

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**

sociedade simples. Assim como a S/A, qualquer que seja seu objeto, será sociedade empresária.

Desaparece, como tipo societário, a sociedade de capital e indústria. Evidentemente, era um “dinossauro” que ninguém mais utilizava. Eu digo tipo societário porque a sociedade simples admite a contribuição do sócio em serviços.

Então, as sociedades empresárias serão as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, a limitada (não se chamará mais sociedade por cotas de responsabilidade limitada, mas simplesmente sociedade limitada); a sociedade anônima, que é regulada em lei especial, continuará a assim ser, e a sociedade em comandita por ações.

Eu disse que essa distinção entre sociedade simples e sociedade empresária não é a mesma coisa que a distinção entre sociedade civil e sociedade comercial. Por quê? Porque hoje a grande maioria das sociedades de prestação de serviços é constituída de sociedades civis. Não mais o será. Os Srs. vejam que empresário é aquele que exerce, profissionalmente, atividade organizada para produção ou circulação de bens ou de serviços. Sociedade empresária é aquela que tem por objeto atividade própria de empresário.

Portanto, a sociedade que produz serviços para o mercado será uma sociedade empresária, e como tal sujeita a falência (arts. 1.044, 1.051, I, e 1.087 do novo CC). A sociedade empresária dissolve-se pelos motivos expostos no art. 1.033 e, além disso, pela falência.

Bom, para finalizar, eu chamo a atenção para mais um ponto relevante, que é o seguinte: as sociedades empresárias são estabelecidas em *numerus clausus*; ou seja, não há liberdade de adotar uma forma diversa daquela que está na lei. O art. 983 diz: “A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092”.

Portanto, ela não poderá ser constituída sob forma diversa daquela prevista na lei. E este será o grande problema, pois nós vamos verificar, durante o Curso, que a sociedade limitada – ao contrário do que é hoje a sociedade por cotas, que a gente constitui da maneira que quiser – é complicadíssima.

Então, era isso o que eu tinha a dizer sobre esse primeiro tópico do nosso Curso. Agradeço a paciência dos ouvintes e o convite da Associação.

III – 2

ASPECTOS ATUAIS DAS SOCIEDADES POR QUOTAS. INVALIDADE DAS DELIBERAÇÕES SÓCIAIS*

DR. ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA: Eu não estarei falando senão uma obviedade aos Srs. ao dizer que a teoria das nulidades é das mais complexas de que o Direito tem notícia. Para ficar no Código Civil, diz o parágrafo único do art. 146 [CC de 1916; no CC 2002, art.168] que as nulidades absolutas devem ser pronunciadas pelo juiz quando conhecer do ato e de seus efeitos e as encontrar provadas. Isto significa que o juiz tem de pronunciar as nulidades de ofício. Entretanto, em matéria do casamento a situação já é diferente, pois, nos termos do art. 222, a nulidade do casamento depende de ação desconstitutiva necessária para sua decretação, não podendo o juiz pronunciar-la *ex officio*.

Se nós formos para o campo do processo civil, a teoria das nulidades também se mostra bastante complexa e completamente diversa do direito civil. Diz, por exemplo, o art. 243 do CPC que, quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa. Ora, o art. 145, III, do Código Civil diz que é absolutamente nulo o ato jurídico quando não revestir a forma prescrita em lei, pouco importando, para a declaração da nulidade absoluta, que esta venha a ser argüida pela parte que lhe deu causa. Mais ainda, o CPC diz, no § 2º do art. 249, que, quando puder decidir no mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará de ofício, diversamente do disposto no parágrafo único do art. 146 do Código Civil.

* Palestra proferida em 16.9.1999, publicada originalmente na *Revista da AASP* 57/48-57, São Paulo, AASP.

Como os Srs. vêem, são muitas as perplexidades e diferenças que a teoria das nulidades traz no campo do direito civil e no campo do processo civil. Bem, ela é mais complexa ainda no campo das sociedades anônimas e das sociedades por quotas de responsabilidade limitada. Por quê? Porque, na verdade, o legislador até hoje não se preocupou em regular essa matéria, não obstante tivesse tido oportunidade de fazê-lo por ocasião da promulgação da Lei 6.404, em 15.12.1976. Àquela época, tanto na Alemanha como na Itália essa matéria já havia sido regulamentada com muito maior detalhamento e profundidade. O legislador poderia ter aproveitado a experiência daqueles países e disciplinado as nulidades na nova Lei das Sociedades Anônimas. Mas ele, infelizmente, não o fez, limitando-se a repetir, quase que *ipsis litteris*, os dispositivos do revogado Decreto-lei 2.627/1940. Na realidade, os arts. 285 e 286 da Lei 6.404/1976 são cópias praticamente literais dos arts. 155 e 156 da anterior Lei das Sociedades Anônimas. A Lei 6.404 limitou-se a acrescentar uma outra hipótese de anulabilidade, que é a prevista no § 4º do art. 115.

Antes, porém, de examinar o sistema legal vigente, eu gostaria de relembrar, ainda que perfunctoriamente, alguns conceitos básicos.

A nulidade absoluta, cujas hipóteses estão previstas no art. 145 do Código Civil, fulmina, como os Srs. sabem, o ato jurídico, retirando-lhe todo efeito, podendo ser alegada, nos termos do art. 146, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Ainda conforme o parágrafo único do referido artigo, ela deve ser pronunciada pelo juiz de ofício, não se permitindo ao magistrado supri-la, mesmo que a requerimento das partes.

Já o ato anulável produz todos os seus efeitos até a decretação da anulação, que só pode ser alegada pelos interessados, sendo vedada, outrossim, sua decretação *ex officio*, consoante dispõe o art. 152. Quando ocorre a anulabilidade, segundo o Código Civil? Quando o ato se achar viciado por erro, dolo, coação, simulação ou fraude contra credores; e, ainda, quando for praticado por pessoa relativamente incapaz, nos termos do art. 147 do Código Civil. Daqui a pouco nós vamos ver se este artigo se aplica às sociedades comerciais que nós estamos examinando, a sociedade por quotas e a sociedade anônima.

A conseqüência precípua do reconhecimento judicial da nulidade ou da anulabilidade dos atos jurídicos é a *restituição das partes ao es-*

tado anterior, nos termos do art. 158 do Código Civil, que diz o seguinte: "Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente".

Além da categoria da nulidade absoluta e da nulidade relativa, ou anulabilidade, há também um outro vício do ato jurídico, que consiste na ineficácia. Este vício não foi tratado sistematicamente pelo legislador do Código Civil. Mas essa categoria não é de todo estranha ao referido diploma legal. Tanto que, se os Srs. forem ao art. 118, irão constatar que, ao falar da condição suspensiva, o Código diz o seguinte: quando a *eficácia* do ato ficar subordinada a condição suspensiva, enquanto esta não se verificar não se adquirirá o direito, a que ele visa. Então, já se tinha noção de eficácia – que é a aptidão de produzir efeitos jurídicos – e do reverso, que é a ineficácia. Mas a eficácia dos atos jurídicos, ou a ineficácia, além de poder ser prevista como uma condição pelas partes, pode ser estabelecida pela própria lei: é a chamada *conditio juris*. E a Lei de S/A prevê, especificamente, hipóteses de ineficácia, entre as quais aquela estabelecida no art. 136, I, e § 1º. Este dispositivo diz que a *eficácia* da deliberação que, por exemplo, crie ações preferenciais ou aumente as classes existentes sem guardar proporção com as demais *depende* da prévia aprovação, ou da ratificação, no prazo improrrogável de um ano, por titulares de mais da metade de cada classe de ações preferenciais prejudicadas, reunidos em assembléia especial, convocada pelos administradores e instalada com as formalidades da lei. Ou seja, a deliberação que criar ações preferenciais ou aumentar as classes existentes sem guardar proporção com as demais é *válida*, mas sua *eficácia* depende de uma assembléia especial prévia ou posteriormente convocada, que, neste último caso, deve deliberar dentro de um ano a contar da publicação da deliberação. Portanto, a noção de eficácia, basicamente, pode ser assim delineada: enquanto o ato *nulo* é totalmente ineficaz, o ato *válido* pode, em determinados casos, depender da concretização de uma *condição de eficácia* para produzir efeitos, não obstante sua validade. É o exemplo que eu dei para os Srs., constante do § 1º do art. 136 da Lei de S/A.

Eu poderia, aqui, também falar da inexistência – há alguns autores que entendem que, além da categoria da nulidade, da anulabilidade e da ineficácia do ato jurídico, existe também a dos atos inexistentes. O exemplo mais comum de ato inexistente é o do casamento entre pessoas do

mesmo sexo. Mas eu creio que no tocante às deliberações societárias, que constituem o nosso tema, a categoria da nulidade resolve suficientemente a questão, não havendo necessidade de se recorrer à inexistência.

Precisados sumariamente esses conceitos, eu agora vou adentrar a matéria da nossa palestra. A perplexidade gerada pela aplicação da teoria das nulidades, tal qual concebida no direito civil, às sociedades comerciais começou a ser percebida mais agudamente com relação às conseqüências que poderiam ser geradas pela declaração da nulidade dos atos constitutivos. Isso se deu porque – como os Srs. sabem –, anulado um ato, todos os atos que dele decorrem são nulos, de nada importando, inclusive, se os terceiros que participaram desses atos posteriores teriam agido de boa ou de má-fé, pois vige nessa matéria o princípio segundo o qual ninguém pode transferir mais direitos do que tem. Portanto, anulado um ato, todos os que dele dependem são nulos também. Agora, imaginem os senhores se essa conseqüência fosse aplicada, com todo o seu rigor, às sociedades comerciais. Anula-se a constituição de uma sociedade por quotas, ou de uma sociedade anônima, que atuou na vida econômica, praticando centenas de atos jurídicos. A seguir-se a teoria das nulidades do Código Civil, todos esses atos posteriores seriam também nulos. É um absurdo! Seria como jogar-se uma bomba atômica na vida econômica. Aí, então, a jurisprudência e a doutrina começaram a perceber que não poderia ser aplicada a teoria das nulidades do direito comum às sociedades comerciais, em todas as suas conseqüências, por serem, evidentemente, desastrosas.

Qual foi a solução encontrada? Uma delas foi a de negar, em certos casos, efeito retroativo às nulidades. Os Srs. podem abrir a Lei de S/A e verão que no art. 206, II, “a”, está prevista a *dissolução* da companhia quando for *anulada* sua constituição. Portanto, se se anular a constituição de uma sociedade por quotas ou de uma sociedade anônima, têm-se, como conseqüência, a *dissolução* da sociedade e a subsequente liquidação de seu patrimônio, mas não a restituição ao *statu quo ante*, como determina o art. 158 do Código Civil. Os atos praticados pela sociedade até a dissolução são, em princípio, válidos, não sendo atingidos pela anulação de seus atos constitutivos.

O legislador procurou também criar uma outra diferença em relação ao direito comum, estabelecendo prazos mais curtos de prescrição ou decadência. Os Srs. podem ver que a anulação da constituição de

uma sociedade anônima tem prazo prescricional – aliás, no meu entender o prazo é de decadência; mas isso não vem ao caso, aqui – de um ano, nos termos do art. 285 da Lei 6.404/1976. A anulação das deliberações sociais, por sua vez, prescreve em dois anos, segundo o art. 286. Diversamente, o Código Civil prevê para os casos de anulação do ato jurídico, no art. 178, § 9º, V, um prazo de quatro anos. Então, a tendência do direito societário é de encurtar os prazos de prescrição ou decadência. E no Direito Brasileiro os prazos previstos na Lei de S/A são ainda absurdamente longos, diga-se de passagem. Na Argentina, por exemplo, o prazo para anular as deliberações sociais é de três meses; na Itália, idem; na Alemanha o prazo é de um mês; em Portugal também; e assim por diante, no mundo todo. Tal se dá em razão da necessidade de *estabilidade das deliberações societárias*, ou seja, por ser de todo desaconselhável que uma deliberação de assembléia fique durante um prazo demasiadamente longo sujeita a uma ação anulatória, dada a incerteza que isso traz ao bom andamento dos negócios sociais. Um drástico encurtamento dos prazos no Direito Brasileiro revela-se mais necessário ainda em função dos sérios problemas de ordem processual que tais prazos podem causar. Se os Srs. forem estudar a questão da coisa julgada nas ações anulatórias de deliberações sociais, por exemplo, verificarão a existência de uma teoria formulada por Liebman (seguida no Brasil, entre outros, pela professora Ada Pellegrini Grinover e pelo professor Cândido Rangel Dinamarco) segundo a qual, quando a ação é julgada *improcedente*, ela não faz coisa julgada perante os demais acionistas. Então, com um prazo de dois anos para anulação das deliberações, é perfeitamente possível que mais de uma ação seja promovida visando à anulação da *mesma* deliberação, com base nos *mesmos* fundamentos, por acionistas diversos, caso as ações anteriores tenham sido julgadas improcedentes. Vejam os Srs. a grave inconveniência de prazos muito longos para anulação das deliberações sociais.

Outra distinção das invalidades no direito societário em relação ao direito comum: existe uma ampla possibilidade de sanção dos vícios. O parágrafo único do art. 285 da Lei 6.404/1976 diz que ainda depois de proposta a ação é lícito à assembléia sanar o vício ou defeito, com o fito de evitar a anulação da constituição da companhia. Essa disposição aplica-se, com muito maior razão, segundo a doutrina e a jurisprudência, às hipóteses de anulação das deliberações, previstas no art. 286, pos-

sibilitando que a assembléia sempre possa rever suas próprias decisões — ressalvados, evidentemente, os direitos de terceiros.

Por final, uma última diferença — e também substancial — entre as nulidades do direito comum e do direito societário: o diverso enfoque da distinção entre atos nulos e anuláveis. O art. 147 do Código Civil determina serem anuláveis, como vimos, os atos praticados por pessoa relativamente incapaz ou em virtude de erro, dolo, coação, simulação ou fraude contra credores. Quando se fala, entretanto, de anulabilidade da assembléia ou de suas deliberações, porventura se está tratando desses vícios que o Código Civil aponta no mencionado dispositivo? Não, em absoluto. Cuida-se de coisa completamente diversa; e é por isso, inclusive, que a doutrina italiana fala em *impugnabilidade* das deliberações, para distinguir tal vício da anulabilidade. Anulabilidade do ato jurídico no Código Civil nada tem a ver com anulabilidade de deliberação social. A anulabilidade do Código Civil aplica-se *aos votos*, e não à assembléia ou às suas deliberações; ou seja, *os votos* dos quotistas, ou acionistas, é que podem ser viciados por erro, dolo, coação, simulação e por fraude ou por incapacidade relativa do agente, mas não o conclave em si ou as deliberações nele tomadas. Portanto, quando se fala de anulabilidade da assembléia ou da deliberação se está tratando de matéria completamente diversa da anulabilidade do ato jurídico prevista no art. 147 do Código Civil.

Vamos, agora, passar a examinar a invalidade das deliberações sociais, prevista no art. 286 da Lei 6.404/1976. Leia-se o dispositivo em questão: “A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”. Os Srs. podem perceber que essa redação é totalmente defeituosa. Ela já havia sido criticada com relação à Lei de S/A anterior, o Decreto-lei 2.627/1940, e, por incrível que pareça, foi repetida na nova Lei de S/A. Por que ela é defeituosa? Porque confunde três espécies diferentes de vícios. Primeiro, os vícios da própria assembléia, que pode ter sido irregularmente convocada ou instalada. Qual é a consequência desse vício? É a anulação de todas as deliberações. Se a assembléia é inválida, todas as deliberações são inválidas. Então, esse é o primeiro vício que está regulado no art. 286. Segundo vício: vício das próprias deliberações, que podem ter

violado a lei ou o estatuto. E se *uma* deliberação apenas é inválida, nem por isso as outras o serão. Portanto, a consequência do primeiro vício, vício da assembléia, é a anulação de todas as deliberações. Mas a anulação de uma só deliberação não implica que as outras sejam inválidas. E, por final, o último vício regulado nesse artigo é o vício do voto, que — este, sim — pode ter sido eivado de erro, dolo, fraude ou simulação. A assembléia não pode ter sido eivada de erro, dolo, fraude ou simulação, a assembléia pode ter sido irregularmente convocada ou instalada. É o voto que pode ter sido eivado de erro, dolo, fraude ou simulação.

Muito bem, eu peço aos Srs., agora, que tenham em mente, durante esta palestra, uma sociedade por quotas com as características de uma sociedade anônima, ou seja, com assembléia de quotistas, que deve ser previamente convocada, com a redação de atas etc. Na verdade, a grande maioria das sociedades por quotas não é constituída dessa maneira; são contratos muito simples, feitos geralmente por contadores. Mas tenham em mente que se trata de uma sociedade por quotas com as características de uma S/A — o que não é de todo incomum, também —, pois assim ficará mais fácil para os Srs. entenderem as questões que eu vou examinar.

O que se indaga, inicialmente, é o seguinte: será que a Lei de S/A, ao regular apenas a *anulabilidade* das deliberações assembleares, admite a hipótese de deliberações *absolutamente nulas*? Os Srs. vejam, nesses três artigos projetados na tela — os arts. 285, 286 e 115, § 4º —, que aí não se fala em *nulidade* — e, ainda que se falasse, cuidar-se-ia de uma nulidade muito estranha, com prazo de prescrição de um ou dois anos. Essa pergunta não é ociosa, ela foi objeto de intenso debate entre os comercialistas.

Mais ainda, eu vou citar para os Srs. um acórdão do STF — ele não só é do STF, como foi relatado pelo Min. Cunha Peixoto, e os Srs. sabem que o Min. Cunha Peixoto foi um eminente comercialista, tendo escrito um livro sobre as sociedades por quotas e comentado a antiga Lei de S/A. Ele diz o seguinte — palavras do Min. Cunha Peixoto: “(...) *inexiste na Lei de Sociedade Anônima — Decreto-lei n. 2.627/1940 — nulidade absoluta, [ele está se referindo à antiga Lei de S/A, mas, além de acórdão ser de 1981, tanto faz referir-se à lei antiga ou à lei nova, porque o artigo é praticamente o mesmo; a única coisa que mudou foi o prazo de prescrição, que era de três anos na antiga lei e passou para dois anos na nova]* e tanto é verdadeira esta assertiva que, como se verifica pelos arts. 155 e ss., o prazo prescricional, no tocante aos atos eivados de irregularidades,

não excede a três anos, o que contrastaria com a nulidade absoluta, pois é conhecido o brocardo latino: *quod nullum est, nullum producit effectum*". Esse acórdão está na RTJ 102/731.

Então, os Srs. vejam que eu não estou trazendo, aqui, uma questão meramente teórica; é uma questão que tem conseqüências práticas importantíssimas. Eu acho essa posição do Min. Cunha Peixoto absolutamente insustentável. Na verdade, essa polêmica surgiu porque o doutíssimo Trajano de Miranda Valverde, que foi o redator do Anteprojeto da antiga Lei de S/A, afirmou, em seus comentários, que o Decreto-lei 2.627/1940 havia repudiado o sistema de nulidades do direito civil, pelo que não se podia mais falar em sociedades nulas ou inexistentes. Pontes de Miranda, rebatendo com veemência essa assertiva, disse o seguinte: perfeitamente, então uma sociedade formada para assaltos a bancos, ou para construção de fornos na lua, passado o prazo de prescrição da ação anulatória, que é de um ano da publicação dos atos constitutivos, torna-se uma sociedade legal, pode praticar os atos que quiser... Na verdade, se se admitir que não existe *nulidade absoluta* das deliberações sociais, isto equivaleria a outorgar aos sócios das sociedades comerciais o poder de colocar de lado toda a ordem jurídica! Por exemplo, os sócios poderiam eleger um estrangeiro para ser administrador de uma empresa jornalística, em violação ao art. 222 da CF. Passado o prazo de dois anos, que é o prazo de prescrição, estaria convalidado este ato. Os sócios poderiam, outrossim, dispor de direitos de terceiros. Passado o prazo de dois anos, se ninguém ingressasse com a ação anulatória, a deliberação também seria inatacável. Então, a posição sustentada pelo Min. Cunha Peixoto é absolutamente impossível de ser aceita, no meu modo de ver e de vários comercialistas. Portanto, há *nulidade absoluta* das deliberações. O grande problema é saber qual é o critério para se dizer quando uma deliberação é nula e quando ela é anulável. É isto que o legislador da Lei 6.404/1996 poderia ter aproveitado para regular e não fez, deixando o assunto como um verdadeiro enigma.

Desse modo, vou tentar estabelecer com os Srs. alguns critérios para se aferir quando uma deliberação é nula, quando ela é anulável e quando ela é ineficaz. E vamos fazer isso partindo da análise do art. 286, daqueles vícios que nós já analisamos: vícios da assembleia, vícios do voto e vícios das deliberações.

Vamos partir dos *vícios da assembleia*. O artigo citado diz que a ação para anular as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, prescreve em dois anos. Parece-me que aí se trata mesmo de *anulabilidade* (mais propriamente de impugnabilidade, como dissemos); ou seja, a assembleia irregularmente convocada ou instalada é, nos termos da lei, anulável no prazo de dois anos. E aqui já salta a primeira perplexidade para o intérprete. Se forem verificar as disposições que regem a convocação das assembleias, constantes do art. 124, os Srs. não terão dúvida de que se trata de normas absolutamente *imperativas*. Diz, com efeito, o art. 124 que "a convocação *far-se-á* mediante anúncio *publicado por 3 (três) vezes, no mínimo*, contendo, além do local, data e hora da assembleia, a ordem-do-dia, e, no caso de reforma do estatuto, a indicação da matéria". O § 1º diz que a primeira convocação da assembleia-geral *deverá* ser feita *com oito dias de antecedência, no mínimo*. O § 2º dispõe que, salvo motivo de força maior, a assembleia-geral *realizar-se-á* no edifício onde a companhia tiver sua sede e, quando houver de efetuar-se em outro lugar, os anúncios indicarão com clareza o lugar da reunião, que *em nenhum caso* poderá realizar-se fora da localidade da sede. Os Srs. podem constatar, portanto, que a lei, no tocante à convocação das assembleias, é inegavelmente imperativa. Se se fosse seguir a teoria das nulidades do direito comum, ter-se-ia que a assembleia-geral irregularmente convocada ou instalada seria absolutamente nula, porque, entre outras coisas, o ato que viola a lei imperativa é nulo. No entanto, a lei diz que, nessa hipótese, ela é meramente anulável. Por quê? Aqui entra, então, o critério que eu vou tentar estabelecer. Segundo tudo está a indicar, o que o legislador tem em vista, nessa matéria, *é o interesse a ser protegido*. De quem é o interesse em que a assembleia se faça com regulares convocação e instalação? Dos sócios ou acionistas. São os sócios os únicos que podem participar da assembleia. O legislador visa aí, portanto, ao interesse do sócio. Se o sócio, apesar de a assembleia ter sido irregularmente convocada ou instalada, não quiser propor a ação anulatória, por que haveria o legislador de prescrever a nulidade absoluta do conclave? Nós já vimos que da *estabilidade da assembleia e suas deliberações* depende o bom funcionamento da empresa societária. Se se deixasse uma assembleia irregularmente convocada ou instalada com prazo de 20 anos para ser invalidada, por ter ocorrido violação de lei imperativa, evidentemente que a segurança dos negócios

sofreria um grave dano. Então, o legislador prevê apenas a anulabilidade por se acharem em jogo, na hipótese, meros interesses dos sócios. Se eles quiserem propor a anulação, que o façam; se não quiserem, a ação prescreve no prazo de dois anos. Há uma única exceção, no meu modo de ver, e também da maioria da doutrina: é a da *ausência* de convocação. A lei autoriza, inclusive, essa interpretação, porque ela fala em assembléia-geral ou especial *irregularmente* convocada ou instalada. Ora, irregularmente convocada é uma *assembléia que foi convocada*, embora de forma irregular. Portanto, eu entendo, com apoio em Pontes de Miranda, em Waldemar Ferreira, Carvalho de Mendonça e vários outros juristas, que a ausência de convocação acarreta a *nulidade absoluta* da assembléia, não prevalecendo nessa hipótese, por consequência, o prazo prescricional de dois anos. Os vícios de assembléia, assim, salvo a hipótese de ausência de convocação, são anuláveis, meramente anuláveis. Passado o prazo prescricional de dois anos os atos adquirem estabilidade, e não se mexe mais neles.

Pelas mesmas razões, os *vícios do voto* – se tiverem influência para determinar a maioria votante – acarretam apenas a *anulabilidade* da deliberação. Acham-se em jogo, também nessa hipótese, interesses unicamente dos sócios. Frise-se, porém, que o vício dos votos não acarreta, necessariamente, a anulação da deliberação assemblear. Esta só ficará contaminada se *sem os votos viciados* não se obtiver a maioria necessária à aprovação da deliberação. Isso é o que se chama em doutrina de “prova de resistência das deliberações” – ou seja, a invalidade dos votos só é capaz de invalidar a deliberação se eles tiverem contribuído, decisivamente, para formação da maioria. Se o voto viciado não tiver determinado a maioria, sua invalidade será irrelevante, a deliberação se mantém de pé. Quais são os vícios do voto? Os vícios do voto são aqueles aos quais eu já me referi – ou seja: erro, dolo, (coação também, segundo alguns), simulação e fraude, ou o voto do acionista que tem interesse conflitante com o da companhia, como prevê o § 4º do art. 115. Também ocorre vício do voto quanto há incapacidade relativa ou absoluta do votante. E aqui é importante chamar a atenção para um aspecto: o voto, por exemplo, proferido por pessoa absolutamente incapaz é um voto nulo, não há dúvida alguma, nos termos do art. 145, I, do Código Civil. No entanto, ele não provoca a nulidade da deliberação, mas apenas sua anulabilidade. Por quê? Porque, como lembra Pontes de Miranda, vige aí a disciplina da *lex specialis*, prevista no art. 286,

onde está estabelecido que o vício do voto acarreta apenas a *anulabilidade* da deliberação. Do mesmo modo, é *nulo* o voto abusivo, proferido em conflito com o interesse da companhia, mas apenas *anulável* a deliberação para cuja maioria ele tenha contribuído, consoante dispõe o § 4º do art. 115 da Lei 6.404/1976.

Agora, passemos a examinar os *vícios das deliberações*. Nós já vimos que há deliberações que, a toda evidência, são absolutamente nulas, não havendo como afastar essa consequência. E aqui vamos precisar, desde logo, quais os critérios para distinguir as deliberações *nulas* das *anuláveis*, sempre tendo em vista o interesse protegido pelo legislador. Haverá *nulidade*, a nosso ver, quando a deliberação afetar *direitos ou interesses inderrogáveis dos sócios*, ou *direitos ou interesses que extravasem da órbita da sociedade*.

Há certos interesses que o legislador considerou inderrogáveis e irrenunciáveis. Por exemplo, no tocante aos próprios acionistas, o art. 109 da Lei de S/A, que cuida dos direitos essenciais dos mesmos, diz o seguinte: nem o estatuto nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de participar dos lucros sociais, de participar do acervo da companhia em caso de liquidação, de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, do direito de preferência para subscrição de ações, debêntures etc. e de se retirar da sociedade nos casos previstos na lei. Portanto, o legislador resolveu proteger esses direitos e interesses ainda contra a vontade dos acionistas, dizendo mais, no § 2º do mesmo art. 109: “Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia-geral”. Portanto, se uma reforma estatutária ou uma alteração do contrato de uma sociedade por quotas determinar que o sócio fica privado dos lucros ou de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, essa deliberação é *absolutamente nula*, porque estabelece uma disciplina em contraste com lei imperativa que tutela *interesses inderrogáveis* dos sócios.

Convém agora, contudo, fazer uma distinção importante: se *numa determinada assembléia* um quotista, ou acionista, tiver violado seu direito de receber os dividendos ou de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, esta deliberação é *meramente anulável*. Por quê? Porque ela não estabelece uma *disciplina* contrastante com a lei; ela, *no caso concreto*, violou um direito do acionista. E, aí, se o acionista quiser, ele vai se valer do art. 286 e requerer a anulação da assembléia ou da deliberação.

O que a lei não permite – fique claro – é que se estabeleça uma *disciplina*, mediante reforma estatutária ou alteração contratual, que contrarie as normas imperativas que ela dispôs.

Haverá nulidade, assim, quando uma modificação estatutária ou do contrato social eliminar um direito inderrogável do sócio. Haverá anulabilidade apenas quando, *numa assembléia em concreto*, for violado um direito inderrogável do sócio, porque aí *o interesse é dele*; a ele compete se assim o desejar, propor a ação de anulação, pois, embora irrenunciável *a priori*, o sócio pode deixar de exercitar o direito no caso concreto. Fazendo um paralelo com o direito de propor uma ação judicial: tal direito, como se sabe, é irrenunciável, é um direito subjetivo público garantido constitucionalmente, não podendo o cidadão renunciar *antecipadamente* à sua utilização; mas *numa demanda em concreto* permite-se ao autor não somente desistir da ação, mas até mesmo renunciar ao direito sobre que ela se funda, nos termos do art. 269, V, do CPC.

Essas considerações referem-se aos direitos ou interesses dos sócios ou acionistas.

Mas eu disse que haverá nulidade também quando a deliberação atingir direitos ou interesses que extravasem da órbita societária. Quais são esses direitos ou interesses?

O primeiro caso é, evidentemente, o da deliberação que ferir a ordem pública ou os bons costumes. Por exemplo, uma deliberação que determine aos administradores que pratiquem um ato em fraude contra credores, que pratiquem crimes ou contravenções, esta deliberação é evidentemente nula, absolutamente nula. Por quê? Porque ela está atingindo interesses *que extravasam da órbita da sociedade*. Esse interesse, da ordem pública ou dos bons costumes, não é apenas dos acionistas, *ele interessa à coletividade*. Então, não se pode admitir que uma deliberação que atinja esses interesses convalide no prazo de dois anos.

Da mesma maneira, é absolutamente nula a deliberação que viola as normas de proteção aos interesses de terceiros, como, por exemplo, a deliberação que aprova um balanço falso – o que, inclusive, constitui crime previsto no art. 177, VI, do CP. A deliberação que aprova um balanço falso não atinge apenas os direitos ou interesses dos sócios; ela atinge interesses de terceiros, que são os credores sociais, os quais serão fraudulentamente induzidos a crer que a situação da sociedade é uma quando, na realidade, é outra.

Outro exemplo de deliberação nula de pleno direito: a deliberação que dispuser de direitos de terceiros ou de acionistas, ou quotistas, enquanto terceiros. Por exemplo, o dividendo declarado pertence ao sócio, ele não pertence mais à sociedade. Portanto, se uma deliberação resolver retirar aquele dividendo já declarado do acionista, ela está atingindo o *acionista enquanto terceiro*, porque a soberania da assembléia atinge o acionista somente enquanto sócio, mas quando o acionista já tem direito aos dividendos declarados ele, na verdade, se acha na condição de um *credor*, de um *terceiro* em relação à sociedade. Essa deliberação que dispuser de direitos de terceiros, ou de acionistas enquanto terceiros, portanto, também é absolutamente nula.

Finalmente, é nula a deliberação que violar o interesse público. Por exemplo, a deliberação que eleger um estrangeiro para dirigir uma empresa jornalística, o que é vedado pelo art. 222 da CF. Aqui também a deliberação extravasa da órbita societária para atingir interesses que não são apenas dos acionistas, mas constituem interesses de toda a sociedade.

Eu já falei da nulidade e anulabilidade das deliberações, e agora resta falar da ineficácia. Quando uma deliberação é ineficaz? Geralmente se entende que são ineficazes as deliberações que afetam *direitos especiais* dos sócios enquanto estes não se manifestarem aceitando a deliberação. Eu já dei o exemplo do art. 136, § 1º, Lei de S/A – é aquela deliberação que cria ou aumenta as classes das ações preferenciais existentes. Essa deliberação fica subordinada a uma assembléia especial dos acionistas prejudicados, que poderá aceitar, ou não, a deliberação. Então, enquanto essa assembléia dos acionistas não aprovar a modificação estatutária, ela é ineficaz. O art. 16 da Lei de S/A também traz uma hipótese de ineficácia. Referido dispositivo prevê que as ações ordinárias de companhia fechada poderão ser de classes diversas em função de, exemplificativamente, direito de voto em separado para o preenchimento de determinados cargos de órgãos administrativos (inciso III). É muito comum tal previsão em estatutos de sociedades anônimas, mas o Dr. Egberto Lacerda Teixeira acha essa disposição perfeitamente aplicável às sociedades por quotas. É corriqueiro deparar-se com disposições estatutárias de uma sociedade anônima cujo capital é formado por ações divididas em classes, classe “A”, classe “B”, classe “C”, classe “D” – então, a classe “A” elege o diretor presidente, a classe “B” elege o diretor vice-presidente, a classe “C” elege o diretor financeiro, e assim por diante. Trata-se de uma forma de compor

os múltiplos interesses que podem existir numa sociedade. Ora, diz o parágrafo único do art. 16: “A alteração do estatuto, [ou do contrato social] na parte que regula a diversidade de classes, se não for expressamente prevista e regulada, requererá a *concordância* de todos os titulares das ações atingidas”. Então, como os Srs. podem perceber, aqui também há um caso de ineficácia. Se os titulares das ações ou quotas atingidas não aprovarem a mudança do estatuto ou do contrato social, essa deliberação será ineficaz.

Também é ineficaz – e não nula –, em certos casos especificamente previstos, a deliberação que atinge direitos de credores. Vou dar um exemplo: o art. 222 da Lei de S/A dispõe o seguinte: “A transformação [da sociedade] não prejudicará, em caso algum, os direitos dos credores, que continuarão, até o pagamento integral dos seus créditos, com as mesmas garantias que o tipo anterior de sociedade lhes oferecia”. Portanto, a transformação de uma sociedade por quotas numa sociedade anônima, ou vice-versa, é perfeitamente *válida*, mas ela não afeta os direitos dos credores, ela é *ineficaz* em relação a eles.

Terminando a palestra, eu vou tocar num tema muito rapidamente, que a ilustre Coordenadora deste Curso oportunamente levantou na última quarta-feira: será que estes prazos previstos nos arts. 285 e 286 da Lei de S/A se aplicam às sociedades por quotas? Ela fez essa questão ao ilustre palestrante daquela noite, o Dr. Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, argumentando que, na verdade, como se trata de disposições restritivas de direitos, não poderiam ser aplicadas *analogicamente* às sociedades por quotas. Eu ousou, respeitosamente, discordar, porque aí, no meu modo de ver, não há aplicação analógica, há *aplicação direta da lei*. É o próprio art. 18 da Lei das Sociedades por Quotas (Decreto 3.708/1919) que manda serem observadas, quanto a estas sociedades, no que não for regulado no estatuto, e na parte aplicável, as disposições da Lei das Sociedades Anônimas. É a própria Lei das Limitadas, pois, que diz ser a Lei de S/A supletiva. Não se trata, assim, de analogia, mas, sim, de *aplicação direta* deste último diploma legal, na omissão daquele.

Com isso eu encerro a palestra, esperando não ter aborrecido muito os Srs. Eu sei que o assunto é extremamente complexo, e espero, sinceramente, ter conseguido clarificar alguma coisa acerca da matéria. Muito obrigado!

(...)

DR. JAYME QUEIROZ LOPES FILHO: Gostaria de parabenizar o Dr. Erasmo pelo brilhantismo da exposição. A Mesa aguarda eventuais perguntas, de preferência por escrito.

Eu vou ler a pergunta de um colega, que é muito oportuna: a deliberação tomada em contrário a acordo de acionistas é nula ou anulável, considerando tratar-se de acordo de votos onde se estabelece a maioria?

DR. ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA: Eu não toquei nesse assunto porque a maioria da doutrina, talvez a unanimidade, não aceita que o acordo de acionistas possa ser estabelecido em sociedades por quotas, ficando restrito às sociedades anônimas. O Dr. Egberto Lacerda Teixeira, que, na verdade, é o mais profundo estudioso, no meu modo de ver, da Lei das Sociedades por Quotas, afirma, até, que o acordo de acionistas poderia ser inserido, habilmente, no próprio corpo do contrato social, mas como pacto parassocial ele não funciona na limitada. Mas eu já respondo à sua pergunta. Eu entendo, com apoio nos professores Comparato e Carvalhosa, que o voto tomado contra acordo de acionistas é *ineficaz*.

DR. JAYME QUEIROZ LOPES FILHO: Os prazos constantes dos arts. 285 e 286 podem ser alterados por convenção entre as partes?

DR. ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA: Eu entendo que não. Eu acho que tanto o prazo de prescrição como o de decadência são prazos de ordem pública, que, por conseqüência, não podem ser alterados pela vontade das partes. De todo modo, na minha tese de Doutorado eu sustento a posição de que esses prazos são de decadência, e não de prescrição.

DR. JAYME QUEIROZ LOPES FILHO: Outra pergunta interessante, também: nos casos em que a eficácia da deliberação se subordina à aprovação dos acionistas, o que acontece se aqueles que deveriam ratificar a matéria deixam de se reunir para deliberar no prazo legal?

DR. ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA: Aí, a deliberação, cuja eficácia se achava *pendente*, se torna totalmente ineficaz. A situação nesse caso aproxima-se do ato nulo, que não produz qualquer efeito. Se

os acionistas deixarem de ratificar, em assembléia especial, a deliberação tomada, nenhum efeito dela resultará.

DR. JAYME QUEIROZ LOPES FILHO: A questão que o colega formula aqui é uma questão clássica: a Lei de S/A é de aplicação supletiva do contrato social ou da própria Lei das Limitadas?

DR. ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA: Isso é uma discussão infundável. Os Srs. vão encontrar diversas opiniões segundo as quais a Lei de S/A é supletiva apenas do contrato social; e outras – entre as quais eu me alinho – segundo as quais ela é supletiva também da própria Lei das Limitadas. Essa opinião que eu compartilho é igualmente a do eminente Dr. Egberto Lacerda Teixeira.

DR. JAYME QUEIROZ LOPES FILHO: Outra questão: a jurisprudência italiana tem entendido que a deliberação do sócio em conflito de interesses só é inválida se o voto for decisivo para atingir a maioria e causar dano à sociedade. Como a jurisprudência brasileira tem sido orientada?

DR. ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA: Na verdade, aqui não é somente a jurisprudência italiana, é a própria lei – o Código Civil italiano, no art. 2.373 – que determina que a deliberação tomada em conflito de interesses com a sociedade é anulável se for apta a determinar a maioria e se causar prejuízo, *potencial ou atual*, à sociedade.

A lei brasileira diz a mesma coisa. Leia-se o art. 115, *caput*, da Lei 6.404/1976: “O acionista deve exercer o direito de voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de *causar dano à companhia* ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, *prejuízo para a companhia* ou para outros acionistas”. A seguir, diz o § 4º do mesmo artigo: “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”. Portanto, o voto do acionista com interesse conflitante, por si só, e ainda que possa ser decisivo para a formação da maioria, não é anu-

lável. Exige-se, mais, que, além disso, ele possa trazer *prejuízo para a companhia, ainda que meramente potencial*.

É o mesmo sentido da lei italiana e o mesmo sentido da jurisprudência italiana.

DR. JAYME QUEIROZ LOPES FILHO: Encerradas as perguntas, eu gostaria de agradecer a presença dos Srs. e mais uma vez parabenizar o Dr. Erasmo. Muito obrigado!