

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 18

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2016

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Piniheiro (UFRJ), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), Jacques Labrunie (PUC-SP), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF), Samuel Max Gabbay (UFRN) e Vitor Monteiro (UFAL).

PATROCINADORES:



MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 18 (janeiro/junho 2016)
. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2017.

DO REGIME JURÍDICO ESPECIAL DE INVALIDADES DOS ATOS JURÍDICOS OCORRIDOS NAS ASSEMBLEIAS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS¹

THE SPECIAL LEGAL SYSTEM OF INVALID LEGAL ACTS OCCURRED IN THE CORPORATE MEETINGS

Thiago Salles Rocha

Resumo: Utilizando-se do marco teórico de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Tulio Ascarelli, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça e Trajano de Miranda Valverde, o presente artigo objetiva caracterizar e fixar as peculiaridades do que chamaremos de “regime jurídico especial de invalidades” aplicável às deliberações assembleares ocorridas no âmbito das sociedades anônimas. Através de uma pesquisa que se utilizou de métodos histórico, jurídico interpretativo e comparativo, o presente estudo buscou as origens e a evolução do regime das invalidades dos atos jurídicos no Direito Civil, baseando-se em estudos do direito francês que precederam o Código de Napoleão, até a consolidação do regime jurídico aplicável às invalidades no Código Civil Brasileiro de 2002. Comparando o regime jurídico civil com as especificidades do Direito Empresarial e a Lei 6.404/76, o presente estudo conclui pela especialidade do regime de invalidades aplicável às deliberações assembleares de sociedades anônimas, cujas principais diferenças para o regime “comum” são a irretroatividade da decretação judicial de nulidade ou de anulação da delibera-

¹ Artigo recebido em 21.07.2015 e aceito em 29.12.2017.

ção viciada e a possibilidade de saneamento dos atos inválidos (mesmo os nulos), pela companhia, através de assembleia. Por outro lado, a decretação judicial de invalidade dos atos jurídicos considerados “nulos” pela doutrina também é imprescritível, como no Direito Civil.

Palavras-chave: Regime Jurídico. Especial. Invalidades. Atos Jurídicos. Assembleia. Sociedade Anônima.

Abstract: Using the theoretical framework of Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Tulio Ascarelli, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça and Trajano de Miranda Valverde, this paper aims to characterize and determine the peculiarities of which we will call “special legal system of invalidities” applicable to corporate meetings. Through a survey which used historical, interpretative and comparative methods, this study searched the origins and evolution of the legal system of invalidities applicable to legal acts in civil law, based on French law studies, which preceded the Napoleon Code, until the consolidation of a legal system of invalidities on the Brazilian Civil Code of 2002. Comparing the civil legal system with the Enterprise Law and the Law 6.404/76 peculiarities, this study concludes that special legal system of invalidities applicable to corporate meetings exists, and the main differences to the “common” system are the non-retroactivity of nullity or annulment judicial declaration and the possibility of invalid acts (even null) regenerate, by the company, through assembly. On the other hand, the judicial invalidity declaration of legal acts considered “null” by scholars are also imprescriptible, as in civil law.

Keywords: Legal System. Special. Invalidity. Legal Acts. Meeting. Corporation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da evolução e da classificação do regime jurídico aplicável às invalidades dos atos jurídicos no direito francês e no código civil de 2002. 3. Do regime específico das invalidades dos atos jurídicos nas deliberações assembleares das sociedades anônimas. 4. Espécies de vícios ocorridos nas deliberações das sociedades anônimas. 5. Conclusão.

1. Introdução.

Através de uma pesquisa que se utilizou de métodos histórico, jurídico interpretativo e comparativo, bem como de técnicas de pesquisa teórica, bibliográfica e documental, mediante leitura, interpretação, análise e fichamento de livros, revistas, artigos, legislações e outros documentos, o presente estudo buscou as origens e a evolução do regime das invalidades dos atos jurídicos no Direito Civil, baseando-se em estudos do direito francês que precederam o Código de Napoleão, até a consolidação do regime jurídico aplicável às invalidades no Código Civil Brasileiro de 2002.

Em busca de uma sistematização e da caracterização do regime jurídico aplicável às invalidades ocorridas nas assembleias das sociedades anônimas, constata-se que, a despeito de sua inegável importância e ampla possibilidade de desenvolvimento científico, a matéria não atraiu o merecido interesse da doutrina nacional, sobretudo após a vigência da Lei 6.404/76², o que justifica o presente estudo.

França³ assim se manifesta a respeito:

Pode-se dizer que o mesmíssimo enigma ocorre com relação ao tema do presente ensaio, que versa sobre a invalidade das deliberações de assembléia das companhias brasileiras. Não obstante instigante estudo de Tullio Ascarelli, publicado quando de sua estada entre nós, a matéria, cuja importância é desnecessário acentuar, não logrou aqui obter, ao que saibamos, tratamento sistemático, sem embargo das diversas contribuições de grande valor dos nossos juristas, seja nos tratados de direito privado e nos comentários às leis de sociedades anônimas, seja nos ensaios e pareceres que iremos assinalando no decorrer deste trabalho.

2 BRASIL. Lei 6.404 de 15 de Dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União. Brasília, 17/12/1976.

3 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidade das deliberações de assembléia das S.A.* São Paulo: Malheiros, 1999, p. 7.

Após a tentativa de conceituação e caracterização do regime de invalidades aplicável no Direito Civil brasileiro, o presente trabalho focou em resolver o seguinte problema: tendo em vista as peculiaridades do Direito Empresarial e especialmente das sociedades anônimas, o regime jurídico de invalidades previsto no Direito Civil se aplica às deliberações sociais viciadas?

Como será abordado, o referido problema se faz presente pela natureza dos negócios corporativos, caracterizados por grande dinamismo, além de envolverem inúmeros direitos de terceiros. Ademais, a dúvida se torna ainda mais relevante tendo em vista a redação da Lei 6.404/76, que prevê prazos prescricionais para a ação de “anulação” das deliberações viciadas tomadas em assembleia – cujo transcurso faz o ato viciado convaler –, a possibilidade de saneamento dos vícios encontrados pela assembleia geral e a irretroatividade da declaração judicial de anulação ou nulidade das deliberações, características que não se adequam ao regime jurídico de invalidades aplicado no Direito Civil brasileiro.

Utilizando-se do marco teórico de Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França, Tulio Ascarelli, Manuel Inácio Carvalho de Mendonça e Trajano de Miranda Valverde, o presente artigo objetiva caracterizar e fixar as peculiaridades do que chamaremos de “regime jurídico especial de invalidades” aplicável às deliberações das assembleias ocorridas no âmbito das sociedades anônimas. Nesse sentido, vejamos significativo trecho extraído dos estudos de Ascarelli⁴, quando de sua estada no Brasil, que diferencia esse regime daquele previsto no Direito Civil:

O art. 155, no Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (atualmente, art. 285 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), fala em prescrição da ação por vícios ou defeitos verificados no ato de constituição.

⁴ ASCARELLI, Tulio. *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 520.

Declarando ser, a ação, prescritível, filia-se, esse dispositivo à orientação, hoje em dia dominante, que, abandonando a clássica distinção entre nulidade e anulabilidade, assenta o sistema dos vícios do contrato social sobre princípios diversos dos adotados no direito comum.

Embora sem acolher o princípio peculiar às legislações anglo-saxônicas, em virtude do qual o arquivamento e a publicidade têm eficácia saneadora dos vícios de constituição, o art. 155 do Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (v. art. 285 da atual Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) sujeita todos os vícios desta espécie a um curtíssimo prazo de prescrição.

Ademais, conforme o art. 138, a, Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (no direito atual, art. 206, II, a, da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), a anulação da sociedade acarreta, apenas, a sua liquidação judicial. Portanto, não tem ela, efeito retroativo. Tanto a brevidade do prazo de prescrição como a inexistência de efeito retroativo (em contraste com os princípios do direito comum) visam, afinal, à tutela dos terceiros que contrataram com a sociedade cujos atos constitutivos houverem sido arquivados.

Assim, este estudo visa demonstrar que há um regime jurídico especial de invalidades aplicável aos vícios eventualmente ocorridos nas assembleias das sociedades anônimas, e ainda, caracterizá-lo, de forma que se atenuem as dúvidas que possam surgir, em virtude da rarefação doutrinária a respeito e do laconismo da legislação aplicável.

2. Da evolução e da classificação do regime jurídico aplicável às invalidades dos atos jurídicos no Direito francês e no Código Civil de 2002.

A invalidade dos atos jurídicos em geral encontra-se prevista, atualmente, no Capítulo V, do Título I, Livro III, do Código Civil de 2002, denominado “Da Invalidade do Negócio Jurídico”.

O Código Civil atual divide as invalidades dos atos jurídicos em atos nulos e anuláveis. A caracterização de um ato jurídico como uma ou outra espécie gerará importantes e distintos efeitos.

Garcez faz uma profunda digressão no direito francês, buscando as fontes da teoria das invalidades dos atos jurídicos. Segundo o referido autor⁵, no século XVI, ainda sob a regência de um direito costumeiro, D'Argentré e Dumolin “estabelecem nítida e claramente a teoria das nulidades de pleno direito e das nulidades dependentes de rescisão”.

O primeiro autor francês citado doutrinou que as “nulidades de pleno direito” não convalesceriam no tempo e não poderiam ser confirmadas ou ratificadas e, o segundo autor, que os contratos feridos pelas “nulidades dependentes de rescisão” seriam válidos desde o início, até a sua invalidação motivada pelo interessado.

Na mesma passagem, Garcez aponta ainda que Pothier fixou importantes regras em matérias de invalidades, traçando a diferença entre “atos nulos de pleno direito” e “nulos dependentes de rescisão” e foi um dos primeiros que estabeleceu a diferenciação entre nulidades “absolutas” e “relativas”. Seus ensinamentos foram seguidos pelos autores do Código de Napoleão.

Prossegue afirmando que o Código de Napoleão gerou grandes discussões acerca dos atos jurídicos inválidos. Parte da doutrina⁶ os classificou em “atos inexistentes”, “atos nulos de pleno direito” e “atos nulos dependentes de rescisão”.

Aubry e Rau⁷ assim classificaram as três categorias de atos:

5 GARCEZ, Martinho. *Das nulidades dos atos jurídicos*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 5.

6 Zachariae, Demolombe, Marcadé, Laurent Mourlon, Colmet de Santerre, Huc, Baudry-Lacantinerie.

7 AUBRY; RAU. Apud GARCEZ, Op. cit. p. 12.

Ato inexistente: “ato inexistente, ou não nulo, é aquele que não reúne os elementos intrínsecos da sua natureza, ou do seu objeto e, que na ausência dos mesmos, é logicamente impossível de concebê-lo” (tradução livre⁸).

Ato nulo de pleno direito: “é aquele que reúne todos os elementos necessários à sua existência, mas que é atingido pela ineficácia, transgredindo a um comando ou a uma proibição legal” (tradução livre⁹).

Os “atos dependentes de rescisão”, por sua vez, seriam aqueles cujas invalidades somente ofendem os direitos das partes envolvidas no ato ou negócio jurídico. Por não ofenderem a ordem pública e os direitos de terceiros, essas invalidades somente gerariam efeitos após a sua decretação em sentença constitutiva e seriam passíveis de convalidação no tempo e confirmação pelas partes interessadas.

Na realidade, a diferenciação entre “atos inexistentes” e “atos nulos de pleno direito”, é puramente teórica, uma vez que seus efeitos são os mesmos. Os próprios doutrinadores franceses já reconheciam a dificuldade teórica na diferenciação entre as duas figuras, conforme assevera Garcez¹⁰:

Reconhece o douto jurista (PLANIOL), entretanto, a identidade de situação entre ato nulo de pleno direito e ato inexistente perante o código Napoleão, confundidos no mesmo nada, sem diferença entre eles senão na causa que os tornou inúteis. Para o ato inexistente a causa é a ausência de um elemento necessário à sua formação e para o ato nulo de pleno direito a causa é uma prescrição da lei.

8 *acte inexistant, ou non avenu, est celui qui ne réunit pas les éléments du fait que suppose sa nature, ou son objet et en l'absence desquelles il est logiquement impossible de le concevoir.*

9 *est celui que réunit tous les éléments nécessaires à son existence, mais qu'il est frappé d'inefficacité comme contrevenant à un commandement ou a une défense de la loi.*

10 GARCEZ, Martinho. Op. cit. p. 13.

Troplong¹¹ demonstra que não importa qual é a classificação do ato, o interessado na decretação de sua inexistência, nulidade de pleno direito ou nulidade dependente de rescisão deve recorrer ao judiciário, pois o direito não admite justiça pelas próprias mãos:

Sobretudo aqui, o que fez o Código?

Antes de tudo, ele mantém o trabalho da Assembléia constituinte e deixa os atos nulos e dependentes de rescisão governados pelas mesmas formas.

Além disso, como no direito antigo, ele não admite que se possa fazer justiça por si mesmo, e que só porque uma nulidade é qualificada *ipso jure*, na prática, seria dispensável submetê-la ao pronunciamento da justiça. Em resumo, ele continua o princípio que as nulidades e as rescisões devem ser demandadas aos tribunais. (tradução livre¹²).

Se havia discussão acerca da necessidade de propositura de ação competente para o reconhecimento da nulidade de pleno direito e da inexistência dos atos jurídicos, a questão foi superada pela doutrina e pela ampla jurisprudência francesa, que reconheceram a necessidade de provimento judicial para ambas as situações¹³. A dife-

11 TROPLONG. Apud GARCEZ. *Ibidem*. p. 340.

12 *Sur tout ceci, qu'a fait le Code?*

D'abord, il maintient l'ouvrage de l'Assemblée constituante, et laisse les deux actions en nullité et en rescision gouvernées par les mêmes formes.

De plus, comme dans le droit ancien, il n'admet pas que l'on puisse se faire justice à soi même, et que par cela seul qu'une nullité est qualifié ipso jure par l'usage on soit dispensé de la faire prononcer en justice. En un mot, il continue le principe que les nullités et les rescisions doivent être demandées aux tribunaux.

13 Os escritores que, como ZACHARIAE, sustentam a doutrina de não haver necessidade de ação direta para fazer constatar a inexistência são: DEMOLOMBE, AUBRY e RAU, LAURENT, THIRY, BAUDRY LACANTINERIE, BEUDANT e JERÔME PISE, todos de acordo, entretanto, que, surgindo dúvida ou desinteligência entre as partes, é preciso recorrer à autoridade judiciária, pela regra de que *nul ne peut se faire justice a soi même*.

Contra a opinião daqueles manifestam-se FOUCARD, VIGIÉ, PLANIOL, PONCET, LYON CAEN e SARRUT. Mas, é preciso acentuar que a controvérsia é simplesmente doutrinária, porque a jurisprudência francesa, quase secular, unânime, não admite que a nulidade de pleno direito

rença era exclusivamente quanto aos efeitos da decretação judicial: enquanto nos atos “nulos de pleno direito” e “inexistentes” o efeito da decretação seria retroativo, nos atos “dependentes de rescisão”, os efeitos ocorreriam somente após a decretação judicial.

A doutrina francesa majoritária atual entende que os atos inválidos são classificados apenas em atos “absolutamente nulos” e “relativamente nulos”. Os “atos inexistentes” não prevaleceram e a nomenclatura “atos nulos de pleno direito” e “nulos dependentes de rescisão” foi substituída por aquela, que leva em conta os interesses subjetivos atingidos pela invalidade.

O direito pátrio adota classificação semelhante, sob outra nomenclatura. Vejamos o que dispõem os artigos 166 e seguintes do Código Civil de 2002¹⁴:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
IV – não revestir a forma prescrita em lei;
V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
VI – tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

produza efeito senão depois de decisão judiciária. E é o próprio JÉRÔME PISE, o mais ardente defensor dos contratos inexistentes, quem declara, com toda a probidade científica, que a jurisprudência unânime é contrária à opinião por ele defendida. (GARCEZ, Martinho. Op. cit. p. 34).

14 BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. 14ª. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
I – por incapacidade relativa do agente;
II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.

Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.

Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174, importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente.

Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

- I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;
- II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;
- III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Art. 183. A invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico sempre que este puder provar-se por outro meio.

Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

Percebe-se que o legislador brasileiro dividiu os atos jurídicos inválidos em apenas duas espécies: os “atos nulos” e os “atos anulá-

veis”. Não se referiu a “atos inexistentes”, acompanhando a doutrina predominante¹⁵.

Sobre a nomenclatura adotada no direito brasileiro (“atos nulos” e “anuláveis” contra “atos absolutamente nulos” e “relativamente nulos”, empregada no direito francês) cabe uma rápida explanação.

Mello¹⁶ explica que a classificação das nulidades em “nulidades absolutas” e “nulidades relativas” prevalece na doutrina francesa e corresponde respectivamente ao que se denomina, no direito brasileiro, de “nulidades” e “anulabilidades”.

Segundo o referido autor, a nomenclatura utilizada pelo legislador brasileiro visou superar as imperfeições da classificação francesa, que, por se basear exclusivamente no grau de interesses atingidos (violação de matérias de ordem pública *versus* violação de interesses privados)¹⁷, não consegue enquadrar em sua classificação as exce-

15 Preliminarmente, é preciso acentuar que escritor algum, reinícola ou indígena ocupou-se, ainda, da teoria dos atos inexistentes nos termos em que a formulou ZACHARIAE e tem sido sustentada por seus sectários. Se alguns empregam a expressão inexistente é como sinônimo ou equivalente de nulo de pleno direito (GARCEZ, Martinho. Op. cit. p. 41).

16 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*: plano de validade. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61.

17 A doutrina francesa, especialmente, denomina *nulidade absoluta* e *nulidade relativa* as espécies que denominamos *nulidade* e *anulabilidade*, respectivamente. Por sua influência, essa terminologia difundiu-se na literatura jurídica tradicional, sendo ainda hoje utilizada amiúde. Essas expressões constituem reflexo da constatação de que (a) há invalidades cujo fundamento é de ordem pública, como no caso de ilicitude do objeto, e que, por essa razão, são tratadas com mais rigor: são insanáveis e, por terem, em geral, eficácia *erga omnes*, podem ser alegadas por qualquer interessado, inclusive pelo Ministério Público, cabendo ao juiz decretá-las de ofício (= sem provocação das partes), tanto que tome conhecimento do ato ou de seus efeitos, e, por isso, seriam *absolutas*. (b) Diferentemente, há outras que, por dizerem respeito, mais especificamente, a interesses privados e pessoais, têm sua eficácia relacionada, exclusivamente, às pessoas que sofrem diretamente as conseqüências do ato jurídico, as quais, por sua vontade, podem sanar o vício; desse modo, seriam *relativas* a essas pessoas, mesmo porque somente a elas se reconhece legitimação para alegá-las em ação própria ou como defesa. No entanto, essas expressões são usadas em outro sentido completamente diferente daquele. Com efeito, há hipóteses em que a nulidade (dita absoluta) diz respeito a interesses de ordem pessoal, apenas, e se restringem às pessoas diretamente afetadas pelo ato jurídico, e, por esse

ções existentes naquele ordenamento. Outra justificativa bastante plausível é de ordem prática, já que visa maior cientificidade, evitando expressões semelhantes aplicadas para institutos diferentes:

A impropriedade terminológica no emprego das expressões *nulidade absoluta* e *nulidade relativa* parece-nos evidente, porque (a) à mesma expressão são atribuídos sentidos diferentes, (b) o que cria ensejo ao seu emprego para designar objetos distintos. Por isso, o seu uso leva à possibilidade de incorrer-se na imprecisão de se dizer que uma *nulidade absoluta* (=nulidade), *quando apenas alegável pelo interessado direto, seria, também uma nulidade relativa*. A falta de precisão, que a torna carente de cientificidade, nos leva a recusá-la, seguindo a doutrina que nos parece mais correta (grifos do autor).

Da análise do Código Civil brasileiro de 2002, observa-se que o regime das invalidades do direito civil se baseia nos seguintes preceitos.

Primeiramente, as nulidades previstas nos artigos 166 e 167 podem ser alegadas por qualquer interessado, inclusive o Ministério Público, porém, devem ser pronunciadas sempre pelo juiz, que pode, inclusive, pronunciá-las de ofício (art. 168, *caput* e seu parágrafo único).

Em regra, ato jurídico e negócio jurídico nulo não são suscetíveis de confirmação pelas partes, não podem ser supridos pelo juiz e nem convalidam pelo decurso do tempo, ou seja, sobre a pretensão

motivo, a elas somente se reconhece legitimidade para invocá-la em juízo, vedando-se a sua alegação pelo Ministério Público, bem como a sua decretação de ofício pelo juiz. É o caso da decisão de órgão colegiado de pessoa jurídica que seja nula por violação de lei cogente ou praticada com simulação, no qual somente o associado tem legitimidade para propor a ação de nulidade. O mesmo ocorre com o legado feito por pessoa casada a quem seja seu concubino, cuja legitimação é deferida apenas à esposa e seus descendentes. Embora se trate de nulidades que resultam da incidência dos arts. 166, VII, e 167 do Código Civil, portanto, classificáveis como 'nulidades absolutas', por não terem eficácia *erga omnes*, assemelham-se às 'nulidades relativas' (grifos do autor). (Loc. cit.).

de decretação de nulidade não ocorrem efeitos decadenciais ou prescricionais (arts. 168, § único, e 169).

O ato é anulável por incapacidade relativa do agente e por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (art. 171). Diferentemente dos atos nulos, o ato anulável é passível de confirmação pelas partes interessadas (art. 172) e convalesce no tempo (arts. 178 e 179).

Uma diferença essencial do regime jurídico brasileiro das invalidades para o regime francês é que, assim como nos atos nulos, a decretação judicial de anulação do ato jurídico retroage (art. 182). A diferença entre a decretação de nulidade e de anulação do ato é essencialmente de eficácia: enquanto o negócio nulo não produz efeitos, o anulável produz, condicionado a não prolação de uma sentença desconstitutiva. Nesse sentido, Farias e Rosenthal¹⁸:

Cabe salientar, neste ponto, que tanto a sentença que reconhecer a nulidade quanto a sentença que reconhecer a anulabilidade produzirão efeitos *ex tunc*, reconduzindo as partes ao *status quo* anterior. Nesse sentido, Leonardo Mattietto afirma, com precisão cirúrgica, ser “equivocada a afirmação, tão comum, de que a sentença que declara que um ato é nulo produz efeitos *ex tunc*, ao passo que a sentença que decreta a anulação de um ato jurídico produz efeitos *ex nunc*. Ambas, na realidade, produzem efeitos *ex tunc*, pois, como prevê a lei civil, devem as partes retomar ao estado anterior. A eventual proteção de terceiros de boa-fé, diante dos efeitos da anulação, não infirma este raciocínio, nem obsta o reconhecimento da invalidade”.

Disso não diverge Zeno Veloso, elucidando que “tanto a sentença de nulidade quanto a que anula o negócio têm eficácia retrooperante, restaurando o estado anterior. Desfazem-se as obrigações e direitos fundados no negócio anulado; as partes restituem-se, mútua e reciprocamente”.

18 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito dos contratos*. 3ª. ed. Salvador: Podivm, 2012. v. 4, p. 614.

De fato, o negócio nulo não produz efeitos, enquanto o anulável produz, condicionados à não-prolação de uma sentença desconstitutiva. Ora, sobrevindo tal decisão, no entanto, estará comprometido o negócio em sua própria formação e origem, desfazendo todas as conseqüências produzidas. Portanto, a nulidade e a anulabilidade, uma vez proclamadas, reconhecidas, aniquilam o ato negocial, restituindo as partes ao *status quo ante* (grifos do autor).

Resumindo as diferenças entre nulidade e anulabilidade dos atos jurídicos, no direito brasileiro, Mello¹⁹ afirma que:

No direito brasileiro, há dois graus de invalidade: (a) *nulidade*, que constitui a sanção mais enérgica, acarretando, entre outras conseqüências, em geral, a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem particularizadas, e (b) *anulabilidade*, cujos efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz sua eficácia específica, integralmente, até que sejam desconstituídos, o ato e seus efeitos, mediante impugnação em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo transcurso do tempo.

Expostas as principais características do regime jurídico das invalidades no ordenamento civil brasileiro, serão analisadas as características e peculiaridades das invalidades nas deliberações em assembleias das sociedades anônimas.

3. Do regime específico das invalidades dos atos jurídicos nas deliberações assembleares das sociedades anônimas.

As peculiaridades do Direito Empresarial e especialmente das assembleias ocorridas nas sociedades anônimas demandam um regime jurídico diverso do aplicável às invalidades no Direito Civil.

19 MELLO, Marcos Bernardes de. Op. cit. p. 60.

A Lei de Sociedades Anônimas é lacônica a respeito das invalidades ocorridas nas deliberações assembleares. Manifesta-se, de forma clara, apenas quanto ao prazo de prescrição da “ação para anular deliberações”, em seus artigos 285 e 286:

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 assembléia-geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.

Art. 286. 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.

Trata-se de reprodução dos artigos 155 e 156²⁰ do Decreto-Lei 2.627/1940²¹, diminuindo-se o prazo de prescrição, na segunda hipótese, de 3 para 2 anos. O novo dispositivo materializado no artigo 286 da Lei de Sociedades Anônimas previu ainda, equivocadamente, que o prazo será contado da deliberação.

Entretanto, a doutrina abalizada – a exemplo de Carvalhosa²²

20 Art. 155. A ação para anular a constituição de sociedade anônima ou companhia, por vícios ou defeitos verificados naquele ato, prescreve em 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 assembléia geral extraordinária, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito.

Art. 156. Prescreve em três anos a ação 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. Parágrafo único. O prazo da prescrição começa a correr da data da publicação da ata ou da deliberação. Quando, porém, o objeto da deliberação constituir crime, o prazo de prescrição da ação civil será o da ação penal.

21 BRASIL. Decreto-Lei 2.627, de 26 de Setembro de 1940. Dispõe sobre as sociedades por ações. Diário Oficial da União. Brasília, 01/10/1988.

22 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2003. v. 4, t.2, p. 464.

e Fran Martins – já se manifestou no sentido de que o prazo se conta da publicação, sendo a redação produto de erro ortográfico:

Não obstante essa evolução quanto ao prazo prescricional (três para dois anos), o legislador novamente empobreceu o texto ao se referir não mais à prescrição contada da publicação da ata ou da deliberação (art. 289) – como explicava o art. 156 do diploma de 1940 – mas à prescrição contada “da deliberação”.

Esse lapso não retira, no entanto, a imperiosidade de se contar o prazo a partir da publicação do ato societário inquinado (art. 289), pelo simples fato de a eficácia do mesmo somente se produzir a partir do seu arquivamento e publicação. Trata-se, portanto, a omissão constante do presente artigo, de mero erro ortográfico como lembra Fran Martins: “Pelo dispositivo, o prazo prescricional de dois anos deve ser contado da deliberação. Anotadores dessa lei consideram que a alteração do termo inicial contraria formalmente os princípios de equidade que sempre presidiram a elaboração das regras acerca da prescrição que só se explica por erro de composição de texto final da lei. É invocado o testemunho do deputado Luiz Braz, cuja ementa, de fato, termina declarando: “Saliente-se, todavia, o acerto de dispositivo, ao estatuir que o prazo será contado da publicação da deliberação ou da ata, de modo a espantar dúvidas”.

Ultrapassada essa questão e comparando o exposto no tópico anterior com os artigos 285 e 286 da Lei 6.404/76, releva-se a seguinte reflexão: os referidos artigos se referem às invalidades ocorridas nas deliberações assembleares em sentido amplo (cujas espécies são as nulidades e anulabilidades, conforme previsto no item anterior) ou somente às anulabilidades²³?

23 Ascarelli formula a mesma pergunta, sob a égide do Decreto-Lei nº 2.627/40: “Pode, talvez, não ser inútil frisar a importância de uma pergunta preliminar: o art. 156 do Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (no direito atual, art. 286 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) abrange todos os possíveis vícios das deliberações tomadas em assembleias, ou, ao contrário, a sua interpretação, lógica e sistemática, deve conduzir à distinção entre os abrangidos pelo prazo do art. 156 (v. art. 286 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com redação

Referida questão se faz presente tendo em vista a natureza dos atos em questão. Restou demonstrado, nos tópicos anteriores, que no regime de invalidades consagrado no Direito Civil, os atos nulos não convalidam pelo decurso do tempo, razão pela qual não poderiam se submeter a prazos prescricionais. Ademais, o próprio texto do artigo se refere expressamente à “ação para anular a deliberação”, o que reforça a dúvida suscitada.

Referida discussão não é nova. França aponta divergências doutrinárias a respeito das invalidades ocorridas em assembleias de Sociedades Anônimas desde a vigência do Decreto n. 434 de 1891. Entretanto, a referida divergência pode ser mais antiga, já que esta data foi escolhida pelo autor, em sua obra, por motivos didáticos, uma vez que o mesmo preferiu analisar a questão após a instauração do regime de liberdade na constituição de sociedades anônimas, independentemente do privilégio, concessão e autorização governamentais²⁴.

O referido doutrinador explica que, sob a égide do Decreto 434 de 1891, chamavam a atenção da doutrina as invalidades ocorridas nas assembleias de constituição das Companhias e o alcance dos seus efeitos.

Nesse sentido, Carvalho de Mendonça²⁵ observou o problema

semelhante) e aqueles aos quais, ao contrário, não pode ser aplicado tal prazo? Já o art. 156 (art. 286 da Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976) autoriza essa pergunta, pois, ele se refere, literalmente, à ‘ação para anular’ as deliberações, descuidando, portanto, das deliberações que sejam ‘nulas’ e não ‘anuláveis.’ (ASCARELLI, Tulio. Op. cit. p. 533).

24 Tendo em vista os *diversos princípios* de índole econômica e jurídica que inspiraram, tanto o sistema do *privilégio*, como o da *concessão* ou *autorização*, não nos pareceu necessário, em função dos objetivos deste capítulo, descer à análise do regime das nulidades aplicável às companhias no âmbito dos referidos sistemas. Por essa razão, ao examinarmos a evolução da questão no direito brasileiro, preferimos partir, desde logo, do Decreto n. 434, de 1891, o qual como se disse, constituiu uma consolidação da Lei n. 3.150, de 1882, e de alguns diplomas legais posteriores a esta (que, todavia, pouco a modificaram) (grifos do autor). (FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 13).

25 MENDONÇA. Apud FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. Cit. p. 15.

da aplicação do regime de Direito Civil das invalidades nas assembleias de sociedades anônimas:

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 tácitamente, nem sanadas pelos interessados, nem relevadas pelo juiz. Qualquer pessoa a quem interessar a sua declaração a pode argüir 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.

(...)

A nulidade resolve-se na dissolução da sociedade e responsabilidade dos fundadores. Todos os atos praticados pela sociedade não deviam ter, em rigor, existência jurídica, porque foram praticados por quem não existia; torcem-se porém, todas as consequências, emprestando-se vida ao nada contrapondo o *fato* ao *direito*! (...)

Para que êsse rigor, se temos instituído o registro do comércio, no qual as sociedades depositam os seus documentos legais para poderem funcionar? Porque 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 responsabilidades civis e penais contra os fundadores que as cumpridas? Porque a lei não se limita a estabelecer sérias responsabilidades civis e penais contra os fundadores que as infringirem? As nulidades devem ser reduzidas às estritamente necessárias e em todo o caso sujeitas às seguintes regras: 1ª, prescrição da ação dentro do ano da constituição da sociedade; 2ª, ratificação pelas assembleias, 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 a serem os

interessados pelos prejuízos, perdas e danos que estes sofressem (grifos do autor).

A questão doutrinária que se releva é que, segundo a teoria das invalidades do Direito Civil, as nulidades não geram efeitos no mundo jurídico, ou seja, com a sua declaração judicial, as partes atingidas devem retornar ao *status quo ante*. Além disso, o Direito Civil brasileiro contém uma peculiaridade em relação ao Direito francês, que se constitui na retroatividade da decretação judicial de anulação do ato jurídico. Como visto, o ato jurídico anulável gera efeitos condicionados a uma declaração judicial desconstitutiva.

Ocorre que as relações comerciais são dinâmicas e muitas vezes a nulidade ou anulação de atos empresariais complexos, que envolvem diversos atores, acarretaria dificuldade e, em muitos casos, prejuízos a contratantes de boa-fé.

Como fazer, por exemplo, com que todas as relações formalizadas por uma companhia constituída por meio de uma deliberação nula retornem ao passado, simplesmente deixando de existir²⁶?

O Legislador de 1940, notando essas dificuldades, adaptou o regime das invalidades do direito comum às necessidades das companhias, através do Decreto-Lei 2.627/1940. França²⁷ discorre a respeito das inovações dessa legislação:

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

Atribuiu ao Registro de Comércio, no art. 53 do

26 É que, ainda quando nula fôsse uma companhia ou sociedade anônima, dificilmente se poderiam apagar os efeitos resultantes da sua atuação no mundo dos negócios. A pessoa jurídica não revelou a terceiros o vício ou defeito que, contaminando-a desde a sua criação, preparava a sua extinção. Contratou, concluiu e executou uma série de negócios, cujos efeitos já se fizeram sentir ou perduram e não podem ser sumariamente cancelados. (VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*: comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953. v. 3, p. 93).

27 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 17.

Decreto-lei n. 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 anual 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 da assembleia geral extraordinária, providenciar a sanção 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 assembleia 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, alínea “a”, que, na hipótese de anulação de sua constituição, a companhia dissolver-se-ia, entrando em liquidação.

Desta feita, pode-se inferir, quanto ao regime de invalidades a ser aplicado frente aos vícios das assembleias de constituição das sociedades anônimas, que as principais diferenças para o Direito Civil são prazos prescricionais reduzidos, o amplo saneamento e convalescimento de atos jurídicos, mesmo nulos, e a irretroatividade das invalidades encontradas. Mesmo a inobservância de formalidades legais importa na liquidação da sociedade e não na nulidade do ato jurídico de constituição e dos atos jurídicos posteriores.

O fato de a ação anulatória da assembleia de constituição da sociedade anônima importar na sua liquidação²⁸ consagra a principal diferença para o regime de invalidades do Direito Civil, qual seja, a irretroatividade dos efeitos dos atos inválidos, até mesmo os nulos.

Essa diferença atraiu a atenção de Valverde²⁹, em seus comentários ao Decreto-Lei 2.627/40:

28 Art. 206, Lei 6.404/76. Dissolve-se a companhia: (...) II — por decisão judicial: a) quando anulada a sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista;

29 VALVERDE, Trajano de Miranda. Op. cit. p. 93.

A regra de que, declarada ou decretada a nulidade de um ato jurídico, se restituirão as partes ao estado em que antes dêle se achavam, não pode, nas sociedades anônimas havidas por nulas, ser estritamente obedecida, nem tem aplicação instantânea, pois que, para retrogradar ao *status quo ante*, se terá que proceder à liquidação da sociedade, que subsiste, assim, apesar de declarada ou decretada a sua nulidade. As sociedades anônimas nulas ou anuladas dissolviam-se e entravam na fase de liquidação. Mas a persistência da pessoa jurídica até o último termo da liquidação era um fato, que o decreto revogado já consignava: 'suposto dissolvidas, as sociedades anônimas se reputam continuar a existir para os atos e operações da liquidação' (grifos do autor).

Ascarelli³⁰ assim descreve a diferença entre o regime jurídico de invalidades de Direito Civil e o aplicado às assembleias de constituição de sociedades anônimas, sob a égide do Decreto-Lei 2.627/40³¹, que foi mantida pela Lei 6.404/76:

O art. 155, no Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (atualmente, art. 285 da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), fala em prescrição da ação por vícios ou defeitos verificados no ato de constituição.

Declarando ser, a ação, prescritível, filia-se, esse dispositivo à orientação, hoje em dia dominante, que, abandonando a clássica distinção entre nulidade e anulabilidade, assenta o sistema dos vícios do contrato social sobre princípios diversos dos adotados no direito comum.

Embora sem acolher o princípio peculiar às legislações anglo-saxônicas, em virtude do qual o arquivamento e a publicidade têm eficácia saneadora dos vícios de constituição, o art. 155 do Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (v. art.

30 ASCARELLI, Tulio. Op. cit. p. 520.

31 O texto do artigo 155, do Decreto-Lei 2.627/40 foi mantido praticamente inalterado pela Lei 6.404/76, salvo quanto à diminuição dos prazos prescricionais fixados, motivo pelo qual, os comentários doutrinários colacionados sobre aquele decreto ainda se mantêm atuais.

285 da atual Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) sujeita todos os vícios desta espécie a um curtíssimo prazo de prescrição.

Ademais, conforme o art. 138, *a*, Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (no direito atual, art. 206, II, *a*, da Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976), a anulação da sociedade acarreta, apenas, a sua liquidação judicial. Portanto, não tem ela, efeito retroativo. Tanto a brevidade do prazo de prescrição como a inexistência de efeito retroativo (em contraste com os princípios do direito comum) visam, afinal, à tutela dos terceiros que contrataram com a sociedade cujos atos constitutivos houverem sido arquivados.

Assim, o fato de o artigo 206, II, “a”, da Lei 6.404/76 determinar que a companhia será “dissolvida e liquidada”, por decisão judicial, “quando anulada a sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista”, demonstra claramente que os efeitos da “anulação” não retroagem, pois, se assim fosse, a decisão judicial que eventualmente reconhecesse algum ato jurídico nulo inquinador da constituição deveria simplesmente declará-lo, bem como todos os atos jurídicos praticados pela sociedade, determinando que as partes retornassem ao *status quo ante*, reavendo as suas perdas e danos.

Esse regime jurídico especial de invalidades se justifica devido à gama de interesses que necessitam ser protegidos. Simplesmente anular a constituição de uma empresa por uma nulidade acarretaria na necessidade de invalidação de contratos firmados perante terceiros, obrigações perante consumidores e o fisco, entre outros.

Entretanto, a aplicação integral de todas as peculiaridades que permeiam esse regime jurídico especial de invalidades tem suas exceções. Segundo França³², o próprio Ascarelli já admitia que o regime especial de invalidades exposto não poderia se aplicar a todas as invalidades ocorridas na assembleia de constituição da companhia.

32 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 22.

Quanto aos vícios que, segundo ele, acarretariam “falta dos requisitos necessários para a vida da sociedade”, estes, diferentemente, poderiam ser sempre arguidos, independentemente dos prazos de prescrição, da mesma forma como acontece no regime de invalidades do direito civil³³:

Tal o caso na legislação antiga (Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940) quanto à ilicitude do objeto social (cf. art. 167, Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de Setembro de 1940); quanto à impossibilidade do fim social; quanto à falta do número mínimo de sete subscritores; quanto à falta, no estatuto, de indicações essenciais para a vida da sociedade; quanto à falta de subscrição integral do capital social indicado no estatuto.

Trata-se nestes casos, não apenas de vícios de constituição, mas da falta dos requisitos necessários para a vida da sociedade.

A falta desses requisitos poderá sempre ser argüida, independentemente de prazos de prescrição, enquanto não forem sanados.

Verifica-se que, para Ascarelli, nesses atos jurídicos, há uma exceção ao regime jurídico especial de invalidades exposto no presente trabalho, que é justamente o fato de serem imprescritíveis e não convalerem no tempo. Mas mesmo a decretação de nulidade desses atos também não tem efeitos retroativos, e eles são sanáveis, por expressa previsão do parágrafo único do artigo 285 da Lei de Sociedades Anônimas, inclusive.

Os vícios que acarretariam falta dos requisitos necessários para a vida da sociedade são atos jurídicos viciados que, para Ascarelli, ofendem a ordem pública, interesses de terceiros e interesses inderrogáveis e irrenunciáveis dos acionistas, motivo pelo qual, em tese, poderiam ser alegados a qualquer tempo, não convalescendo após o decurso do prazo prescricional.

33 ASCARELLI, Tulio. Op. cit. p. 523.

Em que pese o artigo 285 da Lei 6.404/76 se referir apenas à possibilidade de saneamento dos atos praticados na assembleia de constituição da companhia, para França, Ascarelli, Valverde e doutrina majoritária, o “regime jurídico especial de invalidades” deve ser empregado não só para a assembleia geral de constituição da companhia, como para as demais assembleias ocorridas nas sociedades anônimas. Vejamos a opinião de Valverde³⁴ a esse respeito:

A assembléia 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.

Ascarelli³⁵, discorrendo sobre o tema, divide os vícios ocorridos nas assembleias em categorias diversas: violações a “direitos de terceiros e acionistas privilegiados”, a “normas de ordem pública³⁶”, deliberações que “estabeleçam uma disciplina contrastante com os direitos derogáveis e inderrogáveis dos acionistas” e que violem “di-

34 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Op. cit.* p. 74.

35 ASCARELLI, Tulio. *Op. cit.* p. 535.

36 Citando Donati, Ascarelli se refere a “normas de ordem pública”, como aquelas cujo objeto seja ilícito ou impossível ou que viole normas de interesse geral ou postas nos interesses dos credores sociais: “Cf. Donati, *op. cit.*, pp. 259 ss. o caso se verifica, quanto à deliberação cujo objeto seja ilícito ou impossível ou que viole normas de interesse geral ou postas no interesse dos credores sociais; exemplificadamente: proibição para a sociedade de distribuir dividendos fictícios (salva a prescribibilidade da ação de repetição ou a irrepetibilidade dos dividendos distribuídos ao acionista de boa-fé); de negociar com as próprias ações; de aumentar o capital a não ser depois de integralizadas as subscrições precedentes; falsidade no balanço (cf. a este último respeito De Gregorio, *op. cit.*, nº 411) etc. Nestes casos a deliberação é nula e sua nulidade pode, a meu ver, ser invocada sempre e por qualquer interessado. A particular importância das regras que visam à tutela dos terceiros em geral (ou seja, também dos que venham, futuramente, a ser credores da sociedade e até dos futuros compradores das ações) e não apenas àquela dos credores ‘atuais’ da sociedade, como na hipótese versada sub *a*, justifica, nesta hipótese, a nulidade da deliberação e, portanto, uma solução mais severa daquela versada na hipótese sub *a*.” (grifos do autor). (*Ibidem.* p. 537).

reitos individuais dos acionistas”, sendo que estes são divididos em “renunciáveis” e “irrenunciáveis”.

Os direitos individuais inderrogáveis e irrenunciáveis dos acionistas estarão previstos na lei e nos estatutos.

Assim, a título de exemplo, é ilegal o acionista detentor de ação ordinária renunciar ao seu direito de voto e se manifestar nesse sentido em assembleia, que por sua vez aprova a supressão do direito de voto desta ação, no estatuto. Ora, o direito de voto conferido às ações ordinárias não pode ser renunciado definitivamente pelo acionista, por previsão legal expressa do artigo 110³⁷, da Lei 6.404/76. Com efeito, o direito à anulação dessa deliberação é imprescritível e pode ser alegado inclusive por um futuro adquirente desta ação, ou até por um terceiro acionista que tenha sido prejudicado diante dessa deliberação nula.

Da mesma forma, é também nula a deliberação tomada por unanimidade dos acionistas em assembleia que decida por suprimir o direito individual de voto de um acionista ou grupo de acionistas, em específico, detentores de ação ordinária. Essa alteração estatutária, mesmo aprovada à unanimidade, é incapaz de derrogar seu direito, pelo simples fato de a lei impedir a derrogação desse direito individual. No mesmo sentido, o estatuto da companhia pode declarar que determinado direito é inderrogável ou irrenunciável.

Utilizando-se de uma digressão no Direito Constitucional, existem determinadas “cláusulas pétreas” que, mesmo sendo direitos individuais dos acionistas, não podem ser renunciadas ou derrogadas pelos demais, por versarem sobre direitos fundamentais para a manutenção do mercado de capitais e a viabilidade das sociedades anônimas.

Ascarelli divide os vícios ocorridos nas assembleias de socie-

37 Art. 110. A cada ação ordinária corresponde 1 (um) voto nas deliberações da assembleia geral.

dades anônimas entre aqueles que se submeteriam ao prazo prescricional do artigo 156 do Decreto Lei 2.627/40 (atual artigo 286 da Lei 6.404/76) – atos anuláveis – e aqueles em que o prazo para sua alegação seria imprescritível³⁸ – atos nulos. Estes, por serem imprescritíveis, não convalesceriam no tempo. Nesse sentido, conclui o autor:

Querendo formular um princípio geral a respeito dos vícios de impugnabilidade e daqueles de nulidade da deliberação, poder-se-ia dizer que, enquanto a deliberação exista (cf. quanto foi dito sub e), a violação das normas que disciplinam as assembleias e as suas deliberações ou os direitos individuais renunciáveis dos acionistas acarreta a anulabilidade da deliberação, ao passo que a violação das normas de ordem pública, ou emanadas no interesse de terceiros, acarreta a nulidade ou a ineficácia da deliberação, bem como são nulas as deliberações ou as cláusulas do estatuto cujo objeto contraste com direitos inderrogáveis e irrenunciáveis do acionista.³⁹

Então, segundo Ascarelli, existem também em matéria das demais deliberações assembleares, atos nulos e atos anuláveis, sob um regime especial, em relação ao regime de invalidades do Direito Civil.

Apenas para reforçar as características primordiais do regime especial de invalidades defendido no presente artigo, vale frisar que Ascarelli também defende a irretroatividade da decretação judicial de nulidade e anulação das deliberações ocorridas nas assembleias, medida que segundo ele visa resguardar interesses de terceiros:

Na minha opinião cumpre, para a solução do problema apontado, recorrer aos princípios da publicidade nas sociedades anônimas. A constituição

38 Existe ampla divergência doutrinária acerca da natureza do prazo fixado para a arguição de invalidades, se prescricional ou decadencial. Por se tratar de discussão relevante, que demandaria um trabalho dedicado só a si e por fugir ao objetivo final do presente, nos absteremos de posicionar a respeito, considerando o prazo como prescricional, pelo simples fato de a lei assim o redigir.

39 ASCARELLI, Tulio. Op. cit. p. 554.

da sociedade anônima, bem como as modificações estatutárias, estão sujeitas a um controle quanto à sua legitimidade. Por isso, parece-me, a nulidade ou a anulação de uma modificação estatutária (devidamente arquivada e publicada) não pode ter eficácia retroativa quanto aos terceiros; estes, com efeito, agindo com a sociedade, tinham o direito de confiar na legalidade das suas deliberações, visto que estas foram, justamente quanto à sua legalidade, verificadas pela autoridade competente.⁴⁰

Assim, visando à sistematização dos vícios encontrados nas assembleias de sociedades anônimas, conclui-se pelas as seguintes características:

a) Deliberações que violem normas de ordem pública, interesses de terceiros e interesses irrenunciáveis e inderrogáveis dos acionistas são nulas;

b) Deliberações que violem apenas interesses derogáveis e renunciáveis dos acionistas são apenas anuláveis;

c) Apenas os atos anuláveis se sujeitam aos prazos prescricionais previstos nos artigos 285 e 286 da Lei 6.404/76. Os atos nulos são imprescritíveis e não convalidam no tempo, da mesma forma que no Direito Civil; e

d) Os efeitos dos atos nulos e anuláveis não retroagem e são passíveis de saneamento.

4. Espécies de vícios ocorridos nas deliberações das sociedades anônimas.

França⁴¹ divide os possíveis vícios da assembleia em “vícios da própria assembleia, vícios das deliberações e vícios do voto”.

40 Ibidem. p. 559.

41 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 85.

Os chamados “vícios da própria assembleia” são os vícios formais de convocação e instalação da assembleia, previstos nos artigos 121 e seguintes da Lei de Sociedades Anônimas.

O artigo 286 da Lei 6.404/76 já prevê que o prazo para a “anulação” de assembleia “irregularmente convocada ou instalada” é de dois anos da deliberação.

Assim, essa é uma das hipóteses que demonstra a especialidade do regime de invalidades aplicado às sociedades anônimas. Mesmo havendo infração de dispositivos legais, o vício é anulável e não absolutamente nulo.

Seguindo a teoria exposta por Ascarelli, esse vício é meramente anulável porque só diz respeito aos direitos renunciáveis e derogáveis dos acionistas. Não infringe direitos de terceiros e a ordem pública.

Diferente é a hipótese de ausência de convocação. Nesse caso, a doutrina entende se tratar de nulidade, uma vez que sequer foi dada a oportunidade aos acionistas de terem conhecimento da assembleia.

Com efeito, o direito à observância das normas de convocação e instalação pelos acionistas em uma determinada assembleia é um direito renunciável. Já o direito de fiscalização dos atos da administração é um direito essencial, irrenunciável (art. 109⁴², III, da Lei de Sociedades Anônimas) e a não convocação para a assembleia evidentemente prejudica esse direito.

Nesse sentido, a opinião de França⁴³:

No tocante a (a) entendemos ser *nula* a assembléia *não convocada*, salvo se se tratar de assem-

42 Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: (...) III – fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais;

43 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 57.

bléia totalitária, nos termos do § 4º, do art. 124 (à qual estejam presentes, inclusive, os acionistas sem direito de voto, em face no disposto no parágrafo único do art. 125). Essa conclusão encontra respaldo, segundo pensamos, no próprio art. 286, que julga *anulável* a assembléia “*irregularmente convocada*”. Se, ao invés de mera *irregularidade*, todavia, *inexistir* convocação, é lícito concluir ser *nulo* o conclave (“não foi ‘irregularmente convocada’ a assembléia geral que não foi convocada” diz Pontes de Miranda, *Tratado... cit.*, t. 50, § 5.322, n. 6, p. 289). Até porque, havendo convocação, embora irregular, existe a *possibilidade* de os acionistas terem conhecimento da realização da assembléia; em não havendo, é perfeitamente possível que, ao se darem conta do fato, já haja decorrido o biênio previsto no art. 286 para a anulação do conclave. (grifos do autor).

Já os “vícios das deliberações” são aqueles que dizem respeito não à forma de convocação e constituição das assembleias, mas ao seu conteúdo.

É inviável a enumeração de exemplos de matérias sujeitas à deliberação, tendo em vista a infinidade de temas que podem ser deliberados. Basta afirmar que a deliberação que acarrete ofensa à ordem pública, a interesses de terceiros e a interesses individuais inderrogáveis e irrenunciáveis dos acionistas é nula. Deliberações que ofendam unicamente os interesses dos acionistas, derogáveis e renunciáveis, são anuláveis.

Em relação aos “vícios do voto”, França se refere aos mesmos como aqueles previstos na parte final do artigo 286 da Lei de Sociedades Anônimas, deliberações “eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação”.

Quanto aos referidos vícios, não há qualquer dúvida de se tratarem de atos anuláveis. Primeiro porque, em regra, somente dizem respeito ao direito individual renunciável e derogável dos acionistas; segundo porque o artigo 286 da Lei de Sociedades Anônimas expressamente os classifica de vícios anuláveis; terceiro porque, no próprio regime do Direito Civil, os atos jurídicos, em geral, eivados de erro,

dolo, fraude ou simulação são também anuláveis⁴⁴. A omissão do artigo 286 da referida Lei aos demais vícios anuláveis previstos no Direito Civil (coação, estado de perigo e lesão) não impede que estes sejam levados a juízo e decretados pelo juiz, conforme escólio de Valverde⁴⁵:

A lei não menciona a coação, certamente tendo em vista a formação da vontade social (n. 511) e a sua natureza jurídica. Todavia, se um dia for possível provar que os acionistas, individualmente, que formaram a maioria, foram vítimas da coação de outros acionistas ou de terceiros, a possibilidade de se anular a deliberação é indiscutível, já que entre os vícios da vontade se inclui a coação.

A mesma reflexão é válida para vícios do voto praticados sobre estado de perigo ou sob lesão, pois também se incluem nos vícios de vontade previstos no Direito Civil.

Evidentemente que se um determinado vício de deliberação incorrer em ofensa aos direitos de terceiros, normas de ordem pública e direitos individuais inderrogáveis e irrenunciáveis dos acionistas, forçosamente deve-se concluir que, se aquele voto prevaleceu para a formação da vontade da companhia, a deliberação é nula.

Por fim, além dos vícios de vontade previstos no direito comum, França aponta mais duas hipóteses de invalidades, às quais dedicou uma obra inteira a respeito, sendo que ambas se baseiam no texto do artigo 115 da Lei 6.404/76:

Art. 115. O acionista deve exercer o direito a 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

⁴⁴ Art. 171, CC/02. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I — por incapacidade relativa do agente; II — por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

⁴⁵ VALVERDE, Trajano de Miranda. Op. cit. p. 111.

e de que resulte, ou possa resultar prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

§ 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia.

§ 2º Se todos os subscritores forem condôminos de bem com que concorreram para a formação do capital social, poderão aprovar o laudo, sem prejuízo da responsabilidade de que trata o § 6º do artigo 8º.

§ 3º o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

§ 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.

A primeira hipótese ventilada por França⁴⁶ é a da “proibição de voto”, prevista na primeira parte do parágrafo 1º do artigo 115 da Lei 6.404/76. Conforme expressa a referida regra, o acionista é proibido de votar o laudo de avaliação de seus bens que concorrerem para a formação do capital e na deliberação relativa à assembleia que visa aprovar suas contas como administrador, ou que possam beneficiá-lo. Eventual voto exercido nessas condições é manifestamente inválido e pode tornar a deliberação anulável⁴⁷.

46 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.* São Paulo: Malheiros, 1993. p. 87.

47 Nos casos enfocados, pois, a violação do *divieto* acarreta, *ipso facto*, a nulidade do voto e a conseqüente anulabilidade da deliberação, se o voto for determinante para a formação da maioria. Aqui, pois, o legislador estabeleceu, com base em precisas circunstâncias formais, à semelhança do que ocorre no direito alemão e no italiano, um controle *ex ante* de legitimidade

Já a segunda hipótese de vício de voto está prevista no parágrafo 4º do artigo 115 da Lei 6.404/76 e trata do voto com interesse conflitante com o da companhia.

O “conflito de interesses” é qualificado por Carvalhosa⁴⁸ da seguinte forma:

A plena discricionabilidade do acionista no exercício do voto tem nesses elementos configuradores do interesse social o limite normativo do conflito de interesse *stricto sensu*. Em matéria de voto, o conflito substancial de interesses configura-se, portanto, no seu exercício abusivo que não leve em conta os interesses dos outros acionistas, presentes e futuros, os da companhia e os da coletividade; ou, então, que objetivo, concretamente, causar-lhes dano.

Deve, pois, o voto ser exercido de boa-fé. Por conseguinte, o sufrágio terá como *causa* a realização do fim comum perseguido pela sociedade. E perante todos os interesses envolvidos na companhia, deve ser exercido com lealdade.

Em síntese, o conceito de interesse social apóia-se nas noções de interesse comum dos sócios, de lealdade e boa-fé, que atuam necessariamente juntas (grifos do autor).

Entende-se que o voto exercido com conflito de interesses, por envolver a apuração do interesse do sócio, em um caráter finalístico, deve ser auferido *a posteriori*. Não é possível que a assembleia, os acionistas e os demais órgãos da sociedade possam auferi-lo de antemão. Não se trata de um critério formal, mas substancial, conforme escólio de França⁴⁹:

do voto, sendo de todo dispensável perquirir acerca da ocorrência de prejuízo para a companhia ou para outros acionistas, de vez que o perigo de dano, como acentua Galgano acha-se *in re ipsa*. (grifos do autor) (Loc. Cit.).

48 CARVALHOSA, Modesto. Op. cit. v. 2, p. 397.

49 FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Op. cit. p. 97.

Entendemos, dessa forma, que, ao fazer referência a “interesse conflitante com o da companhia”, no § 1º, do art. 115, a lei não está se reportando a um conflito meramente formal, mas sim a um conflito *substancial*, que só pode ser verificado mediante o exame do conteúdo da deliberação. Tal como na Itália, pois, a lei, nessa hipótese proíbe, cautelarmente, o acionista de votar. Se o acionista vota, deve-se verificar então, o modo como votou: se, efetivamente, sacrificou o interesse da companhia ao seu interesse pessoal, com prejuízo, potencial ou atual, à companhia ou aos outros acionistas, seu voto será nulo, bem como anulável a deliberação tomada, se o voto foi decisivo para a formação da maioria. Em suma, a lei não estabeleceu, para tal situação, um *divieto di voto*, como o fez para as demais hipóteses do § 1º, do art. 115 (grifos do autor).

A hipótese de voto manifestado em conflito de interesses com a companhia, ou com a coletividade dos acionistas, acarreta também a anulabilidade da deliberação, já que se trata de ofensa unicamente a direitos renunciáveis e derogáveis dos acionistas. Esta previsão encontra-se expressa no § 4º do artigo 115 da Lei de Sociedades Anônimas.

No caso concreto, pode ocorrer o acúmulo de duas espécies de vícios em um só voto. Assim, por exemplo, pode ocorrer um voto que, mediante abuso de poder, viole normas de ordem pública. Evidentemente, tratando-se a nulidade de vício mais grave, cuja sanção é mais severa, o ato será classificado como nulo, em que pese a previsão do artigo 115, supracitado, em virtude dos interesses da sociedade e de terceiros que necessitam ser protegidos.

Por óbvio, a anulação da deliberação só poderá ser pleiteada pelo prejudicado se o voto viciado tiver prevalecido na deliberação. Caso contrário, não haverá vício, no caso concreto, já que o voto vencido será desconsiderado pelo órgão incumbido de exercer a vontade da companhia, cabendo apenas a reparação pelos prejuízos apurados e a obrigação de restituição das vantagens auferidas, se houver⁵⁰.

50 No mesmo sentido, França (Op. cit. p. 99): “A sanção estabelecida pela lei, portanto, é a anulação da deliberação tomada em decorrência do voto abusivo ou conflitante, além da re-

5. Conclusão.

Resta evidenciado, portanto, que há um regime especial de invalidades das sociedades anônimas materializado na Lei 6.404/76, diverso do regime aplicável ao Direito Civil. As principais diferenças deste regime jurídico especial em relação ao “comum”, como vimos, é a irretroatividade da decretação judicial de nulidade ou de anulação da deliberação viciada e a possibilidade de saneamento dos atos inválidos (mesmo os nulos) pela companhia, através de assembleia. Por outro lado, os atos jurídicos considerados “nulos” pela doutrina também são imprescritíveis, como no Direito Civil.

Assim, vale enumerar as principais características do “regime especial de invalidades” aplicável às deliberações nas assembleias de sociedades anônimas:

- a) Deliberações que violem normas de ordem pública, interesses de terceiros e interesses irrenunciáveis e inderrogáveis dos acionistas são nulas;
- b) Deliberações que violem apenas interesses derogáveis e renunciáveis dos acionistas são apenas anuláveis;
- c) Apenas os atos anuláveis se sujeitam aos prazos prescricionais previstos nos artigos 285 e 286 da Lei 6.404/76. Os atos nulos são imprescritíveis e não convalidam no tempo, da mesma forma que no Direito Civil; e
- d) Os efeitos dos atos nulos e anuláveis não retroagem e são passíveis de saneamento.

Espera-se que o presente trabalho tenha contribuído com tema, ao mesmo tempo, tão importante e tão negligenciado pela doutrina, e que mais estudos como esse sejam produzidos, visando uma

paração dos prejuízos causados e da transferência das vantagens auferidas para companhia. Se o voto não prevalecer na deliberação, então sim, até por uma questão de lógica, a sanção consistirá apenas na reparação dos prejuízos causados”.

futura sistematização coesa e relevante das peculiaridades das deliberações ocorridas em assembleia de sociedade anônima, como atos jurídicos sujeitos às peculiaridades do ramo do direito em que se encontram inseridos.