capital, porque as referidas normas já foram previamente observadas, como demonstrado no corpo do parecer.

3. A “subscrição de ações” ou “emissão de ações” pela Consu-
lente em nome dos assinantes violaria o direito de preferência dos
atuais acionistas da Companhia, previsto no art. 109, IV, da Lei
6.404/1976?”

R.: Inexiste qualquer dúvida a respeito. O aumento de capital, com
a subscrição ou emissão de ações pela Consulente diretamente em fa-
vor dos adquirentes de linhas telefônicas, implicaria violação frontal ao
direito de preferência dos atuais acionistas da companhia. Mais grave
que isso, ainda, *impediria* os atuais acionistas de subscreverem o au-
mento, ainda que em concorrência com aqueles adquirentes.

4. A “subscrição de ações” ou “emissão de ações” pela Consu-
lente em nome dos assinantes implicaria diluição injustificada da
participação acionária dos atuais acionistas da companhia? Em ou-
tras palavras, acarretaria prejuízo econômico aos atuais acionistas da
Companhia?

R.: O aumento de capital sem a outorga do direito de preferência
aos atuais acionistas, impedindo-os, ainda, de subscrevê-lo, irá, *inevi-
tavelmente*, alterar seu percentual no capital social, trazendo *prejuízos
de ordem jurídica*, com a perda de direitos – seja com relação a even-
tuais direitos de minoria, seja com relação ao valor da participação
acionária, seja com relação à diminuição do recebimento de dividen-
dos. Em todos esses casos, o *prejuízo econômico* é também palmar. E
ocorrerá, ainda, diluição injustificada da participação acionária na hi-
pótese de o preço de emissão das ações ser inferior ao seu valor real.

É o parecer, s. m. j.

São Paulo, 13 de novembro de 2007

II – 5

ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA DE TRANSFORMAÇÃO DE SOCIEDADE ANÔNIMA*

I – A teoria das nulidades no direito societário. II – O caso concreto.
III – Conclusão.

CONSULTA

Os doutos advogados Pedro Jorge da Costa Cury e Paulo Guilherme B.
Cruz, da renomada sociedade de advogados Peixoto & Cury Advogados S/C,
solicitam nosso parecer acerca de questão envolvendo a invalidade de delibera-
ções de assembleias de sociedade anônima, que assim pode ser resumida:

I. (a) Em 12.II.1991 foi realizada assembleia-geral extraordinária
da sociedade “Y” S/A (que é a cliente dos Consulentes), onde se tomou
a seguinte deliberação:

“5. *Objetivos:* 5.1 Alteração do Estatuto Social, para incluir a pre-
visão de transformação do tipo de sociedade, conforme estabelecido no
art. 221 da Lei 6.404, de 15.12.1976 – 5.2 *Assuntos gerais.*

“6. *Deliberações* – aprovadas pela unanimidade dos acionistas
presentes a assembleia: 6.1 *Aprovada a inclusão no Estatuto Social de
um Capítulo IX e de um art. 24 com a seguinte redação: ‘Capítulo IX
– Da Transformação – ‘Art. 24. A transformação do tipo da sociedade
poderá ser deliberada pela assembleia-geral de acionistas, conforme
previsto no art. 221 da Lei 6.404/1976’.*”

(b) Posteriormente, em 16.12.1991, nova assembleia-geral extra-
ordinária da sociedade “Y” S/A se realizou, com a presença de acionis-

* Parecer originalmente publicado na RDM 119/255-267, São Paulo, Malheiros
Editores, 2000.

tas representando mais de 90% do capital votante, tendo sido tomada a seguinte deliberação:

“Dando continuidade, propôs o Sr. Presidente a inclusão, no Estatuto Social desta companhia, de novo parágrafo único ao art. 19, com a seguinte redação:

“Art. 19. A assembleia-geral reunir-se-á, ordinariamente, nos 4 (quatro) primeiros meses após o término do exercício social, e extraordinariamente, sempre que os interesses sociais exigirem o pronunciamento dos acionistas.

“Parágrafo único. Todas as deliberações da assembleia-geral serão tomadas por maioria absoluta de votos, inclusive sobre as matérias de que tratam os arts. 136 e 221 da Lei 6.404/1976.”

“Colocada a proposta em debate e posterior votação, foi a mesma integral e unanimemente aprovada, declarando-se em pleno vigor o novo parágrafo único do art. 19 do Estatuto Social, mantidos inalterados os demais artigos” (grifos nossos).

(c) Finalmente, no dia 26.12.1991 foi realizada uma última assembleia da sociedade “Y” S/A, onde se deliberou, com a presença de acionistas representando mais de 98% do capital votante, e por unanimidade de votos dos presentes, entre outras matérias, a seguinte: “A seguir, a assembleia declarou efetivada a transformação desta companhia em sociedade por quotas de responsabilidade limitada sob a denominação de ‘Y’ Ltda., e em pleno vigor o contrato social, para todos os fins e efeitos legais, inclusive quanto à nomeação dos diretores, desde já, empossados” (grifos nossos).

2. Insatisfeita com a transformação da “Y” S/A em sociedade por quotas de responsabilidade limitada, a acionista “X”, titular de ações representativas do percentual de 1,25% do capital social, promoveu, primeiramente, em 11.11.1993, um protesto visando à interrupção da prescrição da ação anulatória daquela deliberação, tomada, como se disse, em 26.12.1991.

Ao depois, em 26.10.1995, propôs demanda a que denominou “ação ordinária de anulação de deliberação assemblear”, cujo pedido é absolutamente preciso:

“Pelo exposto, recebida a presente, só resta à suplicante pedir e requerer:

“1. A citação da ré ..., assim como das litisconsortes

“2. Seja, após a tramitação processual de estilo, julgada procedente a ação e decretada a anulação da deliberação tomada pela maioria dos acionistas de ‘Y’ S/A, que, em assembleia-geral extraordinária, realizada em 26.12.1991, a transformou em sociedade por quotas de responsabilidade limitada, revertendo-a ao tipo jurídico das sociedades anônimas e restabelecidos integralmente os direitos societários titulados à autora.

“3. A condenação nos ônus da sucumbência” (grifos nossos).

Rememorando, pois, ocorreram três assembleias da sociedade “Y” S/A.

As duas primeiras, realizadas, respectivamente, em 12.11.1991 e 16.12.1991, onde foi deliberada a alteração dos Estatutos daquela companhia, prevendo a modificação estatutária efetuada nesta última assembleia – expressamente – a possibilidade de a transformação da sociedade ser efetuada por maioria absoluta de votos; a terceira assembleia, realizada em 26.12.1991, onde foi deliberada a transformação da companhia em sociedade por quotas de responsabilidade limitada, sob a denominação de “Y” Ltda.

O pedido formulado na demanda anulatória voltou-se – de forma inequívoca, como se viu – apenas contra a deliberação tomada na terceira assembleia.

A petição inicial, aliás, logo de início já deixa isso claro: “1.1 A deliberação assemblear que a requerente deseja anular – transformação do tipo jurídico da sociedade – foi tomada em 26.12.1991”; repetindo, mais adiante: “3.3 Assim, sendo, como de fato e de direito é, plenamente legitimada para tanto, vem a petionária rogar a V. Exa. a decretação da anulação da deliberação assemblear tomada em 26.12.1991 por acionistas titulares da maioria do capital social da Y S/A, transformando-a em sociedade por quotas de responsabilidade limitada”.

3. De se ressaltar, por oportuno, que, após a realização da assembleia onde se deliberou a transformação, a autora da demanda, em 17.11.1992 – antes, portanto, de promover o mencionado protesto contra interrupção da prescrição –, exerceu, sem qualquer ressalva, seu direito de preferência para subscrição de novas quotas resultantes de aumento de capital da ré “Y” Ltda., desembolsando quantia equivalente a US\$19.957,30 para integralizá-las.

4. A ação foi contestada, tendo-se argüido preliminares de falta de interesse processual e de prescrição – esta última acolhida em primeiro grau e posteriormente afastada pelo egrégio Tribunal de Justiça.

Retomado o curso do feito, o MM. Juiz da ... Vara Cível deliberou julgar antecipadamente a lide, rejeitando a preliminar de ausência de interesse processual e decretando a procedência da ação para o fim de anular a deliberação que, em 26.12.1991, transformou a companhia em sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Entendeu S. Exa., em suma, que as alterações promovidas no Estatuto com a finalidade de permitir a transformação do tipo social por maioria – objeto das deliberações tomadas nas assembleias realizadas em 12.11.1991 e 16.12.1991 – só poderiam ter sido decididas pela unanimidade dos acionistas.

Em razão desse entendimento, anulou a transformação societária deliberada em 26.12.1991.

Também não viu o ilustre Magistrado sentenciante qualquer incompatibilidade entre o fato de se subscrever – sem qualquer ressalva, repita-se – quotas do capital de uma sociedade de responsabilidade limitada e a pretensão de invalidar *esse mesmo tipo societário*.

Da r. sentença foi interposta apelação, que pende de julgamento no egrégio Tribunal de Justiça.

5. Tendo os Consulentes instruído a consulta com cópias das peças principais dos autos, solicitam nosso parecer sobre a demanda em questão, em particular sobre a conclusão a que chegou a r. sentença apelada, formulando os seguintes quesitos:

1. A deliberação de transformação da sociedade “Y” S/A em sociedade por quotas de responsabilidade, tomada na assembleia de 26.12.1991, violou o art. 221 da Lei 6.404/1976?

2. Eventual vício existente nas deliberações tomadas nas assembleias de 12.11.1991 e 16.12.1991, que alteraram o quórum de deliberação para transformação da sociedade “Y” S/A, poderia ser alegado a qualquer tempo ou conhecido de ofício pelo juiz?

3. A subscrição de quotas decorrentes de aumento de capital da sucessora da sociedade “Y” Ltda., sem qualquer ressalva, implicou aprovação tácita da deliberação de transformação?

PARECER

I – A teoria das nulidades no direito societário

“Não foi sem razão que Vavasseur disse serem as nulidades das sociedades anônimas ‘le plus merveilleux instrument de chantage que jamais législateurs ont inventée’” (Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 4ª ed., vol. III, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945, p. 373, nota 2).

6. Antes da análise do caso concreto, cumpre fazer uma breve digressão sobre a teoria das nulidades no direito societário, uma vez que se deve ter em vista a *especialidade* dessa teoria para a correta interpretação dos dispositivos legais que cuidam da matéria na Lei 6.404/1976 – e, conseqüentemente, para a solução a ser dada à hipótese controvertida.

Essa digressão torna-se mais necessária ainda porque, infelizmente, a teoria das nulidades no direito societário, talvez por apresentar aspectos de grave complexidade, é muito pouco estudada em nosso país.

7. A necessidade de uma disciplina especial para as nulidades no direito societário foi por primeiro apercebida por Carvalho de Mendonça, ao comentar o regime do Decreto 434, de 4.7.1891, que durante quase 50 anos regeu as sociedades anônimas entre nós. Após examinar os inúmeros casos de nulidade da constituição da companhia previstos naquele diploma legal, observava ele: “Todas essas nulidades são de pleno direito e absolutas. São de ordem pública, porque visam não somente proteger os sócios e terceiros contra os atos dos fundadores, como ainda salvaguardar o crédito público, facilmente exposto a perigo pela emissão e circulação de títulos de sociedades viciadas. Não podem ser ratificadas, expressa ou tacitamente, nem sanadas pelos interessados, nem relevadas pelo juiz. Qualquer pessoa a quem interessar a sua declaração a pode arguir ou propor independentemente da prova de prejuízo. A forma que a lei exige para qualquer ato presume-se não observada e preenchida se do mesmo ato não consta ter sido observada, ainda que por outro isso se prove”.¹

1. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 4ª ed., vol. III, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945, n. 1.000, p. 372. Os problemas gerados pela aplicação do regime das nulidades, elaborado no direito comum, às companhias passou

O eminente comercialista pátrio criticava, de forma contundente, esse regime de invalidades, com as seguintes considerações: “O sistema legal quanto à nulidade da constituição das sociedades anônimas não resiste à mais benigna censura. Derramaram-se profusamente os casos de nulidade para afugentar a fraude. A preocupação tornou-se obsessão. A sociedade exerce a sua atividade e explora o seu objeto por longos anos. Celebra contratos que tiveram execução, cria relações jurídicas; de repente se vê ameaçada pela ação de nulidade. Anima-se o apetite dos desonestos; dá-se foros de cidade à profissão de demandista. O portador de uma ação que seja, sem ter sofrido prejuízo direto, desacredita a mais forte sociedade com a demanda perversa, baseada, não raro, em futilidades, como esta: ‘Eu não assinei os estatutos, não obstante ter participado da assembléia constituinte, que os aprovou, ter recebido dividendo e vendido com ágio as ações que subscrevi. Comprei-as de novo na baixa e pretendo anular a sociedade!’ A lei, procurando vedar a fraude, contradiz-se, açulando-a e ferindo mais duramente os inocentes do que os culpados”.

Taçava Carvalho de Mendonça, logo a seguir, então, as linhas-mestras da reforma que viria a ser feita pelo Decreto-lei 2.627, de 26.9.1940 (mantida praticamente intacta, como veremos, pela Lei 6.404, de 15.12.1976): “Para quê esse rigor – perguntava ele –, se temos instituído o *Registro do Comércio*, no qual as sociedades depositam os seus *documentos legais* para poderem funcionar? Por que não se dá aos encarregados deste Registro o direito de verificar a legalidade dos documentos fundamentais da organização da sociedade, isto é, se o ato constitutivo está conforme a lei e se as condições exigidas para a existência da sociedade foram cumpridas? Por que a lei não se limita a estabelecer sérias responsabilidades civis e penais contra os fundadores que a infringirem? As nulidades devem ser reduzidas às estritamente necessárias e em todo o caso sujeitas às seguintes regras: (1^a) prescrição da ação dentro do ano da constituição da sociedade; (2^a) ratificação pelas assembléias, funcionando com dois terços. As infrações da lei, às

quais não fôsse cominada a pena de nulidade, teriam como sanção a responsabilidade direta e solidária dos fundadores para com os interessados pelos prejuízos, perdas e danos que êstes sofressem”.²

Como se vê, a crítica do grande comercialista punha a nu os problemas gerados pelo regime das nulidades, tal qual concebido no direito comum, quando aplicado às companhias.

No que tange à invalidade das deliberações de assembléia tomadas durante a vida da companhia, o eminente jurista pátrio também criticava o sistema adotado pelo Decreto 434 (arts. 144-146), sobretudo em virtude de não ter estabelecido “prazo curto para a prescrição da ação do acionista”.³

8. O legislador de 1940 terminou por acatar, no principal, as sugestões de Carvalho de Mendonça.

Atribuiu ao Registro do Comércio, no art. 53 do Decreto-lei 2.627, a função de examinar se no ato de constituição da companhia haviam sido observadas as prescrições legais, bem como se nele figuravam cláusulas contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; e, ainda, o dever de exercer a mesma fiscalização nos casos de reforma ou alteração dos estatutos (§ 3º). Estabeleceu, no art. 155, prazo de prescrição ânua para anulação da constituição da companhia por vícios ou defeitos verificados no referido ato, prevendo expressamente, no parágrafo único desse mesmo dispositivo, ser lícito à sociedade, por deliberação de assembléia-geral extraordinária, providenciar a sanação do vício ou defeito, mesmo depois de proposta a ação. Previu, no art. 156, o prazo prescricional de três anos para “anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, ou violadoras da lei ou dos estatutos, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação”. Determinou, expressamente, no art. 138, “a”, que, na hipótese de anulação de sua constituição, a companhia dissolver-se-ia, entrando em liquidação.

Miranda Valverde, autor do anteprojeto que viria a se converter no Decreto-lei 2.627, afirmou taxativamente, nos comentários que fez ao art. 155 desse diploma legal, que não se admitia mais a possibilidade

2. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, cit., 4^a ed., vol. III, n. 1.002, pp. 372-374.

3. Idem, vol. IV, p. 37.

a ser primeiro estudado no tocante à *constituição* das sociedades anônimas, dadas as óbvias conseqüências negativas que a restituição ao *statu quo ante* – tradicional sanção prevista para os atos nulos e anuláveis – acarretaria nessa hipótese. As soluções imaginadas para a invalidade dos atos constitutivos irradiaram-se – na parte compatível, evidentemente – às deliberações de assembléias realizadas durante a vida da companhia.

de sociedades anônimas nulas ou inexistentes, e que havia sido repudiado o regime comum das nulidades, “de difícil ou impossível aplicação às pessoas jurídicas”.⁴ Argumentava o eminente jurista que “a afirmação de que o ato jurídico nulo não existe é um nada - *nihil actum est* -, soçobra no mar agitado da vida econômica”,⁵ obtemperando, outrossim, que “a teoria das nulidades está, ainda, por fazer-se”.

Daí ter o Decreto-lei 2.627/1940 previsto – *em sentido exatamente oposto ao Direito anterior* – um regime exclusivamente de anulabilidade dos atos societários, nos arts. 155 e 156 (correspondentes aos arts. 285 e 286 da atual Lei 6.404/1976), *in verbis*:

“Art. 155. A ação para *anular* a constituição de sociedade anônima ou companhia, por vícios ou defeitos verificados naquele ato, prescreve em 1 (um) ano, a contar da publicação de seus atos constitutivos.

“Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à sociedade, por deliberação da assembleia-geral extraordinária, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.

“Art. 156. Prescreve em 3 (três) anos a ação para *anular* as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, ou violadoras da lei ou dos estatutos, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação”.

Os ensinamentos de Miranda Valverde, muito embora criticados por Pontes de Miranda, foram aceitos pelos doutrinadores que comentaram o Decreto-lei 2.627/1940,⁶ tendo, mesmo, o colendo STF, em acórdão de lavra do eminente comercialista Min. Cunha Peixoto, chegado ao exagero de afirmar, taxativamente, que “inexiste, na Lei de S/A – Decreto-lei n. 2.627/1940 –, nulidade absoluta, e tanto é verdadeira esta

4. *Sociedade por Ações*, vol. III, n. 809, 3ª ed., p. 94.

5. *Idem*, n. 811, pp. 97-99.

6. Cf. Ruy Carneiro Guimarães, *Sociedades por Ações*, vol. III, pp. 286-289, e, ainda, Cunha Peixoto, *Sociedades por Ações*, 5ª vol., p. 66.

A especialidade da teoria das nulidades no direito societário foi magistralmente demonstrada por Tullio Ascarelli em dois percucientes estudos publicados entre nós abordando, especificamente, os arts. 155 e 156 do Decreto-lei 2.627/1940: “Os vícios de constituição das sociedades anônimas e a prescrição” e “Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, pp. 379-393 e pp. 395-417, respectivamente.

assertiva que, como se verifica pelos arts. 155 e ss., o prazo prescricional, no tocante aos atos eivados de irregularidades, não excede a três anos, o que contrastaria com a nulidade absoluta, pois é conhecido o brocardo latino: *quod nullum est, nullum producit effectum*”.⁷

9. O regime especial de invalidade dos atos societários inaugurado com o Decreto-lei 2.627/1940 foi mantido praticamente intacto pela atual Lei 6.404/1976, que, em seus arts. 285 e 286, assim dispôs:

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

“Parágrafo único. Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembleia-geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.

“Art. 286. A ação para *anular* as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”.

Como se vê, referidos dispositivos prevêm apenas a *anulabilidade* dos atos societários,⁸ estabelecendo, outrossim, prazos prescricionais muito mais curtos que aqueles existentes no direito comum (cf. CC, art. 178, § 9º, V).⁹ [Nota: CC de 1916; no CC de 202, art. 178]

7. RTJ 102/731.

8. Igualmente, o § 4º do art. 115 da Lei 6.404/1976, que trata de uma hipótese específica de *anulabilidade* da deliberação: “§ 4º. A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é *anulável*; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido”.

9. Mesmo assim, todavia, o direito societário brasileiro está, nessa matéria, em dessintonia com o mundo atual, onde os prazos – *de decadência*, ressalte-se – para anulação das deliberações são significativamente mais abreviados ainda. Para ficar em alguns exemplos: a *AktG* alemã de 1937 previa um prazo de 1 mês; a *AktG* de 1965, *idem* (§ 246, 1); o Código das Obrigações suíço de 1911, o prazo de 2 meses (art. 706, n. 4); o Código Civil italiano de 1942, o prazo de 3 meses (art. 2.377); o Código de Sociedades Comerciais português de 1986 estabelece o prazo de 30 dias (art. 59º); a Lei de Sociedades Comerciais argentina de 1972, o prazo de 3 meses (art. 251); o Código Comercial boliviano de 1977, o prazo de 60 dias (art. 302); o Código Comercial venezuelano de 1955, o prazo de 15 dias (art. 290); a Lei de Sociedades equatoriana de 1977, o prazo de 30 dias (arts. 229 e 291, 1º); e assim por diante.

Essa diferença de regime com relação ao direito comum justifica-se em face do interesse na *estabilidade das deliberações da companhia*,¹⁰ aliado à tutela do interesse de terceiros, que com ela contratam confiando na regularidade do arquivamento de seus atos constitutivos e subsequentes alterações, fiscalizado pelo Registro do Comércio, conforme ensinamento de Ascarelli.¹¹

Esse regime especial de invalidades acha-se consagrado na Lei 6.404 e informa tanto as nulidades que dizem respeito ao ato de constituição da companhia quanto as que se referem às deliberações assembleares em geral.

Confirmando o quanto acima dito, eis a lição de Alfredo Lamy Filho (como se sabe, um dos autores do anteprojeto que veio a se converter na Lei 6.404/1976):

“4.1 Com efeito – e vale como esclarecimento –, no âmbito do direito societário não tem aplicação irrestrita a teoria das nulidades do direito civil, regida pelo princípio *quod nullum est, nullum producit effectum*: como sustenta Trajano Valverde (*Sociedade Anônima*, vol. III, n. 811, p. 94), ‘não seria possível, realmente, ainda quando nula *ab origine*, dizer-se que uma sociedade, como sujeito de direito, não existiu ou é como se nunca tivesse existido’. Pontes de Miranda (1954-1969, t. LI, p. 106), embora oponha restrições a Trajano, afirma: ‘O princípio em que se assentou a doutrina contemporânea, diante da política protetiva dos interesses de terceiros, foi o *princípio de eliminação da causa de invalidade*, ou *princípio de sanção*, se, pela natureza da causa, é ela eliminável’ (grifos do autor).

“4.2 Tal critério está consagrado no art. 285 da Lei de S/A (que repete o art. 155 do Decreto-lei 2.627/1940):

10. V. a lição de Francesco Galgano sobre o sistema de nulidades no direito societário italiano: “La ragione della conversione della nullità in annullabilità non è qui dissimile da quella della analoga conversione che si verifica nella ipotesi di nullità dell’atto costitutivo della società (art. 2.332). *L’interesse protetto è l’interesse alla stabilità delle deliberazioni*: l’interesse a che le deliberazioni assembleari – anche quelle contrarie a norme imperative – non siano in perpetuo esposte all’azione di nullità di un qualsiasi interessato e restino, quindi, in una condizione di perenne incertezza” (*Il Ne-gozio Giuridico*, Milão/Itália, Giuffrè Editore, 1988, p. 253 – grifos nossos).

11. Ascarelli, “Os vícios de constituição das sociedades anônimas e a prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, pp. 379-393.

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

“Parágrafo único. *Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembleia-geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito*’ (grifamos).

“4.3 Quanto às deliberações da assembleia-geral, após a constituição, e com mais razão, prevalece a mesma norma. Ouça-se, a propósito, Trajano Valverde (comentando texto semelhante ao vigente): ‘A assembleia-geral pode sempre rever as suas próprias deliberações. Pode assim cancelar ou anular deliberação anterior e ratificar todos os atos que interessem à sociedade. Ressalvados, pois, os direitos de terceiros, acionistas ou não, a deliberação atacada é passível, em princípio, de revisão e retificação. E a validade desta será indiscutível se teve por fim sanar irregularidades’ (1959, vol. III, p. 111, n. 832).

“4.4 Por outro lado, têm tranqüila aplicação no direito societário as normas gerais do direito comum, como, v.g., os arts. 148 e 153 do Código Civil, que valem reproduzidos:

“Art. 148. O ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro. *A ratificação retroage à data do ato*’ (grifamos).

“Art. 153. A nulidade parcial de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. A nulidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal’.”¹²⁻¹³

12. Alfredo Lamy Filho, parecer intitulado “Acordo de acionistas sobre exercício do direito de voto”, in *A Lei das S/A*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, pp. 545-546.

13. No sentido de que a Lei 6.404/1976 se afastou do regime comum de nulidades, v. Bulgarelli, “Anulação da assembleia-geral de sociedade anônima”, in *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial (O Direito das Empresas)*, onde salienta que “a tendência dominante é a de minorar o radicalismo da nulidade absoluta, no campo societário, para reconhecer os efeitos dos atos ditos nulos ou inexistentes, impedindo a sua retroatividade e permitindo a sua retificação, a que os espanhóis chamam de *subsanción* do vício” (p. 162; o parecer em questão foi publicado também no *Manual das Sociedades Anônimas*, pp. 181-189, e na *RT 514/57*).

No mesmo diapasão, Leães, no parecer denominado “Vícios em assembleia-geral ordinária” (in *Estudos e Pareceres sobre Sociedades Anônimas*, São Paulo, Ed. RT, 1989), afirma que nossa lei “afasta-se do regime comum das nulidades” (p. 161).

10. O regime de invalidades no direito societário, portanto, tem como *regra geral* a *anulabilidade* das deliberações. As hipóteses de *nulidade* são a *exceção*.

Quando ocorre nulidade absoluta, verdadeira e própria, dos referidos atos?

Em primeiro lugar, quando as deliberações atingem direitos ou interesses que *extravassam da órbita societária*, como aquelas que violam a ordem pública ou os bons costumes (determinando, por exemplo, que os administradores pratiquem crimes ou contravenções, simulações, fraudes etc.) ou interesses de terceiros (aprovando, por exemplo, um balanço falso, destinado a induzi-los em erro, ou dispondo de direitos dos terceiros que contratam com a sociedade); ou, ainda, quando, *dentro da órbita societária*, estabelecem disciplina estatutária em contraste com disposição imperativa (prevendo, por exemplo, responsabilidade *solidária* de alguns acionistas, diminuindo os prazos de convocação das assembleias etc.) ou atingindo direitos irrenunciáveis ou inderrogáveis dos acionistas (privando alguns acionistas de participar dos lucros, retirando direitos indisponíveis da minoria etc.).¹⁴

Mesmo no tocante a essa última hipótese – de deliberação que viole direitos irrenunciáveis ou inderrogáveis dos acionistas – a doutrina faz importante distinção: é *nula a cláusula estatutária* ou deliberação que crie uma *disciplina* em contraste com a lei; mas a deliberação que, *no caso concreto*, desrespeitar o direito irrenunciável ou inderrogável do

Priscila Corrêa da Fonseca é do mesmo sentir, embora reconhecendo que em muitos casos “a ação é de nulidade e não de anulação” (*Suspensão de Deliberações Sociais*, pp. 150-154; a citação é da p. 154).

Wilson de Souza Campos Batalha acata as lições de Ascarelli constantes dos estudos acima citados (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. III, pp. 1.191-1.208, *passim*).

V., ainda, os julgados da 4ª Câmara Cível do TJSP, relatado pelo preclaro comerciantista Des. Freitas Camargo (*RT* 624/57), e do 1º Grupo de Câmaras do TJRJ, relatado pelo Des. Pedro Américo Rios Gonçalves (*RJTJRJ* 48/112, *apud* Wilson Bussada, *Sociedade Anônima Interpretada pelos Tribunais*, pp. 478-486), ambos repudiando a aplicação do regime comum de nulidades, com base nas lições de Valverde.

14. Sobre toda essa matéria cf. a magistral tese de Vasco da Gama Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Coimbra/Portugal, Atlântida Editora, 1976, especialmente o Capítulo II, pp. 87-261. Cf., ainda, nosso *Invalidez das Deliberações de Assembleia das S/A*, São Paulo, Malheiros Editores, 1999, pp. 65-118.

acionista é apenas *anulável*. É que tal direito, embora irrenunciável *a priori*, pode não ser exercido na hipótese concreta pelo acionista.¹⁵

Veja-se o claro ensinamento de Ascarelli a respeito, em comentário ao art. 78 do Decreto-lei 2.627/1940, que cuidava dos direitos essenciais dos acionistas (correspondente, quase que *ipsis litteris*, ao art. 109 da atual Lei de S/A): “É, por isso, no Direito Brasileiro, *impugnável* um aumento de capital que, *no caso concreto*, despreze o direito de preferência do acionista; é, ao contrário, *nula a modificação estatutária* (ou a cláusula do estatuto) que prive, de modo geral, o acionista do seu direito de preferência”¹⁶ (grifos nossos).

11. Além dos *vícios das deliberações*, porém, o art. 286 da Lei 6.404/1976, repetindo redação criticada do art. 156 da anterior Lei de S/A, prevê duas outras espécies de vícios, a saber: (i) *vícios da própria assembleia* – que pode ter sido irregularmente *convocada* (ou, mesmo, não convocada) ou *instalada*, por força de violação da lei ou do estatuto, hipótese em que o vício, obviamente, atingirá *todas as deliberações* que nela forem tomadas; (ii) *vícios dos votos* – que podem ter sido proferidos em virtude de erro, dolo, fraude ou simulação (ou, ainda, em virtude da incapacidade do votante, ou de violação do disposto no § 1º do art. 115, no § 1º do art. 134 ou no § 2º do art. 228).

Os *vícios do voto* só acarretam a invalidade da deliberação, porém, *se forem determinantes para a formação da maioria*; do contrário a deliberação se mantém de pé, por força do princípio *utile per inutile non vitiatur*, previsto no art. 153 do Código Civil. De qualquer forma, porém, referidos vícios, ainda quando decisivos para a formação da maioria, acarretam, tão-somente, a *anulabilidade* da deliberação.¹⁷

15. Cf. Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 404.

16. Idem, pp. 404-405. Acatava expressamente essa lição Aloysio Lopes Pontes (*Sociedades Anônimas*, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1954, pp. 494-495).

17. Mesmo quando o voto for *absolutamente nulo* a deliberação será apenas *anulável*, sujeita à propositura da ação respectiva no prazo do art. 286 da Lei 6.404/1976 (cf.: Ascarelli, “Vícios das deliberações assembleais – Direitos individuais dos acionistas – Prescrição”, cit., in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, p. 413 e nota 47, referindo-se ao art. 156 do Decreto-lei 2.627/1940; Giuseppe Romano-Pavoni, *Le Deliberazioni delle Assemblee delle Società*, Milão/Itália, Giuffrè Editore, 1951, pp. 354-355; Pietro Trimarchi, *Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, Milão/Itália, Giuffrè Editore, 1958, p. 128).

No tocante aos *vícios de assembléia*, a regra geral também é a da *anulabilidade* do conclave, nos precisos termos do art. 286, com a única ressalva da hipótese de *ausência de convocação*, que a doutrina entende ser caso de nulidade absoluta, ou mesmo de inexistência.¹⁸

A ocorrência de defeitos na convocação ou instalação, porém, não esgota os casos de irregularidade que a doutrina costuma classificar como *vícios da assembléia*. Dentre tais casos acham-se também, exemplificativamente, os seguintes: (i) inobservância da ordem-do-dia (art. 124, *caput*); (ii) recusa de participação ao acionista (ou seu representante – cf. §§ 1º e 4º do art. 126) na assembléia; (iii) inexistência do quórum legal ou estatutário das deliberações (arts. 129 e 136); (iv) falta de lavratura da ata (art. 130), condição de *eficácia* da assembléia; (v) ausência de publicação prévia dos documentos da administração (art. 133, ressalvada a hipótese do art. 294, II); (vi) inobservância do procedimento e demais formalidades estabelecidas no art. 134, *caput* e seus §§ 1º e 2º; etc.

Assume especial relevância para o presente parecer o vício consistente no desrespeito a regras de quórum de deliberação em determinada assembléia.

Ascarelli opinou claramente pela *anulabilidade* do conclave ou da deliberação, nesse caso.¹⁹

Esta também nos parece a melhor opinião, em face da interpretação sistemática da nossa lei. Basta pensar que, se a ausência de quórum

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

18. Cf. Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, cit., t. L, § 5.322, n. 6, p. 289), Comparato (parecer na RT 507/35-49, São Paulo, Ed. RT), Batalha (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., vol. III, p. 1.205) e Waldemar Ferreira (*Tratado de Direito Comercial*, 4ª vol., São Paulo, Saraiva, 1961, p. 366).

19. Cf. Ascarelli, “Sui poteri della maggioranza nelle società per azioni”, in *Studi in Tema di Società*, Milão/Itália, Giuffrè Editore, 1952, pp. 103-104, continuação da nota 7, e “L’interesse sociale dell’art. 2441 Cod. Civile. La teoria dei diritti individuali e il sistema dei vizi delle deliberazioni assembleari”, *Rivista delle Società* V/110-111, 1956. V., ainda, Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., pp. 211-217, nota “d”, com ampla notícia bibliográfica sobre o assunto.

deliberante se verificar posteriormente, em virtude da anulação de determinados votos, por exemplo, a solução será, expressamente, a *anulabilidade* (§ 4º do art. 115: “A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é *anulável*”; assim como é *anulável* a deliberação tomada em decorrência de votos eivados de “erro, dolo, fraude ou simulação”, nos termos do art. 286).

12. Para finalizar, resta dizer que, diferentemente do que ocorre no direito comum, o caráter cogente ou imperativo das normas societárias, por si só, não define se os atos violadores das mesmas são nulos ou anuláveis.

São claramente cogentes, por exemplo, as normas referentes a convocação e instalação das assembléias;²⁰ no entanto, o art. 286 prevê que a ação para *anular* a assembléia irregularmente convocada ou instalada prescreve em *dois* anos (o que, obviamente, contrasta com a nulidade absoluta, que é, segundo alguns, imprescritível ou, segundo outros, prescritível no prazo maior de 20 anos, previsto para as ações pessoais no art. 177 do CC).

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

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

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

“§ 1º. A primeira convocação da assembléia-geral *deverá* ser feita com 8 (oito) dias de antecedência, *no mínimo*, (...); não se realizando a assembléia, *será* publicado novo anúncio, (...), com antecedência *mínima* de 5 (cinco) dias.

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

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

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

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

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

Importante nessa matéria, pois, segundo a melhor doutrina, é perquirir o *interesse protegido pelo legislador*: se se tratar de violação de norma que proteja direito ou interesse concreto dos acionistas, o vício será o de *anulabilidade*; se se cuidar de violação a norma que proteja direito ou interesse estranho à órbita societária, o vício será o de *nulidade absoluta*.²¹

Examinado, sumariamente, assim, o regime das nulidades em direito societário, podemos nos debruçar sobre a questão versada na consulta que nos foi formulada.

II – O caso concreto

13. A demanda aforada pela acionista “X” em face da então sociedade “Y” S/A objetiva única e exclusivamente, como se viu, a anulação da deliberação de transformação da companhia em sociedade por quotas, tomada em 26.12.1991.

A solitária objeção feita na inicial contra esse conclave foi a de que não poderia a transformação ser deliberada por maioria, nos termos do art. 221 da Lei 6.404/1976, que assim dispõe: “Art. 221. A transformação exige o consentimento unânime dos sócios ou acionistas, *salvo se prevista no estatuto ou contrato social*, caso em que o sócio dissidente terá o direito de retirar-se da sociedade” (grifos nossos).

Ora, se alguma dúvida pudesse restar quanto ao alcance da modificação estatutária da companhia feita na assembléia realizada em 12.11.1991, na assembléia subsequente, realizada em 16.12.1991, essa dúvida teria se dissipado. Neste último conclave alterou-se o parágrafo único do art. 19 do Estatuto (alteração imediatamente vinculante para os acionistas, nos termos do § 1º do art. 135, *a contrario sensu*), para ficar constando expressamente o seguinte – repita-se:

“Dando continuidade, propôs o Sr. Presidente a inclusão, no Estatuto Social desta companhia, de novo parágrafo único ao art. 19, com a seguinte redação:

“Art. 19. A assembléia-geral reunir-se-á, ordinariamente, nos 4 (quatro) primeiros meses após o término do exercício social, e extraor-

21. Cf. Lobo Xavier, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, cit., *passim*.

dinariamente, sempre que os interesses sociais exigirem o pronunciamento dos acionistas.

“*Parágrafo único. Todas as deliberações da assembléia-geral serão tomadas por maioria absoluta de votos, inclusive sobre as matérias de que tratam os arts. 136 e 221 da Lei 6.404/1976*”.

“Colocada a proposta em debate e posterior votação, foi a mesma integral e unanimemente aprovada, declarando-se em pleno vigor o novo parágrafo único do art. 19 do Estatuto Social, mantidos inalterados os demais artigos” (grifos nossos).

Portanto, quando se deliberou, na assembléia de 26.12.1991 – guereada na petição inicial –, transformar a sociedade *por maioria*, este quórum já era previsto *estatutariamente, pelo que a decisão da assembléia pautou-se, rigorosamente, pelo disposto no art. 221 da Lei de S/A*.

A deliberação de transformação da então “Y” S/A em sociedade por quotas, portanto, tomada no conclave realizado em 26.12.1991, *está isenta de qualquer vício*, sendo absolutamente hígida, em nosso parecer.

Não se lhe imputou qualquer outro defeito na inicial, além daquele – inexistente – consistente em suposto desrespeito ao aludido dispositivo legal.

14. Na verdade, se algum vício tivesse havido no caso *sub examine*, esse vício teria, então, de acordo com o que sustenta a demandante, ocorrido nas assembléias anteriores, que modificaram o quórum de deliberação para a transformação, especificamente na assembléia de 16.12.1991.

Mas o pedido formulado na inicial – inequivocamente, como se viu – não se volta contra as assembléias anteriores, mas unicamente contra aquela efetuada em 26.12.1991.

Ademais, qualquer pretensão anulatória contra a deliberação tomada nos conclaves realizados em 12.11.1991 e 16.12.1991 estaria irremediavelmente prescrita, a teor do disposto no art. 286 da Lei 6.404/1976, que prevê um prazo de dois anos para o ajuizamento da ação.

De qualquer forma, é de se observar que respeitabilíssima opinião trazida à colação na contestação sustenta que os acionistas podem, *por maioria*, modificar o quórum de deliberação para a transformação, exercendo eventuais dissidentes o direito de recesso (pelo que as assembléias de 12.11.1991 e 16.12.1991 *também* não padeceriam de vício nenhum):

“*Permissão estatutária para a transformação* – Expõe o Consuente (item 1) que do seu Estatuto ‘não consta a permissão para a transformação em qualquer tipo societário’, como mencionado no art. 221 da Lei das Sociedades Anônimas, e indaga se pode o Estatuto ser reformado para a inclusão de cláusulas autorizando a transformação mediante deliberação de acionistas que representem dois terços do capital social.

“A alteração do Estatuto, para a inclusão da cláusula permissiva da transformação, é possível, apesar da oposição ou restrições a esse ponto de vista feitas esporadicamente (v. Félix Ruiz Alonso, ‘Sobre a transformação de sociedades’, *Revista de Direito Comercial*, Ano II, n. 4, janeiro-março/1978, pp. 72 e ss.).

“Trata-se de mera reforma estatutária, requerendo, apenas, a presença de acionistas que representem dois terços das ações votantes (Lei das S/A, art. 135). A decisão será tomada por maioria simples (metade mais um dos votos de acionistas presentes, na forma do art. 129), já que a introdução dessa permissão no Estatuto não consta do elenco de restrições estabelecidas no art. 136. Contrariamente à opinião de Ruiz Alonso, a introdução dessa cláusula no Estatuto não necessita da aprovação da unanimidade dos acionistas, que não é exigida em nenhuma passagem da Lei das Sociedades Anônimas em relação a esse fato.”²²

15. Mas, ainda que se rejeite essa opinião e se aponte um vício na assembléia realizada em 16.12.1991, cuida-se, porventura, de vício de nulidade absoluta, que possa ser alegado a qualquer tempo ou conhecido de ofício pelo juiz?

Referida assembléia deliberou *por maioria*, como se viu, alterar o quórum de deliberação para a transformação da sociedade.

Segundo sustenta a inicial, somente a *unanimidade* dos acionistas poderia tê-lo feito, invocando o disposto no art. 221 da Lei de S/A.²³

22. Cf. Fran Martins, *Direito Societário – Estudos e Pareceres*, pp. 288-289.

23. De se notar que o julgado colacionado pela autora da demanda na petição inicial, do colendo STF, a propósito de alteração de regra de quórum de *condomínio*, é totalmente inaplicável à hipótese de *sociedade*.

Antes de mais nada, o condomínio das partes comuns de um edifício é *compropriedade* (art. 623 do CC), pelo que o julgado fundou-se, expressamente, no art. 153, § 22, da CF de 1969, que garantia o *jus proprietatis* (“Se a modificação das partes comuns está jungida à unanimidade, a da convenção que assim dispõe também fica vinculada à concordância de todos os condôminos, sob pena de cair por terra a garan-

Qual o vício apontado pela inicial, *in casu*?

Evidentemente, um vício do quórum da deliberação. A lei prevê *unanimidade*, e a assembléia deliberou *por maioria*.

Ora, o vício do quórum deliberante, como se viu, acarreta apenas a *anulabilidade* do conclave, e não a sua nulidade.

Tanto assim é que, se tivesse havido unanimidade mas alguns dos votos tivessem sido viciados por erro ou dolo, por exemplo, a invalidação desses votos causaria tão-somente a *anulabilidade* da deliberação, nos precisos termos do art. 286 da Lei 6.404/1976.

Ademais, a norma do art. 221 *protege interesse do acionista*. Sua infringência, pois, acarreta apenas a *anulabilidade* do ato.

Assim já decidiu, aliás, o colendo TJSP, em caso idêntico, mediante acórdão unânime da 5ª Câmara, de lavra do eminente Des. Marco César Müller Valente, e que tem o seguinte teor:

“*Sociedade anônima* – Assembléia-geral – Transformação em sociedade por quotas de responsabilidade limitada através de votação majoritária – Inadmissibilidade – Necessidade do consentimento unânime dos acionistas, por acarretar substanciais alterações nas responsabilidades no poder de decisão dos sócios ou acionistas – Art. 221 da Lei federal n. 6.404, de 1976 – Inexigibilidade, outrossim, de prova de prejuízo com a transformação – *Hipótese de anulação do deliberado, e não de declaração de nulidade* – Ação procedente – Recurso provido.

(...).

tia inicialmente consignada, colocando-se em plano secundário o princípio da não-contradição. *Vulnera o preceito constitucional assegurador da intangibilidade do direito de propriedade* decisão judicial em que desse modo não se conclui”).

A relação de condomínio – lembre-se – é de *direito real*; a de sociedade, de *direito pessoal*.

Ademais, na hipótese trazida a confronto na inicial, a alteração da convenção de condomínio no tocante ao quórum deu-se *após o ajuizamento da ação*: “Dir-se-á, como o fez a Corte de origem, que, em data posterior, a maioria dos condôminos houve por bem alterar o teor do art. 2º da Convenção quanto ao consenso unânime. Isso realmente ocorreu *quando já ajuizada a presente demanda*”. No caso *sub examine* a alteração da regra de quórum deu-se muito antes da demanda, explicitamente na assembléia de 16.12.1991. Mas *não foi esta a assembléia impugnada na inicial*, e sim aquela em que se deliberou a transformação – quando já previsto estatutariamente, portanto, o quórum de deliberação majoritário.

“A autora, ora apelante, titular de ações que representavam 24,947% do capital social da primeira ré, propôs a presente ação visando à *anulação* ou *declaração de nulidade* de deliberação tomada em assembléia-geral extraordinária desta, debaixo de impugnação da demandante, consistente em *introduzir nos Estatutos Sociais a permissão de transformação da empresa de sociedade anônima para sociedade por quotas de responsabilidade limitada*.

“Em primeiro passo, deixe-se assentado, ante o pedido alternativo, que o caso é de *anulação do deliberado, não de declaração de nulidade*.

“Com efeito, o que se invoca é norma de proteção a acionista, e este poderia deixar de postular tal proteção, o que deixa evidenciado que a decisão da assembléia não caberia ser declarada nula. Ao invés, operaria seus efeitos, não pedindo o acionista sua desconstituição.”²⁴ (grifos nossos).

Conclui-se, assim – ainda quando se entenda que a decisão tomada na assembléia de 16.12.1991, alterando o quórum para deliberação sobre transformação, seja viciada –, que o vício da referida deliberação não encerra hipótese de nulidade absoluta, mas de mera *anulabilidade*, a qual não pode ser decretada de ofício pelo magistrado, estando, outrossim, irremediavelmente *prescrita* a ação para anulá-la, no caso concreto.

16. De outra parte, a circunstância de a autora da demanda ter exercido, quase um ano após a assembléia de transformação, direito de preferência para subscrição de novas *quotas* resultantes de aumento de capital da sociedade “Y” Ltda., *sem qualquer ressalva*, revela, com a devida vênia, inequívoca aquiescência com a transformação operada.

Não se compreende que a referida acionista, que se queixa, na inicial, de prejuízos que lhe foram causados pela *supressão de direitos ocorridos precisamente em razão da transformação*, não tenha minimamente ressalvado sua inconformidade por ocasião da subscrição de *quotas da sociedade transformada!*

24. RJTJSP 114/257-258.

Ora, tanto a doutrina como a jurisprudência têm recusado legitimação para agir ao acionista que, contemporânea ou posteriormente à deliberação, a tenha aprovado.²⁵

A recusa de legitimação para agir ao acionista que aprovou a deliberação funda-se no princípio que inadmite o *venire contra factum proprium* – “principio di logica e di Diritto, per cui non si può far valere in giudizio la pretesa lesione di un interesse allorquando si è posto in essere o concorso a porre in essere il fatto preteso lesivo”.²⁶

Pietro Trimarchi recorda, a propósito, que a proibição de impugnação da deliberação prevista no Código Civil italiano para essa hipótese (art. 2.377) deveu-se, consoante a Exposição de Motivos (“Relazione”), ao intuito de evitar que a ação de anulação pudesse “trasformarsi in uno strumento per tardive azione di dubbia serietà”.²⁷

III – Conclusão

17. Concluindo, passamos a responder aos quesitos que nos foram formulados.

RESPOSTAS AOS QUESITOS

1. A deliberação de transformação da sociedade “Y” S/A em sociedade por quotas de responsabilidade, tomada na assembléia de 26.12.1991, violou o art. 221 da Lei 6.404/1976?

R.: Não, em hipótese alguma. Por ocasião da mencionada deliberação o Estatuto já havia sido previamente alterado, prevendo-se quó-

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

26. Cf. Aurelio Candian, *Nullità e Annullabilità di Delibere di Assemblée delle Società per Azioni*, Milão/Itália, Giuffrè Editore, 1942, p. 159.

27. Pietro Trimarchi, *Invalidità delle Deliberazioni di Società per Azioni*, cit., p. 215.

rum majoritário para a transformação. Dessa forma, a deliberação situou-se nos exatos limites do art. 221 da Lei de S/A, que assim reza: “Art. 221. A transformação exige o consentimento unânime dos sócios ou acionistas, *salvo se prevista no estatuto* ou contrato social, caso em que o sócio dissidente terá o direito de retirar-se da sociedade”.

2. *Eventual vício existente nas deliberações tomadas nas assembleias de 12.11.1991 e 16.12.1991, que alteraram o quórum de deliberação para transformação da sociedade “Y” S/A, poderia ser alegado a qualquer tempo ou conhecido de ofício pelo juiz?*

R.: Não. Eventual vício consistiria em violação do quórum de deliberação para a transformação (ao invés de unanimidade, a assembleia deliberou por maioria), o qual, segundo interpretação sistemática da Lei de S/A, implica tão-somente *anulabilidade* do ato, prescritível no prazo de dois anos, nos termos do art. 286, não podendo, outrossim, ser decretada de ofício, a teor do art. 152 do CC.

3. *A subscrição de quotas decorrentes de aumento de capital da sociedade “Y” Ltda., sem qualquer ressalva, implicou aprovação tácita da deliberação de transformação?*

R.: Sem dúvida, a nosso ver; aplicável à hipótese, portanto, o disposto nos arts. 150 e 151 do CC.

É o nosso parecer, s. m. j.

São Paulo, 26 de junho de 2000

II – 6

ATOS E OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS EM FRAUDE À LEI, VISANDO À TOMADA ILÍCITA DO CONTROLE DE COMPANHIA ABERTA. ABUSO DO PODER DE CONTROLE E CONFLITO DE INTERESSES CARACTERIZADOS. INVALIDADE*

I – O controle da “D-1”. II – O abuso do poder de controle. III – O conflito de interesses.

CONSULTA

A empresa Consultante – doravante denominada simplesmente “A”, ou “Consultante”, por intermédio de seus ilustres advogados, Drs. Valdo Cestari de Rizzo e Sérgio Varella Bruna, nos submete a seguinte consulta:

Prezado Professor, a pedido de nossa cliente, “A”, e na forma de nossos entendimentos anteriores, vimos solicitar seu parecer sobre as questões adiante expostas.

I. Antecedentes

1.1 A empresa “A”, conjuntamente com a empresa “B” (em conjunto com as demais empresas pertencentes ao assim denominado “Grupo B”, doravante designadas, em conjunto ou separadamente, e como o contexto permitir, simplesmente como “B”), e a empresa “C” são as principais acionistas da companhia “D”, sociedade *holding* cujo objeto social é a administração de bens próprios e a participação em outra sociedade, qual seja, a “D-1”.

1.2 Pelas próprias características do Estatuto Social da “D”, pode-se depreender claramente que a sociedade foi moldada para que suas sócias exercessem o controle compartilhado da “D-1”.

* Parecer publicado originalmente na RDM 143/255-270, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.