

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

MAÍRA LEITOGUINHOS DE LIMA ABREU

**INVALIDAÇÃO DAS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO DE**  
**ADMINISTRAÇÃO DAS COMPANHIAS**

Belo Horizonte

2014

MAÍRA LEITOGUINHOS DE LIMA ABREU

**INVALIDAÇÃO DAS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO DE  
ADMINISTRAÇÃO DAS COMPANHIAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na Área de Concentração em Direito Empresarial

Linha de pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres

Belo Horizonte

2014

---

A162i Abreu, Máira Leitoguinhas de Lima  
Invalidação das deliberações do conselho de  
administração das companhias / Máira Leitoguinhas de  
Lima Abreu. - 2014.

Orientador: Marcelo Andrade Féres  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas  
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito empresarial - Teses 2. Conselho de  
administração 3. Fato jurídico 4. Ato nulo I.Título

CDU: 347.72

---

*Para vô Gerson, grande homem, modelo de amor, quem mais esperou por este  
trabalho.*

*Para minha mãe, minha luz, meu abrigo, e meu pai, sempre minha maior inspiração.*

*Para Dudu, que todos os dias me encanta com o melhor do amor.*

Universidade Federal de Minas Gerais  
Faculdade de Direito

Dissertação intitulada “Invalidação das deliberações do conselho de administração das companhias”, de autoria da mestranda Maíra Leitoguinhos de Lima Abreu, avaliada pela banca examinadora constituída pelos professores:

Professor Doutor Marcelo Andrade Féres – Orientador

---

---

Belo Horizonte, \_\_\_\_/\_\_\_\_/2014

## **AGRADECIMENTOS**

A meus pais, José e Vânia, nunca conseguirei explicar nem agradecer suficientemente a atuação de vocês, não só nesse, mas em todos os meus projetos, pessoais e profissionais. Uma vida de dedicação e amor, sem faltar um segundo. São os que mais aliviam meus lamentos e mais vibram minhas vitórias. Vocês não poderiam ser melhores.

A Eduardo Caixeta, por essa alegria inexplicável que é estar com você. Agradeço também pelo companheirismo das horas e horas de descanso trocadas por estudo, sempre com o melhor sorriso. Seu apoio, infalível, foi precioso.

Guilherme e Carla Abreu, meus grandes amigos, obrigada por cuidarem tão bem de mim.

A meu orientador Marcelo Andrade Féres, meu muito obrigada pela cuidadosa orientação, pelo constante estímulo e atenção. Obrigada pelas reflexões e lições tão valiosas para este trabalho e para minha vida profissional.

Eduardo Goulart Pimenta, agradeço por ter me acompanhado com tanta dedicação nos meus estudos iniciais de direito empresarial durante a graduação, essenciais para a continuidade na academia. Obrigada por tantos ensinamentos e incentivos.

A Fernanda Valle Versiani, sempre pronta para me ajudar, agradeço pela amizade e ternura.

A Nelson Rosenvald, pelo grande auxílio em minhas pesquisas e estudos de direito civil.

A Patrícia Alvarenga Barros, pelo incentivo à pesquisa e ao mestrado, ainda nos tempos de estágio, pela inspiração inicial do tema e pelo carinho de sempre.

Por fim, meus agradecimentos aos colegas e professores da pós graduação da Faculdade de Direito da UFMG, por nossas ricas aulas e discussões.

## RESUMO

As deliberações do conselho de administração não foram disciplinadas minuciosamente pela legislação brasileira nem satisfatoriamente trabalhadas pela doutrina, o que traz insegurança jurídica e, assim, esta pesquisa cuidou especialmente da invalidação desses atos. A base de dados analisada compreendeu a doutrina e legislação nacionais e estrangeiras sobre a matéria, além de decisões judiciais e administrativas brasileiras. Foram utilizados os métodos indutivo e dedutivo, mesclando-se dados fáticos e princípios gerais do direito privado e do direito societário. Em que pese a opinião prevalente da doutrina, à qual parece imprescindível uma teoria especial das invalidades, verificou-se, ao longo da pesquisa, a conciliação entre a lógica do direito societário e a atual leitura da teoria do fato jurídico no direito civil, as quais passaram a convergir para a minimização da aplicação das sanções de invalidade, a preservação dos efeitos dos atos inválidos, a maximização da estabilidade e a segurança das relações jurídicas, além da proteção a terceiros de boa-fé. Com base nessas conclusões, foram abordados os possíveis vícios no procedimento de tomada de decisão do órgão, que envolvem os defeitos de suas reuniões, deliberações e votos, abordando-se, inclusive, a atuação da Comissão de Valores Mobiliários e do Judiciário frente a essas irregularidades. Por fim, foram propostas medidas legislativas voltadas à mitigação das controvérsias e instabilidades provocadas pelo atual estado da legislação.

**PALAVRAS-CHAVE:** conselho de administração; teoria do fato jurídico; invalidade; deliberação; vícios; ação de invalidade.

## **ABSTRACT**

The resolutions of the board of directors have not yet been satisfactorily regulated by Brazilian law or properly explained by the jurists. Therefore, the company, its shareholders and the market are exposed to several legal uncertainties, particularly regarding the invalidation of such acts. This study examined the legal regime of the resolutions of the board of directors through the assessment of the pertaining regulation, the opinion of jurists, from Brazil and abroad, as well as the precedents on the matter. The inductive and deductive methods, merging factual data and general principles of private law and corporate law, were used. Despite the dominant opinion of the jurists, to whom a corporate law doctrine of nullity seems essential, it was found that it shows no significant differences in comparison to the current private law doctrine of nullity. Both converge on avoiding the sanctions of invalidity and preserving the effects of invalid acts, thus maximizing stability and legal certainty, in behalf of third parties in good faith. Based on these conclusions, it was explored the possible defects in the decision-making process of the board of directors, involving defects of its meetings, resolutions and votes of its members. It was also considered the role of the Brazilian Securities Commission (“Comissão de Valores Mobiliários”) and the judicial procedures to remedy such defects.

**KEYWORDS:** board of directors; nullity; invalidity; resolution; judicial procedure.



## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

|  |     |
|--|-----|
| <b>Figura 1</b> – Classificação dos fatos jurídicos..... | 79  |
| <b>Figura 2</b> – Espécies de invalidez.....             | 137 |
| <b>Figura 3</b> – Medidas sanatórias.....                | 176 |

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

**CVM:** Comissão de Valores Mobiliários

**BM&FBovespa:** BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros

**IBGC:** Instituto Brasileiro de Governança Corporativa

**LSA:** Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações

**NASDAQ:** *National Association of Securities Dealers Automated Quotations*

(Associação Nacional de Corretores de Títulos de Cotações Automáticas)

**NYSE:** *New York Stock Exchange* (Bolsa de Valores de Nova Iorque)

**PAS:** Processo administrativo sancionador

**S/A:** Sociedade anônima

**Sarbox:** *Sarbanes–Oxley Act of 2002* (Lei Sarbanes-Oxley)

**SEP:** Superintendência de Relações com Empresas

**STJ:** Superior Tribunal de Justiça

**TJMG:** Tribunal de Justiça de Minas Gerais

**TJSC:** Tribunal de Justiça de Santa Catarina

**TJSP:** Tribunal de Justiça de São Paulo

**TJRJ:** Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO.....  | 11  |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO 1 - O CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS.....  | 18  |
| 1.1 - Conceito de conselho de administração.....   | 22  |
| 1.2 - O conselho de administração e o ordenamento jurídico brasileiro.....   | 26  |
| 1.3 - A posição do conselho de administração no contexto atual.....  | 43  |
| 1.4 - O conflito de interesses entre os administradores e a companhia.....   | 55  |
| 1.5 - As deliberações do conselho de administração.....  | 59  |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO 2 - AS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DA APLICAÇÃO DA TEORIA GERAL DO FATO JURÍDICO AOS ATOS SOCIETÁRIOS..... | 63  |
| 2.1 – As críticas ao Decreto 434/1891 e a exigência de uma teoria especial.....                                      | 63  |
| 2.2 - A tentativa de mudança com o Decreto-Lei nº 2.627/40.....  | 69  |
| 2.3 - A reafirmação da necessidade de uma teoria especial na vigência da Lei nº 6.404/76.....                        | 74  |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO 3 - AS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO CONFORME A RELEITURA DA TEORIA GERAL DO FATO JURÍDICO..... | 76  |
| 3.1 – O plano da existência e as deliberações do conselho de administração na classificação dos fatos jurídicos..... | 77  |
| 3.1.1 – Os fatos e as deliberações inexistentes.....   | 88  |
| 3.1.2 - Sobre a inocorrência das reuniões.....   | 94  |
| 3.2 – O plano da validade das deliberações.....  | 97  |
| 3.3 – O plano da eficácia.....   | 116 |
| 3.4 - As espécies de invalidade e a doutrina clássica civilista: o antigo tratamento do tema.....                    | 122 |
| 3.5 - A mudança de abordagem na teoria das invalidades e sua aplicabilidade ao direito societário.....               | 126 |
| 3.5.1 - Natureza jurídica da invalidade e o equívoco da nulidade de pleno direito...130                              |     |
| 3.5.2 - As diferenças entre nulidade e anulabilidade conforme a doutrina atual.....                                  | 132 |

|  |     |
|--|-----|
| 3.5.2.1 - Sobre a existência da nulidade em matéria societária.....          | 137 |
| 3.5.3 - A produção de efeitos dos atos inválidos.....                        | 140 |
| 3.5.3.1 - A eficácia da sentença que pronuncia a invalidade.....             | 151 |
| 3.5.3.2 - O princípio da conservação dos atos jurídicos.....                 | 154 |
| 3.5.3.3 – A proteção a terceiros de boa-fé, o registro e as publicações..... | 164 |
| 3.5.3.4 – Interpretação restritiva das normas de invalidade.....             | 173 |
| 3.5.3.5 - Mecanismos práticos do princípio da conservação.....               | 175 |
| 3.5.3.5.1 - Convalidação.....  | 176 |
| 3.5.3.5.2 - Sanação.....   | 177 |
| 3.5.3.5.3 - Conversão.....   | 181 |
| 3.5.3.5.4 - Redução.....   | 183 |
| 3.5.4 – Prazos curtos para a impugnação judicial.....                        | 184 |
| 3.6 - Sobre o enquadramento do direito societário no direito privado.....    | 185 |
| 3.7 - A sanção administrativa.....   | 187 |
| <br>   |     |
| CAPÍTULO 4 - OS VÍCIOS DAS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO DE<br>ADMINISTRAÇÃO..... | 191 |
| 4.1 - Vícios das reuniões.....   | 192 |
| 4.2 - Vícios das deliberações.....   | 197 |
| 4.3 - Vícios dos votos.....  | 199 |
| 4.4 - Distinção entre a deliberação e seus efeitos.....                      | 212 |
| 4.5 - A ação de invalidade.....  | 214 |
| 4.6 - Prazo para propositura da ação.....                                    | 221 |
| <br>   |     |
| CONCLUSÃO.....   | 232 |
| <br>   |     |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....  | 238 |
| <br>   |     |
| REFERÊNCIAS A JULGADOS DE TRIBUNAIS JUDICIAIS.....                           | 254 |
| <br>   |     |
| REFERÊNCIAS A JULGADOS DA CVM.....   | 256 |

## INTRODUÇÃO

A administração da companhia é, por sua própria natureza, um dos componentes mais importantes para o desenvolvimento da empresa. Afinal, em última análise, é o instrumento pelo qual a sociedade realiza seu objeto, seja por meio do planejamento dos negócios, seja pela atuação frente ao mercado<sup>1</sup>.

Nas sociedades de menor porte, é normal que os próprios sócios sejam os administradores, não havendo, muitas vezes, órgãos administrativos. À medida em que cresce o empreendimento, há uma tendência de centralizar a administração em um grupo especializado. Isso porque, com a ampliação do quadro societário<sup>2</sup> ou com o maior volume de negociações, é comum a necessidade de uma estrutura administrativa mais especializada e com maior concentração de poderes, que tende gerir o negócio com mais eficiência<sup>3</sup>.

Paul Davies afirma que não é de se surpreender essa centralização da gestão em determinadas pessoas, diferentes dos acionistas. Primeiro, por razões de custo e tempo. Convocar todo o quadro de sócios seria mais demorado e demandaria mais despesa do que um menor grupo. Segundo, por motivos de *expertise*. Acionistas podem ser especializados em diversas atividades, mas não necessariamente em administrar uma companhia. Terceiro, por uma questão de motivação. Cada sócio, com sua decisão particular, sabendo que corresponde a um dentre centenas ou

---

<sup>1</sup> “O administrador da sociedade é o instrumento de que se vale a pessoa jurídica para colocar-se diante daqueles com os quais vá praticar algum ato jurídico. É a pessoa ou grupo de indivíduos dotados dos poderes necessários à prática das condutas direta ou indiretamente voltadas para a consecução do objeto da sociedade”. PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, 55-56.

<sup>2</sup> Tomazette aponta para a importância da separação da administração em empreendimentos de maior porte: “Nas sociedades anônimas, aptas para execução de grandes empreendimentos, há geralmente um número muito elevado de acionistas, dentre os quais alguns não querem e nem poderiam participar da administração da sociedade, sob pena de causar um tumulto que prejudicaria a condução dos negócios sociais. Assim, a natureza e a extensão da sociedade anônima ‘exige a separação entre a propriedade da empresa, em sentido econômico, e sua direção’, que deve competir a pelo menos um órgão separado”. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*, vol. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 521.

<sup>3</sup> Nesse sentido: “A administração de uma Sociedade Anônima, de maneira análoga ao que se verifica quando se trata da administração da máquina estatal, envolve um grande número de providências que se tornam mais complexas à medida que cresce o poderio econômico do empreendimento. Tanto no caso das Sociedades Anônimas Privadas quanto do Poder Público o legislador percebeu que atribuir a uma única pessoa ou grupo competência para realizar toda a gama de providências necessárias à gestão seria altamente ineficiente. A lei então separa as diferentes providências administrativas e, organizando-as em conjuntos mais ou menos harmônicos, as atribui a um ou mais indivíduos. Assim, cada indivíduo ou grupo passa a ter competência para realizar apenas aquelas providências que lhes foram conferidas pela legislação, não podendo interferir ou praticar os atos atribuídos pela lei a outros indivíduos ou grupos”. PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 64.

milhares de outros, tenderá a não investir tanto tempo buscando as melhores soluções para as questões do empreendimento, mas sim a basear-se nos esforços dos outros. Tendo muitos deles o mesmo comportamento, não estarão bem preparados para opinar. Já a tomada de decisão em grupos pequenos costuma ser diferente<sup>4</sup>.

Esse contexto, por si só, já demonstra a necessidade da atenção ao estudo da administração das companhias. Aumenta essa necessidade o fato de a administração das companhias brasileiras vir se destacando nos últimos anos, devido às alterações que o mercado de capitais nacional tem sofrido.

É inquestionável que o mercado brasileiro é ainda marcado pela presença prevalente de sociedades anônimas (S/As) com um acionista ou grupo controlador definido: o controle ainda é concentrado<sup>5</sup>, normalmente detido pelos fundadores. Porém, muitos autores apontam para o grande crescimento do número de companhias abertas sem sócios ou grupos majoritários<sup>6</sup>, havendo inclusive estudos no sentido de

---

<sup>4</sup> No original: “In companies of any size it is hardly surprising that the management is not left with the shareholders but is entrusted to a small group of managers. Partly, this is a question of speed and cost. A large shareholding body can be convened fairly only after reasonable notice (say two weeks at a minimum) and at some expense. Partly, it is a question of expertise. Shareholders in large companies, if they are professional fund managers, may be experts at taking investment decisions but are not necessarily skilled at managing companies. Individual investors may not be highly skilled at either, since their main occupation in life may be something entirely different. Partly, it is a question of motivation. a shareholder who knows he or she will be one of a body of, say, 1,000 shareholders taking a particular decision may be tempted not to invest much time to work in working out the correct answer to the question, but rather to free-ride on the efforts of the others - but all the shareholders will be subject to the same incentive to shirk and so none may prepare properly. The dynamics of small group decision-making, which will govern decisions of the managers, are entirely diferente”. DAVIES, Paul. *Introduction to Company Law*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 12

<sup>5</sup> “O controle concentrado é um dado da realidade brasileira. No Brasil, é extrema a concentração acionária. (...) A pesquisa realizada [por Mckinsey & Company e Korn/Ferry International] concluiu que além da alta concentração do controle acionário, a estrutura de propriedade do controle nas empresas brasileiras: (i) é caracterizada pelo controle familiar, compartilhado, ou exercido por multinacionais; (ii) os acionistas minoritários são pouco ativos e os seus interesses não são completamente reconhecidos; e (iii) há alta sobreposição entre propriedade acionária e gestão executiva. Além disso, os conselheiros de administração das empresas são compostos por conselheiros internos, representantes dos acionistas majoritários, e têm estruturas informais, com processos não definidos, e há pouca clareza na divisão dos papéis de conselho executivo nas empresas familiares. Ressalta-se ainda que, apesar das empresas considerarem satisfatórios os níveis de transparência e comunicação com investidores do mercado financeiro e minoritário, tais níveis, segundo estes últimos, são ainda insuficientes. Assim sendo, é impossível imaginar, em hipóteses normais, um controle administrativo em sentido próprio, i.e., em ausência de um controlador ativo”. FILHO, Calixto Salomão. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63-64.

<sup>6</sup> “A incipiente dispersão acionária, recentemente verificada em algumas companhias brasileiras, vem suscitando diversos questionamentos dentro da realidade empresarial brasileira, a qual, historicamente, possui uma estrutura de propriedade acionária concentrada. A possibilidade de controle minoritário ou de até mesmo a de controle gerencial são algumas consequências da tendente dispersão acionária para as quais as empresas brasileiras terão de se preparar”. CARVALHOSA, Modesto. *As poison pills estatutárias na prática brasileira – alguns aspectos de sua legalidade*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). *Direito Societário – Desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 20.

que o Brasil já está experimentando de maneira incipiente o processo de dispersão acionária<sup>7</sup>.

Esses autores apontam que há no Brasil, inclusive por parte da BM&FBovespa<sup>8</sup>, incentivo à dispersão acionária, especialmente a partir da criação de segmentos especiais de listagem<sup>9</sup>. Até 2013, das 612 companhias listadas na BM&FBovespa, 350 estavam nos Níveis 1 e 2 ou no Novo Mercado, que exigem um percentual mínimo de

---

Nesse sentido: “*Esse rearranjo das relações de poder na companhia aberta brasileira, com o enfraquecimento das prerrogativas do acionista controlador e o fortalecimento daquelas dos acionistas minoritários, em um momento de razoável prosperidade econômica e significativo fluxo de investimentos estrangeiros no Brasil, foi o ponto de partida para o surgimento de companhias abertas com a maioria das ações de sua emissão dispersa entre diversos investidores na Bolsa de Valores*”. AZEVEDO, Luís André Negrelli de Moura. *A oferta pública para aquisição de controle sob a perspectiva da companhia aberta ofertante*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). *Direito Societário – Desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 76-77.

<sup>7</sup> Nesse sentido, destaca-se pesquisa de Érica Gorga, com o seguinte resumo: “*Esse artigo analisa um único evento contemporâneo, o processo de mudança de padrão de propriedade no Brasil, onde as companhias são historicamente caracterizadas pela concentração de propriedade. Esse padrão de concentração tem diminuído recentemente, indicando um estágio inicial de dispersão acionária*”. (tradução livre da autora). Original: “*This paper (...) investigates a unique, contemporaneous event. This event refers to a process of change in patterns of ownership in Brazil, where corporations have historically been characterized by severely concentrated ownership. These concentrated ownership patterns have recently diluted, indicating an early stage of diffused ownership.*” GORGA, Érica. *Changing the Paradigm of Stock Ownership: From Concentrated Towards Dispersed Ownership? Evidence from Brazil and Consequences for Emerging Countries*. 3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers, p. 5-6. Acesso em: 23.01.14 Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1121037> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1121037>

No mesmo sentido: “*Neste início de século, o mercado brasileiro começa a dar seus primeiros passos rumo a um ambiente de pulverização acionária, despontando algumas companhias cujas ações emitidas encontram-se em propriedade de uma miríade de acionistas, companhias estas que não possuem a tradicional figura do controlador majoritário. (...) Se não se pode afirmar que o Brasil rumará obstinadamente no sentido da formação de um mercado acionário com alto grau de pulverização da propriedade acionária - e nem se diz aqui que este é o rumo certo a ser tomado -, certo é que não faltam indícios de que o capital acionário no país tem se distribuído de forma mais consistente nestes últimos anos, mitigando a tradicional concentração acionária (inclusive familiar) e ajudando a afastar a - ainda - forte figura do controlador majoritário*”. APPENDINO, Fabio. *O instituto do direito de voto em um contexto de dispersão acionária*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; MOURA AZEVEDO, Luís André N. de (coord). *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 438; “*(...) são cada vez mais comuns as companhias brasileiras em que a estrutura do capital social está dispersa, seguindo entre nós, ainda timidamente, a experiência internacional da dispersão acionária*”. NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. *Medidas defensivas à tomada de controle de companhias*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 27.

<sup>8</sup> “*A BM&FBovespa é uma companhia que administra mercados organizados de títulos, valores mobiliários e contratos derivativos, além de prestar serviços de registro, compensação e liquidação, atuando, principalmente, como contraparte central garantidora da liquidação financeira das operações realizadas em seus ambientes*”. Acesso em 23.01.13 Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/intros/intro-sobre-a-bolsa.aspx?idioma=pt-br>

<sup>9</sup> A BM&FBovespa possui diferentes segmentos em que as companhias podem se listar, quais sejam, Bovespa Mais, Novo Mercado, Nível 2 e Nível 1, cada um com diferentes regras para diferentes perfis de companhias. Sobre o regulamento de cada segmento e comparação entre eles: <http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/solucoes-para-empresas/segmentos-de-listagem/o-que-sao-segmentos-de-listagem.aspx?Idioma=pt-br>

25% das ações em circulação no mercado (*free float*)<sup>10</sup> e estímulos à dispersão acionária<sup>11</sup>.

Parece cedo para certificar que o mercado brasileiro de fato caminha para a dispersão do capital, e, repita-se, é um grande equívoco afirmar que a realidade atual é de controle minoritário e, muito menos, gerencial. De qualquer forma, essas modificações no mercado e o atual enfoque que tem sido dado à governança corporativa<sup>12</sup> estão aumentando bastante a visibilidade da administração das companhias, especialmente a do conselho de administração.

Seja nas companhias fechadas ou abertas, em um mercado com prevalência de controle concentrado ou não, este órgão exerce papel fundamental. Paul Davies afirma que um conselheiro de uma grande companhia tende a ser mais conhecido pelo público do que os maiores acionistas dela<sup>13</sup>.

Sendo esse grande foco de poder, aumenta a necessidade de seu estudo e controle de seus atos. Porém, não existe no Brasil um regime jurídico definido para suas deliberações.

A escassez de trabalhos sobre as deliberações do conselho de administração é agravada pelo fato de a Lei nº 6.404/1976, que dispõe sobre as sociedades por ações (LSA), não disciplinar diversas questões a elas referentes. Por exemplo, não determina o prazo para sua impugnação judicial, como o faz para as assembleias gerais em seu art. 286.

Assim, torna-se grande a insegurança com relação à estabilidade das decisões do órgão administrativo, problema sensível no direito societário, tendo em vista que as sociedades se relacionam diariamente com o mercado, realizando diversos atos e celebrando negócios jurídicos de variadas espécies. Exemplo típico do desse

<sup>10</sup> Conceito: “**Art. 3º - Instrução Normativa nº 361, CVM** - Para os efeitos desta Instrução, entende-se por: (...) **III** - ações em circulação: todas as ações emitidas pela companhia objeto, excetuadas as ações detidas pelo acionista controlador, por pessoas a ele vinculadas, por administradores da companhia objeto, e aquelas em tesouraria.”

<sup>11</sup> Fonte: <http://www.bmfbovespa.com.br/cias-listadas/Empresas-Listadas/BuscaEmpresaListada.aspx?indiceAba=2&seg=BM&Idioma=pt-br> Acesso em 23.01.13

<sup>12</sup> “*Trata-se de anglicismo criticável, na tradução de corporate governance, porém já incorporado ao uso corrente. A tradução mais adequada seria ‘governo (ou gestão) das empresas’.* Por corporate governance normalmente entende-se tudo o que se refere à organização interna e à estrutura de poder na empresa, seja dos administradores, seja dos acionistas controladores, assim como as relações entre conselho de administração, diretores, acionistas e outros interessados, como credores e empregados”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 255, nota 475.

<sup>13</sup> No original: “*The top executive director in a big company (...) may become much better known publicly than even the largest shareholders in the company*”. DAVIES, Paul. *Introduction to Company Law*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 103.



problema é a eleição de diretores. Supondo que a diretoria venha a ser eleita de maneira irregular, qual será a consequência de uma eventual destituição dos diretores, que por muito tempo representaram a companhia e realizaram inúmeros atos perante o mercado?

O presente trabalho busca determinar o regime jurídico das deliberações do conselho de administração, respondendo, inicialmente, se a elas se aplica a teoria das invalidades do direito civil ou se é necessário recorrer à teoria especial das invalidades construída pela doutrina nacional em seu estudo sobre as deliberações assembleares.

Desde os estudos de Carvalho de Mendonça sobre o Decreto 434, de 1891, fala-se na necessidade de formulação de uma teoria especial para as invalidades deliberações da assembleia geral. O doutrinador chamava atenção para o perigo de aplicar-se, no direito societário, as regras de invalidade do direito civil.

Nessa mesma linha, o Decreto-Lei nº 2.627/40 ratificou a construção de uma nova teoria, ressaltando a presença de anulabilidades. A LSA conservou uma disciplina parecida com a do legislador de 40, não mencionando nulidade, mas tão somente anulabilidade de atos societários.

Atualmente, prevalece na doutrina de maneira praticamente unânime que é necessário uma teoria especial para o direito societário. Essa necessidade é justificada fundamentalmente pelo interesse na continuidade da empresa e pela necessidade de estabilidade das deliberações societárias.

Afirmam os autores que se forem aplicadas as regras de invalidade do direito civil, as consequências seriam desastrosas para a sociedade e para aqueles que com ela se relacionam.

Essas preocupações com a estabilidade e segurança das deliberações sociais procedem. É realmente importante que as companhias não fiquem indevidamente sujeitas a terem suas deliberações e demais atos sujeitos a invalidação. Deve-se buscar, ao máximo, a manutenção dos atos societários. O que não se pode concluir, porém, a partir dessas preocupações, é que seja criada uma teoria especial para o direito societário.

Isso porque, desde o momento em que essa ideia se formou, séculos passados, o direito civil e especialmente a teoria das invalidades modificou-se profundamente e

hoje preconiza aqueles princípios tão caros ao direito societário, como o da conservação dos atos jurídicos e da proteção a terceiros de boa-fé.

A manutenção dos negócios jurídicos é também uma grande e atual preocupação do direito civil, de maneira que a correta interpretação e aplicação das suas regras de invalidade convivem harmonicamente com os conflitos societários.

Assim, é preciso determinar o regime jurídico das invalidades, conforme posto pelo direito civil brasileiro que, na verdade, trata-se de matéria de direito privado e, portanto, logicamente aplicável ao direito societário. Essas regras servirão de substrato para as deliberações do conselho de administração.

Após, é preciso delimitar quais são as possíveis irregularidades que podem afetar a tomada de decisão do órgão, divididas nas seguintes hipóteses de vício: (i) da reunião; (ii) das próprias deliberações; e (iii) dos votos.

Também devem ser trabalhados aspectos relacionados com a ação judicial de invalidação da deliberação e o seu prazo, bem como o papel da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) na aplicação das penalidades administrativas.

Os diversos aspectos que envolvem a análise das deliberações do conselho de administração demandaram um estudo interdisciplinar, tendo sido necessário abordar a questão não apenas no âmbito do direito comercial, mas também, em especial, do direito civil, da teoria geral do direito privado e do direito processual civil.

Para desenvolvimento do trabalho, foi estudada a legislação, a jurisprudência e a doutrina brasileiras, valendo-se, para tanto, de publicações científicas e obras doutrinárias de várias espécies.

Ainda, foi necessário tangenciar o direito estrangeiro, principalmente o direito norte-americano, italiano e português, que apresentam grande volume de conteúdo em pontos essenciais dessa pesquisa.

Foram utilizados os métodos indutivo e dedutivo, mesclando-se dados fáticos e princípios gerais. Considerando informações particulares, foram buscadas conclusões mais amplas, por meio da observação dos dados, estabelecimento de identificações entre eles e posterior generalização. Além disso, a partir da identificação de princípios e normas gerais, estabelecidos como premissas, serão buscadas conclusões específicas já inseridas naqueles<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2006, p. 22-23.

Com base nessa introdução, a redação foi dividida em 4 capítulos, de forma a mapear o regime jurídico das deliberações do conselho de administração das sociedades anônimas.

No Capítulo 1, foram desenvolvidos os aspectos gerais da administração das sociedades, especialmente no conselho de administração, estabelecendo-se seu conceito, característica, modo de atuação e evolução legislativa no Brasil. Ainda, foi traçado o panorama atual do órgão, mostrando sua atual posição no contexto das companhias atualmente, no mercado brasileiro e, brevemente, no mercado norte-americano, especialmente no que tange à separação entre propriedade e gestão. Foi então trabalhado o conceito de conflito de interesses entre os administradores e a companhia que eventualmente pode advir dessa realidade.

No Capítulo 2, mostrou-se como foi desenvolvida a teoria especial da invalidade dos atos jurídicos no direito societário brasileiro, mapeando os argumentos doutrinários e as alterações legislativas nesse sentido.

No Capítulo 3, procurou-se demonstrar como as deliberações do conselho de administração, assim como todos os atos societários, enquadram-se na teoria do fato jurídico do direito privado. Para tanto, foram apresentados os conceitos básicos dessa teoria.

Após, para verificar se justifica-se defender uma teoria especial das invalidades para o direito societário, como começou-se a fazer no século XIX, verificou-se com mais detalhes a teoria do fato jurídico no direito privado, entendendo os antigos e atuais contornos que a matéria propõe. Afinal, nessa disciplina, a doutrina civilista modificou-se bastante nas últimas décadas. Concluiu-se, ao final, que o direito civil propõe um regime jurídico para as invalidades com os mesmos contornos pretendidos pela doutrina comercialista, baseados nos mesmos princípios.

Por fim, foi abordado a atuação da CVM frente as deliberações do órgão.

No Capítulo 4, foram apresentados os vícios do procedimento da tomada de decisão do conselho de administração, que envolvem defeitos (i) nas reuniões; (ii) nas deliberações; e (iii) nos votos. Após, foram abordados os pontos principais a respeito da ação judicial de invalidade das deliberações.

Finalmente, apresenta-se a conclusão e em seguida as referências.

## CAPÍTULO 1 - O CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

A sociedade anônima ou companhia, tipo societário regulado pela Lei nº 6.404/76, é uma pessoa jurídica de direito privado<sup>15</sup>, constituída e personificada por meio do registro de seus atos constitutivos, o estatuto social, no Registro de Comércio<sup>16</sup>.

É dividida em órgãos<sup>17</sup>, subconjuntos com papéis determinados e compostos por diversos agentes<sup>18</sup>. É prevalente, tanto no direito público<sup>19</sup> quanto no direito privado<sup>20</sup> brasileiro, a adoção da teoria organicista para explicar a formação e

<sup>15</sup> “**Art. 44, CC** - São pessoas jurídicas de direito privado: (...) **II** - as sociedades”.

<sup>16</sup> “**Art. 45, CC** - Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo”.

<sup>17</sup> Conforme conceito de Romano-Pavoni, “(...) por órgão de uma pessoa jurídica entende-se pessoas ou grupos de pessoas físicas que, pela vontade da lei, estão autorizados a expressar a vontade da pessoa jurídica e realizar a atividade necessária para a realização dos seu objeto”. (tradução livre da autora) Original: “(...) per organo di una persona giuridica, si intendono quelle persone o quei gruppi di persone fisiche, che per volontà della legge sono autorizzate a manifestare la volontà dell'ente e a svolgere l'attività giuridica necessaria per il raggiungimento dei suoi scopi.” ROMANO-PAVONI, Giuseppe. *Le deliberazioni delle Assemblee delle Società*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1951, p. 51-52.

<sup>18</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 775.

<sup>19</sup> “A vontade das pessoas jurídicas se forma e exterioriza a partir da atuação de pessoas físicas a ela vinculadas. Essas pessoas físicas são qualificadas como órgãos das pessoas jurídicas cuja vontade formam e exteriorizam. A doutrina jurídica afirma que as pessoas jurídicas se valem das pessoas físicas como se fossem seus órgãos. A comparação é meramente simbólica. A finalidade da concepção orgânica é impedir o entendimento de que a pessoa física seria representante da pessoa jurídica. A teoria da representação acarreta a diferenciação entre a capacidade do representante e do representado. Mas a pessoa jurídica não dispõe de vontade autônoma distinta daquela da pessoa física que atua como seu órgão. O órgão forma e exterioriza a vontade da pessoa jurídica - vontade essa que não existe antes nem além da atuação desse órgão. Portanto, o órgão da pessoa jurídica não é um ‘mandatário’ dela e não se aplicam ao caso as teorias tradicionais da representação”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 268-269.

No mesmo sentido: “(...) foi elaborada na Alemanha a **teoria do órgão**, a qual é bastante aceita pelos publicistas e adotada no Brasil. Considerando que as pessoas jurídicas não têm existência concreta, física, o direito precisou criar um modo para que essas pessoas manifestem a vontade, Para resolver a situação, reconheceu-se que certas pessoas físicas são investidas no poder jurídico de praticar atos que serão atribuídos à pessoa jurídica. dessa maneira, a vontade da pessoa jurídica se forma e se exterioriza com a atuação da pessoa física. Para essa teoria, as pessoas físicas foram qualificadas como órgãos das pessoas jurídicas cuja vontade formam e exteriorizam. Seguindo o raciocínio inverso, as pessoas jurídicas se valem das pessoas físicas como se fossem seus órgãos, aqui considerados em comparação com a natureza dos seres humanos, os órgãos integram de modo indissociável a sua estrutura corporal.” MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 96.

<sup>20</sup> “Juridicamente considerada uma pessoa, a sociedade não tem, evidentemente, corpo físico (...). Para o fim da realização do seu objeto social ela necessitará de pessoas naturais, tanto para exercer sua administração quanto para lhe prestar serviços como empregados ou profissionais autônomos. A doutrina voltou-se para o estudo do funcionamento das sociedades no âmbito externo, tendo-se estabelecido acirrado debate a respeito, finalmente vencido pelo estabelecimento da chamada Teoria

expressão de vontade da pessoa jurídica. Enuncia, de maneira geral, que as pessoas jurídicas, por constituírem uma realidade técnica<sup>21</sup>, expressam sua vontade por meio de pessoas físicas organizadas em órgãos. A manifestação de vontade dessas pessoas naturais, por procedimentos diversos, é atribuída ao órgão e, então, à pessoa jurídica<sup>22</sup>. Isso porque o órgão não tem personalidade jurídica própria, é parte de uma pessoa<sup>23</sup>.

---

Organicista.”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 2. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 186.

Nesse sentido: “*Quem pratica os seus atos [da pessoa jurídica] é o órgão, ou são os órgãos, se em caso de distribuições de funções; porque os órgãos são parte dela, como o braço, a boca, o ouvido são órgãos da pessoa física.*” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 282.

<sup>21</sup> “*A discussão sobre serem reais, ou não, as pessoas jurídicas é em torno de falsa questão: realidade, em tal sentido, é conceito do mundo fático; pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico. O que importa é assentar-se que o direito não as cria ex nihilo; traz, para as criar, algo do mundo fático. Se há realidades espirituais (...), ou se não as há, constitui problema que há de ter resolvido, ou dado como resolvido, antes de se entrar no mundo jurídico*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 280.

<sup>22</sup> “*O direito contemporâneo assentou, como decorrente da própria concepção das pessoas jurídicas, que respondem elas pelos atos dos seus órgãos. São atos seus. Quando (...) se fala da responsabilidade das pessoas, inclusive jurídicas (...), pelos atos dos seus empregados, serviçais e prepostos (responsabilidade por culpa própria e ato alheio), não se incluem os órgãos. A responsabilidade pelos atos dos órgãos é de vontade própria, porque a vontade, em tais atos, é vontade da pessoa jurídica, e por ato próprio, porque os atos dos órgãos são seus.*” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 416.

<sup>23</sup> A teoria do órgão é usada também para explicar a relação entre administrador e sociedade, sendo aquele um órgão desta. Nesse sentido: “*Segundo a orientação prevalente, os administradores são órgãos da sociedade, ou seja, qualificam-se como elementos integrantes da própria estrutura da sociedade, necessários a que esta possa manifestar sua vontade perante terceiros. De há muito, se abandonou a concepção segundo a qual o relacionamento entre o administrador e a sociedade seria baseada no instituto do mandato. Predomina a teoria organicista, a representação legal das pessoas jurídicas por seus administradores desvincula-se completamente daquele instituto, falando-se hoje, mais coerentemente, em representação orgânica, decorrente, não de uma relação contratual entre representante e representada, mas da atribuição, por esta àquele, de determinados poderes e deveres, que o qualificam como órgão social*”. TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 1. São Paulo: Editora Jurídica José Bushatsky Ltda, 1979, p. 439; “*O direito societário brasileiro, desde a edição do Decreto-Lei nº 2.627/1940, seguiu a teoria organicista no que toca ao vínculo existente entre os administradores e a sociedade. Os administradores são representantes orgânicos da companhia, decorrendo seus poderes e atribuições da lei e do estatuto, não de um mandato por ela outorgado. Desde então, entende-se pacificamente que as funções dos administradores não se originam do contrato, mas do próprio aparelhamento da pessoa jurídica. Os administradores são elementos integrantes da sociedade, necessários para que ela possa manifestar diante de terceiros a sua vontade. quando um determinado órgão pratica um ato, ele entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não existindo representação, mas sim apresentação, uma vez que a companhia faz-se presente mediante a atuação de seu órgão*”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 256.

No mesmo sentido da citação de Eizirik, a doutrina afirma que os administradores não representam, mas *presentam* as sociedades. Quando o administrador atua, na verdade, quem está atuando é a própria pessoa jurídica, e não ele em nome dela, como faz o representante. É o que explica Pontes de Miranda : “*Quanto ao exercício de apresentação da pessoa jurídica (= como órgão da vida exterior), a sua posição é a de órgão, - não a de representante legal, ou voluntário. O seu ato, como órgão, é ato da pessoa jurídica. A ele não de se dirigir os atos jurídicos que se devem dirigir à pessoa jurídica. Os atos jurídicos que a pessoa jurídica haja de praticar pratica-os ele, como atos da pessoa*

Na formação básica das companhias, estão os seguintes órgãos: a assembleia geral, formada pelos acionistas; aqueles formados pelo corpo de gestores e representantes da sociedade; e o de fiscalização.

Assembleia geral pode ser entendida como “*a reunião dos acionistas, convocada e instalada na forma da lei e dos estatutos, a fim de deliberar sobre matéria de interesse social*”<sup>24-25</sup>. Trata-se do chamado órgão soberano da companhia, por ser responsável por manifestar a vontade dos acionistas<sup>26</sup> (na linguagem do mercado, os *owners* ou proprietários do negócio<sup>27</sup>), além de suas demais atribuições<sup>28</sup>.

---

*jurídica*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 389.

Porém, foi incorporado, na doutrina, na legislação e no cotidiano o uso do termo “representação” para se referir à atuação do administrador perante a sociedade, motivo pelo qual nesse trabalho também será adotado, apesar da ressalva anterior.

Exatamente na mesma linha de Pontes de Miranda manifesta-se o STJ: “*Os atos praticados pelos diretores de sociedades anônimas, em nome destas, não ocorre por mera intermediação ou representação da pessoa jurídica. Vale dizer que, a rigor, essas sociedades não são propriamente representadas pelos seus órgãos administrativos nos atos praticados, tendo em vista que é mediante estes que elas próprias se apresentam perante o mundo exterior*”. STJ, Recurso Especial nº 1.089.570/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 13.04.10; “*Vale dizer que, a rigor, as sociedades não são propriamente representadas pelos seus órgãos administrativos nos atos praticados, tendo em vista que é mediante esses que elas próprias se apresentam perante o mundo exterior. (...) Pontes de Miranda, com seu toque de gênio, cunhou a expressão de que a pessoa jurídica é “presentada” pelos seus diretores ou administradores nos atos jurídicos praticados com terceiros. (Tratado de direito privado, t. 50, § 5.331, Campinas: Bookseller, 1965). É mediante seus diretores que a pessoa jurídica se faz presente em suas relações com terceiros*”. STJ, Recurso Especial nº 1.377.908/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgamento em 21.05.13.

<sup>24</sup> Decreto-Lei nº 2.627/40, art. 86, não mais em vigor.

<sup>25</sup> “*A assembleia é a reunião dos sócios devidamente convocada para tratar dos negócios sociais. É o órgão supremo da vontade social, que se manifesta, como ocorre em todos os órgãos colegiados, com o voto da maioria. Sua vontade é vinculante perante aos sócios dissidentes, desde que tomadas nos limites da lei e do estatuto*” (tradução livre da autora). Original: “*L’assemblea è la riunione dei soci debitamente convocati per trattare degli affari sociali. Essa è l’organo supremo della volontà sociale, che si manifesta, come avviene in ogni collegio, col voto della maggioranza. Questa volontà è decisiva anche pei soci dissenzienti, purchè resti nei limiti della legge e dello statuto*”. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, vol. II. Milão: Francesco Vallardi, 1923, p. 216.

<sup>26</sup> “*A assembleia geral é o órgão que tem a sociedade por ações para os atos jurídicos em que se há de manifestar a vontade preponderante dos acionistas*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo L. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1965, p. 251.

<sup>27</sup> “*O primeiro [aspecto] é a propriedade atribuída aos investidores, a qual, no atual estágio de evolução dos mercados de capitais contemporâneos, implica, frequentemente, o exercício do controle soberano da empresa, parcial ou integralmente, por acionistas dissociados do seu cotidiano*”. “*The first is investor ownership, which, given the breadth of contemporary capital markets, implies that ultimate control over the firm often lies partly or entirely in the hands of shareholders far removed from the firm’s day-to-day operations*”. KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gérard; HOPT, Klaus J.; KANDA, Hideki; ROCK, Edward B. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 56.

<sup>28</sup> Conforme será novamente tratado, a dita soberania da assembleia geral tem sido bastante questionada. Apesar de sua relativização, é ainda frequente essa caracterização, especialmente por suas competências legais: “*(...) o núcleo decisório da companhia, principalmente no que diz respeito à sua estrutura jurídica, à disciplina de suas atividades, à organização de sua vida interna e à ordenação de suas relações com o exterior. Apesar da intensidade com que se apresenta o fenômeno do declínio das*

Normalmente, tem como competências deliberar sobre as questões mais sensíveis e fundamentais à companhia, como a alteração de seu estatuto, eleição dos conselheiros de administração, quando houver o respectivo órgão, ou eleição dos diretores, na falta do conselho de administração.

Os órgãos administrativos das companhias são aqueles que exercem, em síntese, as funções de gerir e representar a pessoa jurídica, atividades adiante pormenorizadas. A administração inclui o planejamento e a orientação da atividade social, bem como a esfera executiva, relacionada ao cotidiano da companhia. Nos termos de Eizirik, “*administrar, no direito societário, importa na prática de todos os atos necessários à realização do objeto social, com finalidade lucrativa, ou seja, visando ao interesse social*”<sup>29</sup>.

O conselho fiscal, por fim, é o órgão que fiscaliza a administração da companhia: verifica a legalidade dos atos dos administradores e dos órgãos administrativos da companhia, bem como as prestação de contas.

Conforme nota Comparato<sup>30</sup>, cada um desses órgãos são “*próprios, insuprimíveis e inconfundíveis*”, individualizados por seus poderes-funções fundamentais, predeterminados por lei e não passíveis de modificação pelos particulares<sup>31</sup>.

---

*Assembleias, não se pode negar, do ponto de vista jurídico, a sua soberania, expressa no poder, que a lei lhe atribui, de decidir ‘todos os negócios relativos ao objeto da companhia’”. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 157; “Ainda assim, a assembleia geral continua sendo o órgão supremo da companhia com competência para decidir todos os negócios relativos ao seu objeto e tomar as resoluções que julgar conveniente à sua defesa e desenvolvimento”. EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 21.*

<sup>29</sup> EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 257.

<sup>30</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>31</sup> É comum, inclusive, a comparação dessa estrutura das companhias com a própria organização do Estado, em sua divisão de poderes, de modo que cada um deles possui competências e funções típicas predeterminadas por lei. “*A sociedade anônima pode ser assemelhada a uma república democrata com seus Poderes Legislativo, Executivo e Fiscalizador. O primeiro é a Assembleia geral; o segundo, a administração; e o terceiro, o Conselho Fiscal. (...) Na sociedade anônima, como no regime democrático, os três poderes são harmônicos e independentes. Cada um tem suas atribuições traçadas na lei e nos estatutos, e só dentro de sua competência sua decisão tem valor*”. PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Sociedade por ações*, vol. III. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 1-2.

Também nesse sentido: “*Em verdade, a estrutura funcional da sociedade anônima repete, no plano interno, a organização de poderes do Estado*”. COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 183; “*É possível também estabelecer analogia entre a forma de repartição das competências entre os diferentes órgãos da Sociedades Anônimas privadas e a divisão de Poderes em um Estado Democrático de Direito*”. PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 65.

A partir dessa estrutura básica das companhias, existem diversos modelos de administração. Não há um único recomendável, sendo cada um deles adaptado pela legislação conforme a realidade do mercado de cada país<sup>32</sup>. Além dessas peculiaridades, cada companhia possui um aspecto próprio. Negócios específicos exigem outras adaptações, de forma que, dentro dos limites da lei, o estatuto social também pode prever regras sobre o funcionamento da administração.

### 1.1 - Conceito de conselho de administração

Verificado em termos gerais o posicionamento dos órgãos da companhia, é importante tratar especificamente do conselho de administração e, em primeiro lugar, seu conceito.

A composição, atribuições específicas e outras regras sobre este órgão variam conforme a estrutura administrativa das companhias e normas vigentes em cada país<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> “Não há um modelo único e ideal de administração; os modelos existentes usualmente são fruto da experiência na evolução dos negócios em cada país, que acabam por ser institucionalizados em sua legislação societária”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 258.

<sup>33</sup> No direito europeu, tradicionalmente aponta-se dois sistemas básicos de administração: o sistema monista, com um órgão administrativo, e o sistema dualista, com dois. Apesar das diferenças em cada país, é possível estabelecer características básicas de cada um deles. Tem-se como paradigma do dualista o sistema alemão (é atribuída à sociedade alemã *Verenigde Oostindische Compagnie* a primeira experiência de bipartição da administração, em 1623), em que a administração se divide em dois órgãos: o conselho de gestão (*Vorstand; management board*) e o conselho de supervisão (*Aufsichtsrat; supervisory board*), com poderes e competências bem distintos e determinados. Embora sejam ambos órgãos administrativos, ao conselho de gestão, eleito pela assembleia geral, caberá toda a competência e responsabilidade pela gestão da companhia (o *German Stock Corporation Act*, na *Section 76* (1), dispõe que o conselho de gestão tem a responsabilidade exclusiva pela administração da companhia). É órgão responsável por desenvolver as atividades necessárias ao cumprimento do objeto social e à representação da pessoa jurídica. O conselho de supervisão, por sua vez, controla a administração, mas não pode nela interferir, pois não tem os mesmos poderes. Conforme apresenta Menezes Cordeiro, esse órgão “controla a gestão mas não tem, ele próprio, competência na matéria” (CORDEIRO, António Menezes. *Direito Europeu das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 954).

Hopt e Leyens explicam que, apesar de ser clara a responsabilidade do conselho de gestão, o papel do conselho de supervisão não é fácil de ser descrito. Suas funções são principalmente a nomeação, fiscalização e destituição dos membros do conselho de gestão. Segundo os autores, este órgão controla a gestão, no que tange à sua conformidade com a lei e com o estatuto, bem como suas estratégias negociais. São, ainda, responsáveis processar os membros do conselho de gestão em nome da sociedade quando não observarem seus deveres. Apesar de não atuar diretamente na gestão da sociedade, a ele pode ser atribuído poder de veto sobre determinadas operações (HOPT, Klaus J.; LEYENS Patrick C. *Board Models in Europe. Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*. Working Paper n.º. 18/2004. Janeiro, 2004, p. 5-6. Acesso em 03.09.12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=48794>).

Ao lado desse sistema existe o **monista**, em que as funções administrativas são exercidas exclusivamente por um órgão, que pode ser a diretoria ou o conselho de administração. Seus membros são eleitos e removidos pela assembleia geral. Exemplo é o francês, em que o conselho de administração tem amplos poderes de representação da companhia, podendo “agir em nome da sociedade em qualquer circunstância, nos limites do objeto social, exceto nos casos que dependam de



Kraakman, Hansmann e Armour, em clássica obra sobre direito societário, fazem um questionamento que, segundo os autores, apesar de raramente feito, é extremamente importante para o estudo comparativo dessa área do direito: o que há de comum nas legislações nacionais sobre as sociedades? Os autores afirmam que em todas as jurisdições pesquisadas, as sociedades possuem cinco características básicas<sup>34</sup>, sendo uma delas a administração delegada a um conselho de administração.

Afirmam que, de maneira geral, nos outros tipos societários que não as sociedades anônimas, a maioria dos sócios tem poder de gerir a sociedade no cotidiano e as decisões fundamentais requerem aprovação da unanimidade dos sócios<sup>35</sup>. Mas essa maneira de alocar o poder é normalmente impraticável em uma S/A, em que o quadro acionário pode ser bastante amplo e em constante mudança.

Por esse motivo, a legislação societária tende a atribuir a função administrativa a um conselho ou um órgão similar, que é eleito privativa ou exclusivamente pelos acionistas. Segundo os autores, o conselho de administração normalmente possui quatro características fundamentais.

A primeira delas é a separação, ao menos formal, dos conselheiros e dos administradores executivos, também chamados gerentes ou diretores. A segunda é a eleição dos conselheiros, ou da maioria deles, pelos acionistas.

A primeira e segunda características refletem a tentativa de se garantir que os conselheiros sempre atuarão de acordo com os interesses dos acionistas, que são investidores que assumem os riscos do sucesso ou insucesso das decisões tomadas pelos administradores. Esse raciocínio leva em conta que os interesses dos acionistas não estão regulados por instrumentos contratuais, como ocorre com os trabalhadores e outros credores da companhia, de modo que a eleição dos administradores pela assembleia geral aumentaria a tendência de uma gestão a favor dos acionistas.

---

*submissão à deliberação da assembleia-geral”* (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 482-483). Explica Verçosa que esse órgão tem administração colegiada e apenas em casos especiais o poder de decisão é individual. Dentre seus membros, há um diretor geral, cujas atribuições são, em síntese: (i) representação do órgão; (ii) organização e direção dos trabalhos do conselho de administração; (iii) prestação de contas à assembleia geral.

<sup>34</sup> São elas, segundo os autores: personalidade jurídica, responsabilidade dos sócios limitada, ações transferíveis, administração delegada a um conselho e acionistas investidores. KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gérard; HOPT, Klaus J.; KANDA, Hideki; ROCK, Edward B. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 1.

<sup>35</sup> KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gérard; HOPT, Klaus J.; KANDA, Hideki; ROCK, Edward B. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 13-14.

Terceira característica é a diferenciação do conselho de administração do conjunto de acionistas. Isso geraria diminuição de custos na tomada de decisões, por tornar desnecessário fornecer determinadas informações a todos os sócios, bem como consultar todos eles para tomar certas decisões. Além disso, ele acabaria servindo como um mecanismo de fiscalização do comportamento dos controladores em detrimento dos minoritários.

Por fim, quarta característica, geralmente tem mais de um membro, o que permitiria a mútua fiscalização nas tomadas de decisão.

Assim, conselho de administração pode ser conceituado como um órgão essencialmente administrativo deliberativo. Essas deliberações são colegiadas, de forma que os conselheiros, em regra, não possuem competências individuais<sup>36</sup>, a não ser no exercício da função fiscalizatória<sup>37</sup>, devendo as decisões serem tomadas em reuniões. Deliberação, nos termos de Eizirik, podem ser entendidas como:

---

<sup>36</sup> “As funções do conselho de administração são sempre exercidas de modo colegiado, não detendo seus membros, com exceção do presidente, a depender das disposições estatutárias, atribuições individuais. Assim, as suas deliberações somente são válidas se tomadas em reunião regularmente convocada e realizada conforme as disposições legais e estatutárias. Com efeito, as atribuições legais são deferidas ao conselho de administração, como órgão, não a cada um de seus integrantes”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 265-266.

<sup>37</sup> “Convém ressaltar que o caráter necessariamente coletivo das deliberações do Conselho não inibe a atividade individual dos seus membros em fiscalizar os atos dos diretores”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104. No mesmo sentido: “O Conselho de Administração é, por óbvio, um órgão colegiado, cujas deliberações vão atender à decisão de sua maioria, na forma estatutariamente prevista. A voz institucional do Conselho, será, pois, aquela resultante da deliberação interna entre seus membros. Mas a função e os poderes de cada membro do Conselho vão mais além, competindo-lhes exercer individualmente atos fiscalizatórios e mesmo supervisórios da gestão social”. ROCHA, João Luiz Coelho da. *Particularidades do Conselho de Administração das sociedades anônimas*. Nova Série: ano XLI, nº 128, outubro/dezembro, 2002, p. 63.

No mesmo sentido da doutrina, o STJ reconhece a possibilidade da atuação isolada dos conselheiros para fiscalização dos diretores: “No tocante ao art. 142 da Lei das S/As, verifica-se que o exercício individual das atribuições conferidas ao conselho de administração é decorrência lógica das funções de fiscalização inerentes ao órgão do qual fazem parte os seus membros. Por certo, não se pode conceber a restrição aventada pelo recorrente sob pena de redução da capacidade do próprio conselho em fiscalizar os atos da diretoria. Fiscalização importa, entre outras condições, em agilidade e flexibilidade por parte dos agentes que estejam encarregados dessa função, mesmo porque advém da pronta execução dessa atividade a possibilidade de se interromper atos danosos à estrutura da sociedade empresária. É notório que, a depender das reuniões ordinárias ou extraordinárias do conselho, o lapso de tempo demandado tornar-se-á incompatível com a interrupção das irregularidades que se busca apurar. Impõe-se então, o reconhecimento de que o exercício da fiscalização outorgada ao conselho de administração somente se dará a contento se os seus componentes tiverem condições de, agindo individualmente, fiscalizarem os atos da diretoria para, na presença de indícios de possível ilegalidade ou ato contrário aos interesses da sociedade, alçar à debate a questão perante o colegiado”. STJ, Recurso Especial nº 512.418/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 07.12.04.

toda decisão ou resolução adotada por um órgão colegiado, mediante prévia discussão e votação majoritária ou unânime; trata-se, portanto, de uma resolução de ordem plural<sup>38</sup>.

A respeito da atuação isolada de conselheiro, cita-se entendimento proferido pela CVM no Processo Administrativo Sancionador (PAS) nº 2007/4476, julgado em 12.03.08.

No caso, foi feita uma reunião de conselho de administração da companhia em 19.10.05, na qual aprovou-se por maioria a emissão de *Short Term Notes Programme* e da celebração de operações financeiras, apesar da oposição de uma conselheira. No dia seguinte, ela enviou ao Banco Itaú S/A e à BCP Securities correspondências comunicando “*que a operação de empréstimo sindicalizado, na modalidade de Cédula de Crédito Bancário, (...) ainda não foi devidamente autorizada pelo Conselho de Administração*” e que o Presidente da reunião não havia respeitado acordo de acionista da companhia. A SEP entendeu que essas condutas da administradora configuravam violação aos artigos 153 (dever de diligência) e 154, *caput* (impõe que o administrador deve exercer suas funções para atingir os fins e os interesses da companhia) e §1º (determina que o administrador eleito, por um grupo ou uma classe de acionistas, tem, com relação à companhia, os mesmos deveres que os demais, não devendo faltar com esses deveres para favorecer os interesse dos que o elegeram), da LSA.

No voto vencido, entendeu-se que a conselheira infringiu o art. 154, *caput*, pois qualquer providência que desejasse tomar para corrigir as irregularidades percebidas deveria ter sido feita internamente. Afinal, o conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sem poder de representação, não tendo os conselheiros poder individual para proceder daquela maneira, o que representa extrapolação de suas atribuições.

Porém, prevaleceu o entendimento de que a conduta da conselheira não merece qualquer censura, devendo ser absolvida de todas as acusações, pois agiu sempre no interesse social. Ela tentou evitar a contratação dos financiamentos por acreditar que eram lesivos à companhia e ilegais e a LSA não impõe que o conselheiro se quede inerte diante de uma irregularidade do órgão. Não houve

---

<sup>38</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 14.

extrapolação de poderes, pois em nenhum momento a conselheira procurou representar a companhia perante terceiros.

## 1.2 - O conselho de administração e o ordenamento jurídico brasileiro

Visualizados os aspectos centrais do conselho de administração das companhias, este tópico mostrará a evolução da disciplina legal do órgão no Brasil, explicando seu surgimento e algumas das regras gerais atualmente vigentes.

A administração das sociedades anônimas sempre foi regulada mais detalhadamente do que a dos demais tipos societários. Para estes, em geral, a lei deixa a critério dos sócios a determinação de especificidades convenientes ao negócio, enquanto estabelece mais requisitos para a organização administrativa das companhias. Atribui-se esse rigor à potencial atração de um maior número de interessados, dada a aptidão do tipo societário para empreendimentos de maior porte e maiores perspectivas de rentabilidade<sup>39</sup>.

Conforme compilado na tabela abaixo, no Brasil, até o Decreto nº 2.627/40 a administração das companhias era atribuída apenas a “administradores”, “diretores” e “mandatários” e a diretoria era o único órgão administrativo a que se fazia referência. Apesar de não previsto expressamente, não era também vedado que houvesse um órgão colegiado de administração<sup>40</sup>.

A Lei nº 4.595/64, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias e criou o Conselho Monetário Nacional (CMN), foi a primeira a prever um órgão de administração colegiada, nas instituições financeiras, mas teve pouca repercussão prática, vez que não trouxe regras sobre seu funcionamento<sup>41</sup>. De

<sup>39</sup> “A lei, quer civil, quer comercial, deixa, em regra, ao critério dos sócios a organização do regime administrativo da sociedade. No silêncio do contrato ou dos estatutos, dispõe que todos os sócios administram ou dirigem os negócios sociais e cada um pode, validamente, responsabilizar a sociedade (...). Quanto às sociedades por ações, porém, a lei estabelece os requisitos fundamentais de sua organização administrativa e traça as regras do seu funcionamento. É que as sociedades anônimas ou companhias cedo se distinguiram das demais sociedades ou corporações, já pela forma da sua constituição e organização, já pelo modo de seu funcionamento. O interesse, que elas despertavam no público, pelos grandes empreendimentos que propunham realizar, com a promessa de lucros vultosos, atraía, para a formação de seu capital, as economias dispersas da coletividade”. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, volume II - arts. 74 a 136. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 281-282.

<sup>40</sup> “O Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, não previa, embora não vedasse, o funcionamento de um órgão colegiado no seio da administração da companhia.” CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 96.

<sup>41</sup> “A introdução do conselho de administração no direito brasileiro deu-se em 1964, com a edição da Lei 4.595, que disciplinou o mercado financeiro nacional. Porém a introdução do instituto se fez de

qualquer forma, as características desse conselho administrativo eram diferentes do que se conhece atualmente, pois não possuía poderes para eleger e destituir os diretores, controle da legitimidade dos atos deles, de modo que sua competência, em geral, era restrita “à elaboração da política da companhia e à apresentação de relatório à assembleia geral”<sup>42</sup>.

Na LSA, finalmente, o conselho de administração foi especificamente regulado como um órgão administrativo colegiado, sendo obrigatório para as companhias abertas, de economia mista e de capital autorizado e facultativo para as demais.

| Diploma normativo                          | Disposição  |
|--|---|
| Lei nº 556/1850 (Código Comercial de 1850) | <b>Art. 295</b> - As companhias ou sociedades anônimas, designadas pelo objeto ou empresa a que se destinam, sem firma social, e administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios, só podem estabelecer-se por tempo determinado, e com autorização do Governo, dependente da aprovação do Corpo Legislativo quando hajam de gozar de algum privilégio: e devem provar-se por escritura pública, ou pelos seus estatutos, e pelo ato do Poder que as houver autorizado.   |
| Lei nº 3.150/1882                          | <b>Art. 9º</b> - As sociedades ou companhias anonyms serão administradas por mandatarios temporarios, revogaveis, reelegiveis, socios ou não socios, estipendiados ou gratuitos, não podendo cada mandato exceder o prazo de seis annos.<br>Os administradores, si outra cousa não se houver estipulado nos estatutos ou contrato social, podem nomear agentes que os auxiliem na gestão diaria dos negocios da companhia, sendo em todo caso responsaveis pelos actos de taes agentes. |
| Decreto nº 434/1891                        | <b>Art. 97</b> - As sociedades anonyms serão geridas por dous ou mais   |

*forma incipiente e sem muita repercussão prática, pois que a lei não trouxe regras sobre seu funcionamento.” PEIXOTO, Maurício da Cunha. Sociedades anônimas - Algumas considerações sobre as ações preferenciais, o Conselho de Administração e o Acordo de Acionistas após a reforma implementada pela Lei nº 10.303/01. In: WALD, Arnoldo; GONÇALVES, Fernando (coord.). Sociedades anônimas e mercado de capitais. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 520.*

<sup>42</sup> “As características, no entanto, eram diversas, pois não possuíam os Conselhos Administrativos poderes para eleger e destituir os membros da diretoria, como determina a lei de 1976. Ademais, não tinha o Conselho Administrativo controle da legitimidade dos atos dos diretores. Restringia-se, em geral, a sua competência à elaboração da política da companhia e à apresentação de relatório à assembleia geral”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 97.

| Diploma normativo          | Disposição  |
|----------------------------|---|
|                            | <p>administradores. § 1º O mandato de administrador não p6de durar mais de seis anos, e 6 revogavel, a todo tempo, sem necessidade de causa justificativa. § 2º A nomea66o e a destitu66o dos administradores competem 6 assembl66a geral.</p> <p>§ 3º Os administradores podem ser reeleitos.</p>  |
| Decreto-lei n6<br>2.627/40 | <p><b>Art. 116</b> - A sociedade an6nima ou companhia ser6 administrada por um ou mais diretores, acionistas ou n6o, residentes no pa6s, escolhidos pela assembl66a geral, que poder6 destitu66-los a todo tempo. § 1º Dos estatutos dever6o constar: <b>a)</b> o modo de investidura e substitu66o dos diretores; <b>b)</b> o seu n6mero e a maneira por que ser6o remunerados; <b>c)</b> o prazo da gest6o, que n6o ser6 superior a seis anos, podendo, entretanto, haver reelei66o; <b>d)</b> o n6mero de a66es, que cada diretor dever6 caucionar, como garantia da responsabilidade de sua gest6o; <b>e)</b> as atribu666es de cada diretor e os poderes em que s6o investidos. § 2º No sil6ncio dos estatutos, compet6r6o a qualquer diretor a representa66o ativa e passiva da sociedade e a pr6tica dos atos necess6rios ao funcionamento regular da sociedade. § 3º Quando a lei exigir certos requisitos para a investidura no cargo de diretor, a assembl66a geral, somente poder6 eleger quem tenha exibido os necess6rios documentos, uma c6pia aut6ntica dos quais ficar6 arquivada na sede social. § 4º S6o ineleg6veis para os cargos de dire66o, al6m das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que v6de, ainda que temporariamente, o acesso a cargos p6blicos, ou a pena por crime de prevarica66o, de fal6ncia culposa ou fraudulenta, pe6ta ou suborno, concuss6o, peculato ou por crimes contra a economia popular ou a f6 p6blica e contra a propriedade. § 5º As atribu666es e poderes, conferidos pela lei aos diretores, n6o podem ser outorgados a outro org6o, criado pela lei ou pelos estatutos. Nos limites de suas atribu666es e poderes, 6 licito aos diretores constituir, em nome da sociedade, mandat6rios ou procuradores, especificados no instrumento os atos e opera66es que poder6o praticar. § 6º Da ata da assembl66a geral, dever6o constar: a 6poca da elei66o, o nome, a nacionalidade e a indica66o da resid6ncia dos diretores. § 7º Os diretores dever6o empregar, no exerc6cio de suas fun666es, tanto no interesse da empr6sa, como no do bem</p> |

| Diploma normativo | Disposição  |
|-------------------|---|
|                   | público, a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar, na administração de seus próprios negócios.  |
| Lei nº 4.595/64   | <p>Algumas referências da lei ao conselho de administração:</p> <p><b>Art. 34.</b> É vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos: <b>I</b> - A seus diretores e membros dos conselhos consultivos ou administrativo, fiscais e semelhantes, bem como aos respectivos cônjuges.</p> <p><b>Art. 44.</b> As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente (...).</p> |
| Lei nº 6.404/76   | <p><b>Art. 138</b> - A administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao conselho de administração e à diretoria, ou somente à diretoria. <b>§1º</b> O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores. <b>§2º</b> As companhias abertas e as de capital autorizado terão, obrigatoriamente, conselho de administração.</p>   |

Segundo a LSA, o conselho de administração deve ser composto por um mínimo de três membros, eleitos e destituíveis a qualquer tempo pela assembleia geral. A exigência desse número visa a permitir a ocorrência de um processo de deliberação<sup>43</sup> colegiada.

Conforme determina a própria exposição de motivos da LSA<sup>44</sup>, foi deixado ao estatuto grande liberdade para fixar sua composição e funcionamento<sup>45</sup>, devendo apenas ser respeitadas algumas regras mínimas.

<sup>43</sup> “(...) trata-se do número mínimo necessário para que se forme um processo decisório fundado em deliberação (...)”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 268.

<sup>44</sup> Trecho da exposição de motivos da LSA: “O artigo 140 deixa ao estatuto ampla liberdade para regular a composição e o funcionamento do Conselho de Administração, respeitadas as normas sobre número mínimo, prazo de mandato dos seus membros e deliberação pelo voto majoritário.” Fonte: [http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404\\_Exposicao.asp](http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp) Acesso em 24.01.14

<sup>45</sup> “**Art. 140, LSA** - O conselho de administração será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, eleitos pela assembleia-geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, devendo o estatuto estabelecer: **I** - o número de conselheiros, ou o máximo e mínimo permitidos, e o processo de escolha e substituição do presidente do conselho pela assembleia ou pelo próprio conselho; **II** - o modo de substituição dos conselheiros; **III** - o prazo de gestão, que não poderá ser superior a 3 (três) anos, permitida a

O estatuto deve estabelecer um número fixo de conselheiros<sup>46</sup> ou o número máximo e mínimo permitidos<sup>47</sup>, o que é mais comum e tem a vantagem de permitir que o tamanho do órgão varie sem a necessidade de alteração do estatuto<sup>48</sup>. Neste último caso, caberá à assembleia geral, quando da eleição, determinar o que for mais conveniente, dentro das opções estatutárias.

Como observa Toledo, o legislador buscou dar ao órgão uma representatividade a grupos relacionados à companhia, o que explica a adoção legal de mecanismos<sup>49</sup> como o voto múltiplo<sup>50</sup> e o voto em separado<sup>51</sup>, por meio do qual os

---

*reeleição; IV - as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, que deliberará por maioria de votos, podendo o estatuto estabelecer quorum qualificado para certas deliberações, desde que especifique as matérias. **Parágrafo único.** O estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem.”*

<sup>46</sup> Exemplo: **Estatuto da Vale S/A:** “Art. 11 - O Conselho de Administração, órgão de deliberação colegiada, será eleito pela assembleia geral e composto por 11 (onze) membros titulares e respectivos suplentes, sendo um deles o Presidente do Conselho e outro o Vice-Presidente”. Acesso em 10.04.14. Disponível em: [http://assets.vale.com/docs/Documents/pt/investors/Corporate-Governance/By-law/0507Estatuto\\_p.pdf](http://assets.vale.com/docs/Documents/pt/investors/Corporate-Governance/By-law/0507Estatuto_p.pdf); **Estatuto da Companhia de Recuperação Secundária:** “Artigo 10 - O Conselho de Administração será composto por 04 (quatro) membros efetivos e 04 (quatro) membros suplentes, todos acionistas, eleitos pela Assembleia Geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, sendo permitida a reeleição”. Acesso em : 26.02.14 Disponível em <http://www.crs-sa.com.br/estatuto-social/age-estatuto-consolidado-00226654.pdf>.

<sup>47</sup> Exemplo: **Estatuto da ABRIL EDUCAÇÃO S.A.** - “Artigo 16. O Conselho de Administração será composto de no mínimo cinco e no máximo nove membros, todos pessoas naturais, eleitos e destituíveis pela Assembleia Geral, com mandato unificado de 2 (dois) anos, considerando-se cada ano como o período compreendido entre duas Assembleias Gerais Ordinárias, sendo permitida a reeleição. § 1º. Na Assembleia Geral que tiver por objeto deliberar a eleição dos membros do Conselho de Administração, os acionistas deverão fixar, primeiramente, o número efetivo de membros do Conselho de Administração a serem eleitos”. Acesso em: 26.02.14 Disponível em: [http://ri.abrileducacao.com.br/pt-br/governanca/Documents/Estatuto%20consolidado\\_30042013.pdf](http://ri.abrileducacao.com.br/pt-br/governanca/Documents/Estatuto%20consolidado_30042013.pdf);

**Estatuto da CIELO S.A.** - “Artigo 15º. O Conselho de Administração é composto por, no mínimo, 7 (sete) e, no máximo, 11 (onze) membros, todos eleitos e destituíveis pela Assembleia Geral, com mandato unificado de 2 (dois) anos, permitida a reeleição”. Acesso em 10.04.14 Disponível em: <http://cielo.riweb.com.br/show.aspx?idCanal=bW8zlkNx/jpCnyx3VNrvqQ==>

<sup>48</sup> LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 291.

<sup>49</sup> “Essa representatividade objetivada pela lei referida reflete-se de modo direto na composição do conselho. Para alcançar a meta, previu o legislador uma série de mecanismos específicos. Assim é que, sendo três ou quatro os membros do conselho de administração, fica assegurada aos minoritários, titulares de 20% do capital com direito a voto, a eleição de um dos integrantes do órgão.” TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidades dos administradores*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 28.

Nesse sentido, a exposição de motivos da LSA: “O artigo 141 assegura - através do processo de voto múltiplo - a representação das minorias no órgão deliberativo da administração. Essa solução não pode ser adotada na eleição de Diretores, cuja escolha por diferentes grupos de acionistas colocaria em risco a imprescindível unidade administrativa: deliberar pode ser função exercida por órgão colegiado, pelo voto da maioria, mas a execução exige unidade de comando.” Fonte: [http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404\\_Exposicao.asp](http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp) Acesso em 24.01.14

<sup>50</sup> “Art. 141, LSA - Na eleição dos conselheiros, é facultado aos acionistas que representem, no mínimo, 0,1 (um décimo) do capital social com direito a voto, esteja ou não previsto no estatuto, requerer a adoção do processo de voto múltiplo, atribuindo-se a cada ação tantos votos quantos sejam



acionistas minoritários podem fazer combinações de votos para eleger um conselheiro que os represente ou requerer a eleição de um membro, separadamente dos demais acionistas.

Ainda, é possível que o estatuto preveja, conforme o parágrafo único do art. 140, a “participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem”. Este instituto, de pouquíssima utilização no Brasil<sup>52</sup>, foi muito utilizado nas grandes companhias europeias, diante da preocupação em se proteger todos os grupos relacionados com a sociedade, não apenas os acionistas minoritários. Afirmam Enriques, Hasmann e Kraakman que a ampla introdução de conselheiros escolhidos pelos trabalhadores nas grandes companhias europeias foi a experiência mais marcante da governança corporativa no século XX<sup>53</sup>.

Também cabe ao estatuto determinar o processo de escolha e substituição do presidente pela assembleia geral ou pelo próprio conselho de administração. Pode, assim, o estatuto já fixar como será feita a escolha, ou deixar a assembleia, após eleger os conselheiros, fazê-la, podendo, ainda, os próprios membros, após eleitos, determinar entre si quem será o presidente<sup>54</sup>.

O estatuto deve definir o processo de substituição dos conselheiros, necessário em hipóteses de vacância e impedimento, bem como o prazo do mandato, que não pode ultrapassar o período de 3 anos, sendo permitida a reeleição.

---

*os membros do conselho, e reconhecido ao acionista o direito de cumular os votos num só candidato ou distribuí-los entre vários.”*

<sup>51</sup> “**Art. 141, LSA** - (...) § 4º Terão direito de eleger e destituir um membro e seu suplente do conselho de administração, em votação em separado na assembleia geral, excluído o acionista controlador, a maioria dos titulares, respectivamente: **I** - de ações de emissão de companhia aberta com direito a voto, que representem, pelo menos, 15% (quinze por cento) do total das ações com direito a voto; e **II** - de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito de emissão de companhia aberta, que representem, no mínimo, 10% (dez por cento) do capital social, que não houverem exercido o direito previsto no estatuto, em conformidade com o art. 18.”

<sup>52</sup> “Quando prevista a eleição de representantes dos empregados, essa terá lugar por meio de eleição direta organizada pela companhia, em conjunto com as entidades sindicais que as representem. Esta possibilidade, inspirada no modelo societário alemão, tem sido raramente adotada nas companhias brasileiras. Pode-se dizer que, neste caso, a lei não ‘pegou’.” VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 412.

<sup>53</sup> No original: “The widespread introduction of employee-appointed directors to the board of large European corporation is the most remarkable experiment in corporate governance of the 20<sup>th</sup> century”. KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gérard; HOPT, Klaus J.; KANDA, Hideki; ROCK, Edward B. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 100.

<sup>54</sup> CRISTIANO, Romano. *Órgãos da sociedade anônima*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982, p. 70.

No art. 142<sup>55</sup>, a LSA determina as competências<sup>56</sup> do conselho de administração de maneira não taxativa. Além das outras atribuições previstas esparsamente na própria LSA, o estatuto ou o regimento interno<sup>57</sup> do órgão podem lhe atribuir outras funções, bem como detalhar as já existentes<sup>58</sup>, desde que não haja interferência na competência de outros órgãos.

Conforme aponta Eizirik, compete aos administradores em geral (conselheiros e diretores) praticar todos os atos necessários à realização do objeto da companhia, nas esferas deliberativas, de planejamento e de orientação dos negócios, função atribuída ao conselho de administração, bem como na esfera executiva, de gestão ordinária, atribuída à diretoria.

---

<sup>55</sup> “**Art. 142, LSA** - Compete ao conselho de administração: **I** - fixar a orientação geral dos negócios da companhia; **II** - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto; **III** - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos; **IV** - convocar a assembléia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132; **V** - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria; **VI** - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir; **VII** - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição; **VIII** - autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros; **IX** - escolher e destituir os auditores independentes, se houver”.

<sup>56</sup> Neste trabalho, as expressões “competência” e “atribuições” serão tidas como sinônimos, apesar de críticas em contrário. Toledo condena o uso do termo “competência” para esse caso, afirmando que o mais correto seria “atribuições”: “Os termos, contudo, são distintos e não devem ser confundidos. É claro que não se desconhece o emprego, cada vez mais amplo, até entre autores de nomeada, do termo competência na mesma acepção da norma legal em foco. Ocorre que competência tem um sentido jurídico preciso, no campo do Direito Processual, conceituando-se, na lição de Greco, como ‘o poder de fazer atuar a jurisdição que tem um órgão jurisdicional diante de um caso concreto’. Ora, na hipótese não se cuida de ‘atuar a jurisdição’ e, além disso, o órgão atuante é societário, e não jurisdicional. Não é o caso, portanto, de competência, e sim de atribuições”. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidades dos administradores*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 36-37.

<sup>57</sup> “Além da disciplina estatutária, é importante que o conselho de administração elabore um regimento interno que fixe claramente as suas responsabilidades, atribuições, processo decisório, bem como medidas a serem tomadas em situações de conflitos de interesse por parte dos conselheiros”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 290.

<sup>58</sup> “(...) não havendo interferência na esfera de atribuições legais de outro órgão, podem os estatutos da companhia, ou mesmo o regimento interno do conselho, conferir-lhe outras funções, além de especificar e pormenorizar as existentes.” TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidades dos administradores*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

Nesse sentido: “O dispositivo legal [o art. 142] estabelece uma moldura mínima das atribuições do conselho de administração, ou seja, um elenco não exaustivo de suas competências. Há outras atribuições estabelecidas esparsamente na Lei das S. A. que constituem competência do conselho, como, por exemplo, a deliberação sobre a emissão de debêntures não conversíveis em ações (artigo 59, §1º) e a aprovação do contrato de consórcio (artigo 279). Existem ainda outras que lhe podem ser atribuídas pelo estatuto, desde que não constituam competência privativa de outro órgão”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 289.

Tendo em vista a amplitude dessas atribuições, é impossível a pré-determinação legal ou estatutária de um rol taxativo de atos de competência dos administradores, sob pena de limitar sua atividade. Afinal, a necessidade de atuação deles se dá frente a diversas situações, muitas delas inesperadas, não se podendo prever com rigor o âmbito da tomada de decisões. O escopo, é claro, deve ser sempre o interesse da companhia, mas os atos específicos não podem ser determinados previamente<sup>59</sup>.

Essa diversidade de matérias que passam pela discussão do conselho de administração é percebida nas atas de reuniões publicadas. Por exemplo, além daquelas atribuições previstas expressamente no art. 142, da LSA, cabe ao órgão deliberar sobre<sup>60</sup>: o orçamento da companhia para o exercício de determinado ano<sup>61</sup>; alienação<sup>62</sup> ou cancelamento<sup>63</sup> de ações de emissão da companhia mantidas em tesouraria; análise e discussão da minuta de alteração do Regulamento de Listagem Nível 2 de Governança Corporativa elaborada pela BM&FBovespa.<sup>64</sup>; aquisição de ações emitidas pela própria companhia<sup>65</sup>; realização de investimentos diversos, como

---

<sup>59</sup> “Os administradores têm o poder-dever de administrar, isto é, de praticar todos os atos, seja na esfera deliberativa superior, de planejamento e orientação dos negócios sociais, de competência do conselho de administração, seja na esfera executiva, de gestão ordinária, do dia a dia da empresa, e de sua representação, de competência dos diretores. Assim, administrar, no direito societário, importa na prática de todos os atos necessários à realização do objeto social, com finalidade lucrativa, ou seja, visando ao interesse social. Não é possível, nem recomendável, a elaboração e fixação, na lei ou no estatuto social, de um elenco taxativo de atos que devam ser incluídos no âmbito da atividade de administrar a companhia; tal procedimento restringiria as possibilidades de atuação dos administradores, pois é rigorosamente impossível prever todas as situações frente às quais deverão tomar decisões. A atuação dos administradores deve ser dirigida a um determinado fim - o interesse social -, daí decorrendo que a sua atividade é vinculada; por outro lado, eles podem escolher de forma discricionária os meios adequados para atingir tal objetivo”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 257-258.

<sup>60</sup> Ressalta-se que essas atribuições podem variar conforme determinações do estatuto social.

<sup>61</sup> Fonte: Ata da reunião do conselho de administração da GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S.A., realizada em 21 de dezembro de 2012. Acesso em: 09.04.14 Disponível em: [http://mobileri.voegol.com.br/gol2009/web/default\\_download.asp?NArquivo=GOL\\_Atta\\_RCA\\_smiles\\_acoes\\_21122012\\_port.pdf&arquivo=86839993-2131-4056-93F4-AC60B7E381D7](http://mobileri.voegol.com.br/gol2009/web/default_download.asp?NArquivo=GOL_Atta_RCA_smiles_acoes_21122012_port.pdf&arquivo=86839993-2131-4056-93F4-AC60B7E381D7)

<sup>62</sup> Fonte: Ata da reunião do conselho de administração da GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S.A., realizada em 21 de dezembro de 2012. Acesso em: 09.04.14 Disponível em: [http://mobileri.voegol.com.br/gol2009/web/default\\_download.asp?NArquivo=GOL\\_Atta\\_RCA\\_smiles\\_acoes\\_21122012\\_port.pdf&arquivo=86839993-2131-4056-93F4-AC60B7E381D7](http://mobileri.voegol.com.br/gol2009/web/default_download.asp?NArquivo=GOL_Atta_RCA_smiles_acoes_21122012_port.pdf&arquivo=86839993-2131-4056-93F4-AC60B7E381D7)

<sup>63</sup> Fonte: Ata da reunião do conselho de administração da GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S.A., realizada em 09 de dezembro de 2009. Acesso em: 09.04.14 Disponível em: [http://mobileri.voegol.com.br/gol2009/web/arquivos/GOL\\_GLAI\\_RCA\\_20091209\\_port.pdf](http://mobileri.voegol.com.br/gol2009/web/arquivos/GOL_GLAI_RCA_20091209_port.pdf)

<sup>64</sup> Fonte: Ata da reunião do conselho de administração da GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S.A., realizada em 02 de setembro de 2010. Acesso em: 09.04.14 Disponível em: [http://www.mzweb.com.br/gol2009/web/arquivos/gol\\_rca\\_02092010\\_pt.pdf](http://www.mzweb.com.br/gol2009/web/arquivos/gol_rca_02092010_pt.pdf)

<sup>65</sup> Fonte: Ata da reunião do conselho de administração da Vale S.A., realizada em 30 de junho de 2011. Acesso em: 09.04.14 Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/28113404/pg-2-parte-v-publicacoes-a-pedido-diario-oficial-do-estado-do-rio-de-janeiro-doerj-de-04-07-2011>

a aquisição de uma outra sociedade<sup>66</sup>, bem como sobre desinvestimentos<sup>67</sup>; autorização para a venda de bens da companhia<sup>68</sup>; realização de oferta pública de distribuição primária e secundária de certificados de depósito de ações<sup>69</sup>; outorga de fiança pela companhia<sup>70</sup>; reforma da política de divulgação de ato ou fato relevante<sup>71</sup>; e definição da política de divulgação de informações relevantes e preservação de sigilo<sup>72</sup>.

Toledo divide as atribuições do conselho de administração estabelecidas pela lei em três classes: “(a) programáticas ou normativas; (b) de fiscalização ou controle; (c) propriamente administrativas”, sendo as primeiras relativas ao norteamiento das atividades da companhia, que abarcaria a “orientação geral dos negócios da companhia”, prevista no art. I do art. 142; a segunda diria respeito ao cumprimento das normas e consecução dos objetivos, em que se inclui a fiscalização da gestão; a terceira, reportaria-se ao oferecimento de meios para a realização dos fins sociais, como a eleição e destituição de administradores<sup>73</sup>.

<sup>66</sup> Fonte: Ata da reunião do conselho de administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A., realizada em 1 de julho de 2013. Acesso em: 09.04.14 Disponível em: [http://ri.abrileducacao.com.br/pt-br/governanca/Documents/PROJETO%20MAIA%20-%20RCA%20ABRE\\_28062013%20docx%20docx.pdf](http://ri.abrileducacao.com.br/pt-br/governanca/Documents/PROJETO%20MAIA%20-%20RCA%20ABRE_28062013%20docx%20docx.pdf)

<sup>67</sup> Fonte: Ata da reunião do conselho de administração da ANDRADE GUTIERREZ CONCESSÕES S/A, realizada em 16 de Janeiro de 2012. Acesso em: 09.04.14 Disponível em: <http://siteempresas.bovespa.com.br/consbov/VisualizaArquivo.asp?protocolo=317941&funcao=download&Site=C>

<sup>68</sup> Fonte: Ata da reunião do conselho de administração da IGUATEMI EMPRESA DE SHOPPING CENTERS S/A, realizada em 18 de março de 2013. Acesso em: 09.04.14 Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDEQFjAB&url=http%3A%2F%2Fri.iguatemi.com.br%2Fdownload\\_arquivos.asp%3Fid\\_arquivo%3DEEB2042D-937E-419A-8884-81D1EB609FCA&ei=CqNGU6qiNMeQ0gGDsICoAQ&usg=AFQjCNG\\_M5QFkBLUbFhIZy67YAXJMXWtQw&bvm=bv.64507335,d.dmQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDEQFjAB&url=http%3A%2F%2Fri.iguatemi.com.br%2Fdownload_arquivos.asp%3Fid_arquivo%3DEEB2042D-937E-419A-8884-81D1EB609FCA&ei=CqNGU6qiNMeQ0gGDsICoAQ&usg=AFQjCNG_M5QFkBLUbFhIZy67YAXJMXWtQw&bvm=bv.64507335,d.dmQ)

<sup>69</sup> Fonte: Ata da reunião do conselho de administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A., realizada em 11 de março de 2013. Acesso em: 09.04.14 Disponível em: [http://ri.abrileducacao.com.br/pt-br/governanca/Documents/Ata%20Reunião%20Conselho%20de%20Administração\\_Demonstrações%20Financeiras\\_1031084\\_%20%20%20-%20Cópia.pdf](http://ri.abrileducacao.com.br/pt-br/governanca/Documents/Ata%20Reunião%20Conselho%20de%20Administração_Demonstrações%20Financeiras_1031084_%20%20%20-%20Cópia.pdf)

<sup>70</sup> Fonte: Ata da reunião do conselho de administração da ABRIL EDUCAÇÃO S.A., realizada em 17 de setembro de 2013. Acesso em: 09.04.14 Disponível em: [http://ri.abrileducacao.com.br/pt-br/governanca/Documents/RCA\\_abrileducao\\_emissao\\_debenture\\_17092013.pdf](http://ri.abrileducacao.com.br/pt-br/governanca/Documents/RCA_abrileducao_emissao_debenture_17092013.pdf)

<sup>71</sup> Fonte: Ata da reunião do conselho de administração da VALE S/A, realizada em 24 de maio de 2012. Acesso em: 09.04.14 Disponível em: [http://www.vale.com/PT/investors/Corporate-governance/Shareholders/Minutes-coporate-documents/MinutesCorporateDocs/052412AtaRCA\\_p.pdf](http://www.vale.com/PT/investors/Corporate-governance/Shareholders/Minutes-coporate-documents/MinutesCorporateDocs/052412AtaRCA_p.pdf)

<sup>72</sup> Fonte: Ata da reunião do conselho de administração da NATURA COSMÉTICOS S.A., realizada em 21 de janeiro de 2014. Acesso em: 09.04.14 Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fsiteempresas.bovespa.com.br%2Fconsbov%2FVisualizaArquivo.asp%3Fprotocolo%3D408115%26funcao%3Ddownload%26Site%3DC&ei=qNhGU4\\_mKKXi0gHSy4CQBg&usg=AFQjCNExNlh8Zq312\\_uhWqdzEEvgMI-6pQ&bvm=bv.64507335,d.dmQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fsiteempresas.bovespa.com.br%2Fconsbov%2FVisualizaArquivo.asp%3Fprotocolo%3D408115%26funcao%3Ddownload%26Site%3DC&ei=qNhGU4_mKKXi0gHSy4CQBg&usg=AFQjCNExNlh8Zq312_uhWqdzEEvgMI-6pQ&bvm=bv.64507335,d.dmQ)

<sup>73</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidades dos administradores*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

Aponta Borba que tais atribuições normalmente seriam da assembleia geral, como a orientação geral dos negócios, eleição da diretoria e até emissão de valores mobiliários; ou da diretoria, como convocação da assembleia geral e escolha e destituição de auditores independentes<sup>74</sup>.

A primeira competência que a lei determina no art. 142, “*a orientação geral dos negócios da companhia*”, é expressão bastante vaga que pode ser preenchida pelo estatuto<sup>75</sup>. Refere-se, na verdade, às estratégias que devem ser traçadas para cumprimento do objeto social, devendo a ele se restringirem. Segundo Toledo, significa “*formular a política empresarial, definir objetivos, aprovar planos e orçamentos anuais e plurianuais, tudo, é claro, sem ultrapassar os limites do estatuto social*”<sup>76</sup>. Não pode o conselho de administração mudar a atividade da companhia, mas determinar as estratégias pelas quais será feita<sup>77</sup>.

Eizirik detalha que o órgão cumprirá essa função por meio da análise de:

(i) como está desempenhando suas atividades; (ii) se as taxas de retorno são compatíveis com os investimentos realizados; (iii) se a sua estrutura de capital é adequada ou se deve proceder ao aumento ou redução do capital; (iv) se os riscos em que está incorrendo são toleráveis; (v) se deve proceder a uma política de ampliação ou redução de atividades; e (iv) se deve ingressar em novos mercados, no plano nacional ou internacional. Incumbe-lhe ainda avaliar oportunidades de negócios e de reestruturações societárias, mediante fusões, incorporações, cisões e aquisições ou formação de consórcio<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> “*Verifica-se, dessa forma, que o conselho assume atribuições que normalmente seriam da assembleia (orientação geral dos negócios, eleição de diretores, emissão de valores mobiliários), incumbindo-se, porém, por outro lado, de encargos típicos de diretoria (convocação da assembleia geral, escolha e destituição de auditores independentes e, se o estatuto o exigir, aprovação de atos ou contratos)*”. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 413.

<sup>75</sup> “*Trata-se de expressão ampla, cabendo ao estatuto conferir-lhe maior concretude*”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 289.

<sup>76</sup> TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidades dos administradores*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 38.

<sup>77</sup> “*O conselho não tem poderes para mudar a atividade econômica da empresa, mas tão-somente o poder de realizá-la a partir das melhores estratégias que se revelarem ao longo da vida da sociedade. Em certos momentos, se tal vier a se tornar necessário, o conselho poderá convocar AGE para mudança do estatuto social e, assim, dirigir a companhia para outra atividade*”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 418.

<sup>78</sup> “*Trata-se de expressão ampla, cabendo ao estatuto conferir-lhe maior concretude*”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 290-291.

Dispõe o inciso II que cabe ao conselho de administração “*eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições*”, podendo essa destituição ocorrer a qualquer tempo, sem necessidade de justa causa, vez que se trata de cargo de confiança<sup>79</sup>. Acrescenta Verçosa que essa possibilidade de livre demissão dos administradores é questão de ordem pública que não pode ser afastada de maneira direta ou indireta pelo estatuto ou pela assembleia geral<sup>80</sup>. Ainda, caso o estatuto não o faça, o conselho de administração pode definir atribuições específicas a cada diretor<sup>81</sup>.

No inciso III, é prevista a fiscalização da diretoria. Para tanto, a lei permite o exame a qualquer tempo de livros e papéis da companhia e livre requerimento de

---

<sup>79</sup> “O conselho de administração tem o poder de destituir os administradores *ad nutum*, sem necessidade de respeitar o cumprimento do mandato. O mesmo se dá quanto à assembleia-geral no tocante aos próprios conselheiros de administração. Trata-se de cargo de confiança”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 419.

A exposição de motivos da LSA explica a importância de atribuir aos conselheiros a eleição dos diretores: “O artigo 142 fixa a competência do Conselho, de acordo com a sua natureza de órgão de deliberação. Nas companhias que adotarem os dois órgãos de administração, a Assembleia Geral elege os membros do Conselho, mas a este compete escolher e destituir os Diretores (art. 142, nº II). Essa solução se impõe pela necessidade de manter a unidade de orientação na administração da companhia, assegurando-se que os Diretores realizarão o plano de ação definido pelo Conselho”. Fonte: [http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404\\_Exposicao.asp](http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6404_Exposicao.asp) Acesso em 24.01.14

<sup>80</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 419.

<sup>81</sup> Exemplo: “**EXTRATO DA ATA DA REUNIÃO ORDINÁRIA DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO** - No dia 24 de novembro de 2011, às 9h30min., reuniram-se ordinariamente na sede social da Vale S.A. (“Vale”), (...), os membros titulares Srs. Ricardo José da Costa Flores - Presidente, José Ricardo Sasseron, Robson Rocha, Nelson Henrique Barbosa Filho, Renato da Cruz Gomes, Oscar Augusto de Camargo Filho, Paulo Soares de Souza e José Mauro Mettrau Carneiro da Cunha, e no exercício da titularidade os membros suplentes Srs. João Moisés de Oliveira, Hajime Tonoki e Paulo Sérgio Moreira da Fonseca, tendo deliberado, por unanimidade, sobre o seguinte assunto: **ELEIÇÃO DE DIRETORES EXECUTIVOS DA VALE E REVISÃO DE ATRIBUIÇÕES DA DIRETORIA EXECUTIVA** - (...) o Conselho de Administração aprovou (...) a revisão das atribuições da Diretoria Executiva que passa a ser composta conforme a seguir: Sr. **MURILO PINTO DE OLIVEIRA FERREIRA**, Diretor-Presidente; Sr. **EDUARDO DE SALLES BARTOLOMEU**, Diretor Executivo responsável pela Área de Operações e Marketing de Fertilizantes e Carvão; Sr. **GALIB ABRAHÃO CHAIM**, Diretor Executivo responsável pela Área de Projetos de Capital; Sr. **HUMBERTO RAMOS DE FREITAS**, Diretor Executivo responsável pela Área de Logística e Exploração Mineral; Sr. **JOSÉ CARLOS MARTINS**, Diretor Executivo responsável pela Área de Operações e Marketing de Ferrosos; Sr. **GERD PETER POPPINGA**, Diretor Executivo responsável pela Área de Operações e Marketing de Metais Básicos e Tecnologia da Informação; Sr. **TITO BOTELHO MARTINS JUNIOR**, Diretor Executivo responsável pela Área de Finanças, Suprimentos e Serviços Compartilhados; e Sra. **VÂNIA LUCIA CHAVES SOMAVILLA**, Diretora Executiva responsável pela Área de Recursos Humanos, Saúde e Segurança, Sustentabilidade, Energia e Assuntos Corporativos. (...). Ademais, tendo em vista o disposto no artigo 14, inciso III, do Estatuto Social, o Conselho de Administração aprovou que o Diretor Executivo **TITO BOTELHO MARTINS JUNIOR** cumule a função de Relações com Investidores. (...)”. Acesso em 09.04.14. Disponível em: [http://www.vale.com/PT/investors/Corporate-governance/Shareholders/Minutes-corporate-documents/MinutesCorporateDocs/1124Ata\\_RCA\\_estrutura\\_p.pdf](http://www.vale.com/PT/investors/Corporate-governance/Shareholders/Minutes-corporate-documents/MinutesCorporateDocs/1124Ata_RCA_estrutura_p.pdf)

informações sobre contratos ou quaisquer outros atos. Ainda, deve manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria<sup>82</sup>.

Conforme aponta Eizirik, essa fiscalização não é reduzida à verificação de legalidade dos atos dos diretores, da forma que o faz o conselho fiscal. O conselho de administração pode ir além, analisando também a oportunidade e conveniência, diante dos impactos daqueles atos para a companhia. Essa fiscalização ocorre nas reuniões do conselho de administração em que os diretores apresentam suas atividades realizadas e propostas<sup>83</sup>.

Ainda, segundo o inciso IV, este órgão pode convocar a assembleia geral quando entender conveniente e tem obrigação de convocar a AGO.

O inciso VI determina que os conselheiros devem “*manifestar-se previamente sobre atos<sup>84</sup> ou contratos, quando o estatuto assim o exigir*”. É comum os estatutos, por motivos de segurança ou conveniência, previrem que os diretores só podem praticar certos atos e celebrar determinados contratos, normalmente escolhidos em função de valor ou matéria, mediante prévia aprovação dos conselheiros.

Ainda, tem competência para deliberar sobre a emissão de ações ou bônus de subscrição nas companhias de capital autorizado e, cabe a ele autorizar, se o estatuto

---

<sup>82</sup> “Apesar do inciso I e do artigo 133 referirem-se, separadamente, às ‘contas dos administradores’, ao ‘relatório da administração’, e às ‘demonstrações financeiras’, o exame dos 2 (dois) últimos está abrangido pela análise das contas do exercício. A prestação anual de contas dos administradores desdobra-se em 2 (duas) peças fundamentais: o relatório da administração e as demonstrações financeiras. Ambos têm por objetivo informar os acionistas sobre os resultados do exercício, distinguindo-se apenas na forma pela qual se transmite tal informação: em termos contábeis, no caso das demonstrações financeiras; em linguagem literal, em se tratando do relatório de administração. Assim, os 2 (dois) documentos, embora mencionados separadamente pela Lei das S.A., são, usualmente, apreciados em conjunto pelos acionistas ao tomarem as contas da administração”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 135-136.

<sup>83</sup> “Com efeito, cabe ao conselho de administração exercer o controle permanente da gestão da sociedade exercida pelos diretores. Diversamente do que ocorre na atuação do conselho fiscal, cuja fiscalização sobre os atos dos administradores centra-se na sua legalidade, o acompanhamento dos atos praticados pelos diretores por parte dos membros do conselho de administração alcança também a sua oportunidade e conveniência, tendo em vista as vantagens e desvantagens que trazem à companhia. Tal fiscalização verifica-se não no controle diuturno dos atos de gestão ordinária praticados pelos diretores, o que seria impossível e indesejável, acarretando o ‘engessamento’ da administração, mas nas reuniões do conselho nas quais os diretores relatam as suas atividades e apresentam propostas a serem por ele aprovadas”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 292.

<sup>84</sup> ATA DA REUNIÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO REALIZADA EM 30 DE SETEMBRO DE 2010 da GOL LINHAS AÉREAS INTELIGENTES S.A. - “(...) *Deliberações: Prestados os esclarecimentos necessários, e por unanimidade, foi aprovado: (...) (ii) Práticas de atos pela Diretoria: a Diretoria poderá praticar todo e qualquer ato necessário à formalização da Garantia deliberada, inclusive, mas não somente, celebrar a Escritura, assim como quaisquer aditamentos à Escritura. (...)*”. Acesso em: 23.04.13 Disponível em: [http://www.mzweb.com.br/gol2009/web/arquivos/GOL\\_At%20de%20RCA%20GLA%20-%20Garantia%20Final.pdf](http://www.mzweb.com.br/gol2009/web/arquivos/GOL_At%20de%20RCA%20GLA%20-%20Garantia%20Final.pdf)

não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros.

Por fim, escolhe os auditores independentes, se houver.

Após disciplinar o conselho de administração, a LSA regula a diretoria, cuja competência elementar é representar a companhia<sup>85</sup>, função de forma alguma atribuída aos conselheiros<sup>86</sup>. Outra diferença importante entre os órgãos é que os diretores, caso o estatuto não determine regra diversa, praticam seus atos isoladamente. Essas duas distinções foram sintetizadas pelo STJ no julgamento do Recurso Especial nº 410.752/SP, conforme se observa na ementa:

1. Embora no conceito de administração da sociedade anônima se possa incluir a diretoria e o conselho de administração, apenas os diretores são representantes da sociedade, nos termos do art. 138, § 1º, parte final, da Lei 6.404/76 (...)
2. Enquanto a diretoria da sociedade anônima, composta por, no mínimo, dois diretores, é, por essência, órgão de representação e administração, através do qual atua a sociedade, praticando os atos da vida civil, celebrando contratos, formalizando negócios diversos, o Conselho de Administração, composto por, no mínimo, três membros, é órgão puramente deliberativo. Assim, enquanto a diretoria pode atuar de forma colegiada ou individual, agindo conjuntamente ou através de cada diretor representando a sociedade, o conselho de administração somente se manifesta validamente por deliberação coletiva, sendo, normalmente, inviável que conselheiro,

---

<sup>85</sup> “**Art. 144, LSA** - No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do conselho de administração (artigo 142, n. II e parágrafo único), competirão a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular”.

<sup>86</sup> Apesar de não serem representantes das companhias, em algumas situações, como na citação judicial, os conselheiros podem ser equiparados a tal, em virtude da aplicação do princípio da aparência: “De um modo geral, não tenho acolhido a teoria da aparência. A citação deve ser feita a quem detém poderes de representação da pessoa jurídica, constituindo ônus do réu a intimação desse representante. Aqui, entretanto, reponha particularidade, como se colhe da fundamentação do acórdão: ‘Sobressai dos autos a validade da citação. A pessoa que recebeu a citação é apta para tanto pois pertence ao Conselho de Administração da ré e praticou ato extra e intraprocessuais que dizem responder pela ré-agravante. E o ato citatório presente alcançou tal objetivo. (...) Diante disso, perde a relevância os argumentos relativos à competência da Diretoria em representar a empresa, pois está configurado o poder de representação do Sr. Manoel Rodrigues de Almeida’”. STJ, Recurso Especial nº 164.564/MT, Rel. Min. Costa Leite, julgamento em 17.11.98.



nessa condição, represente individualmente a companhia ou se confunda com o próprio conselho<sup>87</sup>.

Ressalta-se que a LSA, conforme visto pelas regras apresentadas, adotou aquelas diretrizes apontadas por Kraakman, Hansmann e Armour como características universais do conselho de administração.

Por conta dessas competências, é frequente na doutrina a afirmação de que este órgão é hierarquicamente<sup>88</sup> localizado entre a assembleia geral e a diretoria<sup>89</sup>.

Lamy Filho e Bulhões Pedreira explicam o que seria a estrutura hierarquizada das companhias: primeiro, a assembleia geral, órgão supremo, com “*poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia*”<sup>90</sup>, além de modificar o estatuto, eleger e destituir administradores e fiscais, aprovar as contas da administração e as demonstrações financeiras, deliberar sobre as operações societárias, dissolução e liquidação da companhia e autorizar a confissão de falência e

<sup>87</sup> STJ, Recurso Especial nº 410.752/SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgamento em 26.02.13.

<sup>88</sup> Importante esclarecer que essa hierarquia que se menciona entre certos órgãos da companhia, assembleia-conselho-diretoria, não é jurídica, uma vez que possuem competências distintas e incomunicáveis conferidas por lei. Especificamente sobre a posição dos conselheiros em relação aos Diretores, explica Eizirik: “*A possibilidade de destituição dos diretores, mediante ato discricionário e irrecorrível do conselho, deixa clara a sua superioridade hierárquica sobre eles. Porém não há subordinação jurídica dos diretores ao conselho de administração, uma vez que suas atribuições decorrem da Lei das S.A. e do estatuto, não podendo o conselheiro substituir-se aos diretores. Podem, porém, orientá-los sobre como agir em determinadas situações*”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 291.

<sup>89</sup> Nesse sentido: “*(...) começou o legislador (...) a indicar uma hierarquia entre órgãos, uma vez que a assembleia geral pode não apenas nomear, como também destituir os conselheiros*.” TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidades dos administradores*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27; “*Institucionaliza-se, assim, a hierarquia de gestão, à qual se submete a diretoria. Consectária da dualidade de órgãos administrativos, essa hierarquização de atribuições diretivas constitui uma das características marcantes das modernas estruturas de governo da empresa, sendo de notar-se que os diretores estão sujeitos à fiscalização do Conselho (inciso III)*”. TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 2. São Paulo: Editora Jurídica José Bushatsky Ltda, 1979, p. 450; “*A estrutura da companhia, como a de qualquer outro grupo social em que a ação dos membros é orientada para objetivo ou fim comum, é hierarquizada: é um sistema de órgãos e papéis sociais organizados normativamente, que compreende relações de subordinação - os ocupantes de alguns órgãos ou cargos exercem poder sobre os de outros, que têm o dever de cumprir as ordens recebidas. O poder hierárquico, próprio desse tipo de estrutura, é a capacidade de determinar e fiscalizar a ação ou comportamento dos ocupantes do órgão ou cargo subordinado*”. PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 776; “*O conselho de administração constitui órgão deliberativo, encontrando-se em posição intermediária entre a assembleia e a diretoria*”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 264; “*O conselho de administração, na estrutura orgânica da sociedade, coloca-se em posição intermediária entre a assembleia geral e a diretoria*”. BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 412.

<sup>90</sup> Redação do art. 121, da LSA.

requerimento de recuperação judicial; segundo o conselho de administração, que fixa a orientação geral dos negócios da companhia, além de eleger e destituir os diretores da companhia e determinar-lhes as atribuições, bem como fiscalizar sua gestão.

Consequentemente, afirmam os autores, “*a Assembleia Geral exerce poder hierárquico sobre o Conselho de Administração e o Conselho Fiscal, e o Conselho de Administração exerce poder sobre os diretores*”<sup>91</sup>.

Uma questão que normalmente se coloca no estudo de competências é a possibilidade ou não de elas poderem ser transferidas a outros órgãos. Especialmente quando se trata da assembleia geral, questiona-se se ela poderia avocar as competências do conselho de administração.

A doutrina é firme no sentido de que as competências de cada órgão são intransferíveis<sup>92</sup>. Carvalhosa<sup>93</sup> explica que a origem do princípio da indelegabilidade

---

<sup>91</sup> PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 805.

<sup>92</sup> “A privatividade ou exclusividade de funções dos órgãos de uma sociedade anônima significa que os poderes atribuídos pela lei a cada um deles não podem ser exercidos, de modo complementar ou concorrente, por algum dos outros. Como corolário do princípio, as funções agrupadas no órgão são indelegáveis. Tudo isso vem expresso nas normas de nossa Lei de Sociedades por Ações, em vários dispositivos: no art. 122, ao se enumerarem os poderes privativos da assembleia geral; no art. 139, ao se declarar que ‘as atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto’; no art. 163, §7º, ao se estatuir que ‘as atribuições e poderes conferidos pela lei ao conselho fiscal não podem ser outorgados a outro órgão da companhia’”. COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 183; “Existindo na companhia conselho de administração, a este e somente a este compete eleger e destituir os diretores”. LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313; “A Lei nº 6.404, de 1976, reitera o princípio da indelegabilidade de poderes, adaptando o preceito à nova estrutura dos órgãos de administração que estabeleceu - Conselho e diretoria”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84; “A Lei das S.A. segue o princípio segundo o qual cada órgão tem competência privativa para a prática de determinados atos, que não pode ser delegada a outros órgãos, quer sejam previstos em lei, quer sejam criados pelo estatuto. A proibição alcança os integrantes dos órgãos de administração, que não podem delegar a outros órgãos os poderes que lhes foram atribuídos pela Lei das S.A.” EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 262. “(...) é proibida a delegação de atribuições e poderes dos órgãos de administração entre si ou em favor de outros órgãos que tenham sido criados pelo estatuto”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 418; “A companhia tem liberdade para, de acordo com a conveniência dos acionistas, definir as atribuições e poderes de cada órgão societário, desde que não altere ou restrinja o elenco de competências legalmente estabelecidas. Nada impede que os acionistas, no exercício da autonomia provada, confiram à assembleia geral, ao conselho de administração, ou mesmo à diretoria, competência para deliberar sobre determinada matéria que não tenha sido atribuída pela lei das S.A. a nenhum órgão específico. Caso o estatuto social proceda desta forma, atribuindo a determinado órgão social a competência sobre uma matéria específica, esta reserva de competência deve ser necessariamente observada pelos acionistas, uma vez que as normas estatutárias possuem força de direito inerente ao agrupamento, isto é, têm natureza obrigatória, devendo ser permanentemente respeitadas por todos os acionistas”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 22.

está no direito público e na organização dos três poderes do Estado, que são independentes entre si, harmônicos e de mesma importância jurídica. Aplicado ao direito societário, busca-se manter a ideia montesquiana de pesos e contrapesos dos poderes: “o direito societário absorveu o princípio da indelegabilidade do direito constitucional, visando exatamente a estabelecer os pesos e contrapesos que permitem instituir o controle da legalidade do exercício de competência de seus órgãos”<sup>94</sup>.

Acrescenta Fran Martins que a lei busca com esse princípio a não interferência de nenhum órgão nas funções dos outros, para não ser quebrado o equilíbrio na estrutura social<sup>95</sup>.

Afirma Carvalhosa que outro fundamento da intransferibilidade de competências reside na diferença de funções dos órgãos, motivo pelo qual aquele princípio busca impedir que um órgão assuma competências e atribuições de outro<sup>96</sup>. Nem mesmo, por exemplo, no caso de vacância da diretoria, pode o conselho de administração assumir suas atribuições<sup>97</sup>. da mesma forma, não pode a assembleia geral deliberar sobre as matérias do art. 142, da LSA.

Outro fundamento é que as funções de cada órgão são atribuídas por lei, não cabendo aos particulares disporem sobre o assunto, rearranjando aquilo que foi fixado legalmente, nem mesmo o considerado órgão soberano da companhia<sup>98</sup>.

O STJ, sobre a indelegabilidade das funções administrativas: “A Lei n. 6.404/76 adota o sistema de duplicidade de órgãos de administração, com atribuições indelegáveis (art. 139), quais sejam: o conselho de Administração, que é órgão decisório colegiado; e a diretoria, cujos membros possuem o poder de representação orgânica da sociedade (art. 138, § 1º, e 144, parágrafo único). Sendo indelegáveis tais atribuições, notadamente a representação orgânica da sociedade, não pode o estatuto, tampouco o conselho de administração, dispor ou limitar tal poder, que cabe, ex lege, aos diretores”. STJ, Recurso Especial nº 1.377.908/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgamento em 21.05.13.

<sup>93</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 84-85.

<sup>94</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 86.

<sup>95</sup> MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 275.

<sup>96</sup> “É nítida a diferença de competências e funções dos órgãos obrigatórios da companhia. Essa diferença não corre em linhas paralelas, mas confluentes, na medida em que cada órgão societário tem deveres com referência a outros. (...) Diante desse quadro, impõe-se, com efeito, o princípio da indelegabilidade, tendo em vista impedir que um órgão assumas as competências e atribuições de outro”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 87.

<sup>97</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 89.

<sup>98</sup> Carvalhosa, sobre a indelegabilidade dos poderes de administração: “As prerrogativas legais dos administradores constituem um poder, entendido este, no sentido amplo, com a atuação do agente na esfera jurídica alheia. Suas atribuições constituem, outrossim, poderes, no sentido estrito, porque se

A indelegabilidade está disposta no art. 139, da LSA, que determina que “*as atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto*”<sup>99</sup>.

Cita-se, contra esse entendimento, julgamento pelo TJMG da Apelação nº 2.0000.00.429546-1/000<sup>100</sup>, de 02.06.14, relatada pelo desembargador Saldanha da Fonseca, em que se decidiu que a competência da assembleia geral fixada no art. 152, da LSA<sup>101</sup>, de definição da remuneração dos administradores, poderia ser exercida pelos próprios órgãos administrativos.

No caso, foi realizada uma reunião do conselho de administração em conjunto com a diretoria da companhia, em que fixaram a retirada de pró-labore dos administradores. O Tribunal entendeu que não havia motivos para declaração de nulidade da deliberação, pois, apesar de o art. 152, da LSA, determinar que a matéria está sob autoridade da assembleia geral, não se trata de competência privativa elencada no art. 122, da LSA.

Segundo o relator, a partir de uma interpretação conjunta dos dois dispositivos, a melhor conclusão é no sentido de que a competência da fixação de remuneração dos administradores pode ser delegada legitimamente<sup>102</sup>. Ainda,

---

*configuram como direito de dispor dos bens alheios como prerrogativa preópria e não delegada. São próprios, pois advêm da lei e não delegados por qualquer outro órgão societário. Esses poderes exclusivos não podem ser avocados sequer pela assembleia geral, que representa a vontade soberana da companhia. Isto porque os poderes dos órgãos de administração não são delegados por ela, assembleia geral, mas advêm diretamente da lei”. CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88.*

<sup>99</sup> A indelegabilidade também é princípio relativo: “*A indelegabilidade orgânica, em nossa lei, é relativa, na medida em que se prevê a delegação aos administradores de poderes para confessar falência ou para requerer a recuperação judicial, sem prévia deliberação da assembleia geral (art. 122). (...) A relatividade do princípio da indelegabilidade também se acentua na hipótese de emissão de capital nas companhias sob o regime de capital autorizado (art. 168)”. CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 94 e 95.*

<sup>100</sup> TJMG, Apelação nº 2.0000.00.429546-1/000, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, julgamento em 02.06.04.

<sup>101</sup> “**Art. 152, LSA** - A assembléia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado”.

<sup>102</sup> “*Nesse ponto, por força do art. 152 da Lei no 6.404/76, compete exclusivamente à assembleia geral deliberar sobre a remuneração dos administradores, membros do conselho de administração e diretores. Diversamente do ponto de vista defendido pela apelada, tal qual consignado na ata mencionada, também não vislumbro a possibilidade de reconhecer o vício de nulidade reclamado pela sociedade ré. A adoção deste entendimento decorre da interpretação que se deve fazer sobre o disposto no art. 122, da Lei no 6.404/76, a qual elenca, em seus incisos de I a IX, as hipóteses de competência privativa da assembleia geral. Ocorre que no rol taxativo dos incisos a complementar o caput do artigo sob enfoque, o legislador pátrio não fez constar a competência privativa da assembleia de fixar a remuneração dos administradores. A bem da verdade, ao promover a interpretação*

acrescenta o desembargador, não há que se questionar a deliberação que, posteriormente, foi ratificada pela própria assembleia geral<sup>103</sup>.

O caso, entretanto, parece ser de má aplicação da lei.

### 1.3 - A posição do conselho de administração no contexto atual

Após verificada a competência e características gerais do conselho de administração, é necessário entender como ele se posiciona no contexto do mercado atual, não só no Brasil, mas também nos Estados Unidos, reconhecidamente o país cuja experiência societária tem, em regra, servido de modelo para o mundo ocidental. Isso não só pelo seu enorme volume de operações e investimentos, mas pela grande vivência em governança corporativa, por já experimentar a separação entre propriedade e gestão, a seguir abordada. Importante sua menção pelo fato de muitos autores, conforme apresentado, afirmarem que o desenvolvimento do mercado brasileiro aponta no sentido do norte-americano.

Para visualizar a posição do conselho de administração, especialmente nos Estados Unidos, é preciso abordar o fenômeno da separação entre propriedade e gestão, tema que tem como referência obrigatória a obra clássica dos norte-americanos Adolf Berle e Gardiner Means, “*The modern Corporation & Private Property*”, publicada pela primeira vez em 1932.

Os autores iniciam seu raciocínio demonstrando, por meio da análise de dados de algumas companhias americanas, o rápido crescimento das grandes companhias no século XX e a conseqüente concentração de poder econômico que elas atingiram. Segundo os autores, as companhias ultrapassaram a ideia de instrumento de realização de negociações privadas, tornando-se também uma forma de domínio da propriedade e um modo de organização da vida econômica. Afirmam que as S/A atingiram tal

---

*conjunta dos artigos 122 e 152, ambos da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e suas posteriores alterações, estou convencido de que a outorga de poderes da assembleia geral à diretoria, para o fim de deliberar sobre a remuneração dos administradores da sociedade é legítima, isenta de qualquer vício, portanto apta a produzir seus regulares efeitos*”. (original sem negrito) TJMG, Apelação nº 2.0000.00.429546-1/000, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, julgamento em 02.06.04.

<sup>103</sup> “Ao que se vê a referida ata da assembleia geral ordinária ratificou e convalidou o ato ocorrido anteriormente, devendo serem pagas as retiradas pro-labore nos exatos termos do que ficou pactuado na ata de f. 07-TA. É inegável que, pela vontade da própria sociedade, através da regular deliberação registrada em ata da assembleia geral extraordinária, tornou-se possível, via reunião do conselho de administração com a diretoria, dispor sobre a forma de remuneração dos administradores - conselheiros e diretores”. TJMG, Apelação nº 2.0000.00.429546-1/000, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, julgamento em 02.06.04.

proporção que hoje se pode falar em um “*sistema de sociedade por ações*”, sendo uma das principais instituições da atualidade<sup>104</sup>.

Ressaltam o fato de que todas as pessoas, diretamente ou indiretamente, têm contato com as companhias, uma vez que elas atingiram a característica da ubiquidade. Há poucos artigos de consumo para cuja produção uma companhia não tenha contribuído<sup>105</sup>.

Após, observam que como consequência dessa concentração de poder econômico ocorre a dispersão acionária, tendência aparentemente natural e inevitável às S/A<sup>106</sup>. A partir de alguns dados da bolsa de Nova Iorque, os autores afirmam que a dispersão acionária, na época, já atingia proporções enormes entre as grandes companhias e entre as médias estava aumentando significativamente. Concluíram, também, que quanto maior a companhia, maior a probabilidade dessa ocorrência<sup>107</sup>.

Segundo Berle e Means, com a dispersão acionária, o controle da companhia e a propriedade, cada vez mais, alocando-se em sujeitos diferentes. Nessa perspectiva, o controle está sendo exercido por pessoas com uma mínima ou com nenhuma participação no capital. A propriedade sem controle e o controle sem propriedade

---

<sup>104</sup> Original: “*Corporations have ceased to be merely legal devices through which the private business transactions of individuals may be carried on. Though still much used for this purpose, the corporation has, in fact, become both a method of property tenure and a means of organizing economic life. Grown to tremendous proportions, there may be said to have evolved a ‘corporate system’ - as there was once a feudal system - which has attracted to itself a combination of attributes and powers, and has attained a degree of prominence entitling it to be dealt with a major social institution*”. BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C.; *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999, p. 3.

<sup>105</sup> Original: “*Even where the individual does not come in direct contact, he cannot escape indirect contact with this companies, so ubiquitous have they become. There are few articles of consumption to whose production one of the big companies has not to some extent contributed*”. BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C.; *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999, p. 28.

<sup>106</sup> Original: “*Accompanying the concentration of economic power, growing out of it, and making it possible, has come an ever wider dispersion of stock ownership. This in turn has brought about a fundamental change in the character of wealth, - in the relation between the individual and his wealth, the value of that wealth and the nature of property itself. Dispersion in the ownership of separate enterprises appears to be inherent in the corporate system. It has already proceeded far, it is rapidly increasing, and appears to be an inevitable development*”. BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C.; *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999, p. 47.

<sup>107</sup> Original: “*It is clear, then, that the dispersion of ownership has gone to tremendous lengths among the largest companies and has progressed to a considerable extent among the medium sized. Further, it may be said that in general the larger the company, the more likely is its ownership to be diffused among a multitude of individuals*”. BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C.; *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999, p. 53.

parecem uma consequência inevitável dessa nova organização societária<sup>108</sup>, de modo que tornou-se inevitável admitir o controle como independente da propriedade.

Os autores explicam que há cinco principais formas de controle, que nem sempre possuem distinção muito rígida entre eles: (1) o controle por meio da detenção quase completa do capital; (2) controle majoritário; (3) controle por meio de mecanismos jurídicos que não a maioria das ações - como exemplo, o controle indireto; (4) controle minoritário; (5) controle gerencial<sup>109</sup>. O último ocorre quando o capital é disperso em tão alto grau que nenhum acionista ou grupo detém participação suficiente para influenciar nas deliberações e nem para pressionar os administradores<sup>110</sup>.

Os autores apresentaram as condições que têm os acionistas quando da eleição do conselho de administração: (i) ele pode ir e votar na assembleia geral; (ii) pode não ir e não votar; (iii) pode não ir, mas exercer seu voto por meio de procuração realizada a indivíduos escolhidos pelos próprios conselheiros.

Como o voto de cada acionista isoladamente, fora de nenhum bloco, tem relevância insignificante, suas opções se reduzem a não votar ou a fazê-lo por meio de procuração, através de pessoa sobre as quais ele não tem qualquer controle e de cuja seleção ele sequer participou. Uma vez que esses procuradores são escolhidos pelos próprios conselheiros, estes acabam impondo seus próprios sucessores. Nesse contexto, pode se tornar um órgão autoperpetuador, o que caracteriza o controle gerencial<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> Original: "As the ownership of corporate wealth has become more widely dispersed, ownership of that wealth and control over it have come to lie less and less in the same hands. Under the corporate system, control over industrial wealth can be and is being exercised without any such interest. Ownership of wealth without appreciable control and control of wealth appreciable ownership appear to be the logical outcome of corporate development". BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C.; *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999, p. 66.

<sup>109</sup> Original: "Five major types can be distinguished, though no sharp dividing line separates type from type. These include: (1) control through almost complete ownership, (2) majority control, (3) control through a legal device without majority ownership, (4) minority control, and (5) management control". BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C.; *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999, p. 67.

<sup>110</sup> "The fifth type of control [management control] is that in which ownership is so widely distributed that no individual or small group has even a minority interest large enough to dominate the affairs of the company. When the largest single interest amounts to but a fraction of one per cent - the case in several of the largest American corporations - no stockholder is in the position through his holdings alone to place important pressure upon the management or to use his holdings as a considerable nucleus for the accumulation of the majority of votes necessary to control". BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C.; *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999, p. 78

<sup>111</sup> "In the election of the board the stockholder ordinarily has three alternative. He can refrain from voting, he can attend the annual meeting and personally vote his stock, or he can sign a proxy

Esse mecanismo do voto por procuração, além de enfraquecer a presença dos acionistas nas assembleias gerais, acaba mitigando também, segundo os autores, o poder de controle que detêm os acionistas sobre os conselheiros<sup>112</sup>. O que acaba acontecendo é a permanência desses em todo o seu mandato sem qualquer interferência dos acionistas.

O esvaziamento da assembleia geral e fortalecimento da administração é ainda frequentemente apontado na doutrina norte-americana e inglesa, onde o fenômeno também é claro.

Conforme relata Bainbridge, os principais agentes na tomada de decisões das companhias são os conselheiros de administração. Afirma o autor que o modelo atual das companhias se caracteriza por ter esse órgão o poder de agir e os acionistas, no máximo, reagir<sup>113</sup>.

Apesar de, no Brasil, ainda ser o controle significativamente concentrado, já se fala nessa perda de poder da assembleia geral e fortalecimento do conselho de

*transferring his voting power to certain individuals selected by the management of the corporation, the proxy committee. As his personal vote will count for little or nothing at the meeting unless he has a very large block of stock, the stockholder is practically reduced to the alternative of not voting at all or handing over his vote to individuals over whom he has no control and in whose selection he did not participate. In neither case will be able to exercise any measure of control. Rather, control will tend to be in the hands of those who selected the proxy committee by whom, in turn, the election of directors for the ensuing period may be made. Since the proxy committee is appointed by the existing management, the latter can virtually dictate their own successors. Where ownership is sufficient subdivided, the management can thus become a self-perpetuating body even though its share in the ownership is negligible. This form of control can properly be called 'management control'".* BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C.; *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999, p. 80-82.

<sup>112</sup> "We are here concerned with that branch of the corporate power which had primarily to do with carrying on the business for which the concern was organized. The direct manifestation of the shareholders' power in this regard was and is his right to vote. This begins to weaken with the right to vote by proxy. (...) The growth of corporations, the dispersion of shareholders, the manifest impossibility to for the vast of the majority of the shareholders to attend meetings, have made the right to vote, in reality, in the right to delegate the voting power to someone else - and the proxy is almost invariably a dummy chosen either by the management, by the 'control', or by a committee seeking to assume control. The proxy machinery has thus become one of the principal instruments not by which a stockholder exercises power over the management of the enterprise, but by which his power is separated from him". BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C.; *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999, p. 128-129.

<sup>113</sup> Original: "A defining characteristic of public corporations is the so-called separation of ownership and control. Shareholders, who are said to 'own' the firm, have virtually no power to control either its day-to-day operation or its long-term policies. Instead, the key players in the formal decisionmaking structure are the members of the board of directors. As the Delaware Code puts it, the corporation's business and affairs 'shall be managed by or under the direction of a board of directors'. Accordingly, shareholders have essentially no power to initiate corporate action, and, moreover, are entitled to approve or disapprove only a very few board actions. The statutory decisionmaking model thus is one in which the board acts and shareholders, at most, react." BAINBRIDGE, Stephen M., *Why a Board? Group Decisionmaking in Corporate Governance*. *Vanderbilt Law Review*, p. 4. Acesso em: 03.03.13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=266683>



administração, apesar de, repita-se, em grau consideravelmente menor que nos Estados Unidos e Inglaterra, por exemplo. É frequente na doutrina brasileira a menção ao absentismo dos acionistas e a conseqüente mitigação de poderes da assembleia geral.

Teixeira e Guerreiro reconheceram a separação entre propriedade e gestão como um fenômeno característico da vida empresarial moderna. Segundo eles, ainda se proclama a soberania da assembleia geral, inclusive no ordenamento, mas é “*fato de verificação irrecusável*” a concentração de poder nos administradores, que é quem exercem o controle de fato, principalmente nas grandes companhias abertas. Explicam que os administradores detêm qualificações técnicas necessárias para conduzir a companhia, o que nem sempre ocorre com os acionistas. Ainda, precisam se dedicar muito à sua atividade diante da grande exigência do mercado, cada vez mais sofisticado e tecnicista, disposição para a qual a massa de acionistas está normalmente desinteressada<sup>114</sup>.

Toledo, ao reconhecer que por um período esse órgão foi considerado, pela doutrina brasileira e estrangeira, um órgão inútil e oneroso, afirma que essa ideia tende a ser superada pelos fatos. A tendência é ocupar um papel de relevância cada vez maior nas companhias em face, inclusive, na perda de poder da assembleia geral. Afinal, segundo Toledo, as funções desse órgão precisarão ser realizadas de alguma maneira. A própria LSA, afirma, trouxe um texto que tende a limitar as funções da assembleia geral e expandir as do conselho de administração<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> “*Um dos fenômenos mais característicos da moderna vida empresarial consiste na cisão entre propriedade e gestão. Muito embora se proclame, inclusive de forma legislativa, a soberania dos titulares das ações, reunidos em Assembleia Geral, é fato de verificação irrecusável que, na realidade societária contemporânea, sobretudo no âmbito das grandes sociedades abertas, o poder cada vez maior dos administradores, que concentram em suas mãos, de fato, a condução dos negócios sociais e a efetiva gestão da empresa. Nem sempre vinculados à titularidade do capital, os administradores, entretanto, são dotados das qualificações técnicas necessárias ao bom desempenho da sociedade, de que muitas vezes carecem os acionistas. Além disso, como verdadeiros profissionais que são, podem e devem dedicar-se com maior empenho às tarefas da gestão social, em um contexto comercial cada vez mais exigente, sofisticado e tecnicista, assumindo assim uma disposição de trabalho em relação à qual a grande massa de acionistas se revela desinteressada. Resulta desse quadro aquilo que Paillusseau chamou de declínio das assembleias de acionistas*”. TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 1. São Paulo: Editora Jurídica José Bushatsky Ltda, 1979, p. 435.

<sup>115</sup> “*(...) essa visão do conselho como uma espécie de comissão da assembleia está para ser superada pelos fatos. Se a evolução prosseguir conforme hoje se apresenta, o conselho de administração deverá ocupar, na estrutura societária, um lugar de maior proeminência. O fenômeno acima apontado tem a ver com a notória decadência da assembleia geral das companhias. À medida que esse órgão perde sua relevância, é natural que suas funções, que continuam existindo, passem a ser exercidas por outro. No sistema brasileiro já se pode ver reflexos desse fato, com a atribuição ao conselho de administração de ‘eleger e destituir diretores’ (...) O modelo de estrutura dual dos órgãos de administração das*

Para alguns autores, devido ao grau de absenteísmo dos acionistas, a assembleia geral, muitas vezes, torna-se “*mera formalidade*”. Se há controle majoritário, as decisões são tomadas de outras maneiras, como em acordos de acionistas<sup>116</sup>, ou por decisão do acionista majoritário singularmente<sup>117</sup>. Se o capital é disperso, é possibilitado o controle gerencial<sup>118</sup>.

Outro aspecto também apontado como consequência da dispersão acionária e que novamente contribui para o absenteísmo dos acionistas nas assembleias gerais é a falta de informação. Uma vez que o acionista tem uma participação muito pequena na companhia, tende a adotar uma postura de passividade em relação às decisões da assembleia geral e à administração. Levando em consideração o típico sócio investidor, que possui pequena porcentagem no capital de várias companhias, os eventuais ganhos de envolverem-se nas discussões das assembleias gerais e de fiscalizarem os administradores de cada uma dessas sociedades não compensam os custos dessa iniciativa. Os acionistas teriam diversos ônus diretos e indiretos que os

---

*sociedades por ações permite observar, no plano normativo, o papel hoje reservado à assembleia geral. Suas atribuições passaram a ser contempladas em dispositivos que as enumeraram de modo taxativo. Suas funções, antes genéricas, passaram a ser específicas. Exatamente o oposto sucedeu com os conselhos de administração”. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidades dos administradores. São Paulo: Atlas, 2007, p. 99-100.*

<sup>116</sup> “*Outro fato que reduziu a importância da assembleia geral, particularmente nas companhias com controle compartilhado, foi a alteração introduzida na Lei das S.A. pela Lei nº 10.303/2001, que acrescentou ao rol de matérias que podem ser objeto de acordo de acionistas, expressamente previstas no caput do artigo 118, o exercício do poder de controle. Trata-se de uma modalidade de acordo de voto, visando ao exercício do controle comum; para tanto, os convenientes formam um bloco de ações e, reuniões prévias, decidem como votarão, em conjunto, no exercício do poder de controle. Assim, o voto é determinado em reunião prévia dos participantes do acordo, que constitui uma espécie de ‘assembleia antecipada’, usualmente mediante a adoção do princípio majoritário. Ou seja, convocada a assembleia geral, os acionistas signatários deliberam, na reunião prévia, como exercerão o voto em bloco sobre cada uma das decisões a serem tomadas no conclave, o decidido na reunião prévia vincula todos os membros do acordo, inclusive os dissidentes, ausentes e abstenentes, devendo votar todos, na assembleia geral, no mesmo sentido”. EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 20-21.*

<sup>117</sup> Eizirik aponta o absenteísmo dos acionistas como consequência do controle concentrado: “*Ao longo dos últimos anos, a assembleia geral vem, na prática, perdendo espaço como principal centro decisório da companhia, tendo em vista o absenteísmo dos acionistas minoritários, uma vez que, em geral, apenas os controladores comparecem ao conclave*”. EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 17.

<sup>118</sup> “*Infelizmente, até os mais variados e opostos cenários favorecem o absenteísmo. Havendo controle definido, a participação do acionista não influi na decisão, que muitas vezes é tomada fora do plano assemblear (por exemplo, em acordos de acionistas), tornando a assembleia geral mera formalidade. Com a diluição acionária, o voto pode fazer diferença, mas tal dispersão possibilita o controle gerencial, diminuindo a possibilidade de influência do voto do acionista*”. RIBEIRO, Renato Ventura. Aplicação de novas tecnologias nas Assembleias Gerais de sociedades anônimas. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). *Direito Societário – Desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 284.

desestimulam a engajarem-se na busca dessas informações, comportamento denominado “*apatia racional*”<sup>119</sup>.

Não apenas por conta da dispersão acionária e enfraquecimento da assembleia geral se dá o destaque a este órgão administrativo, mas também por suas competências, que influenciam tão diretamente no desenvolvimento da companhia.

Como afirmam Davies e Hopt, em virtude de sua posição intermediária entre a assembleia e diretoria, o conselho de administração representa claramente uma interface entre os investidores e a diretoria, sendo óbvio o fundamental papel que desempenham na tomada de decisões da companhia<sup>120</sup>.

Segundo Eizirik, o órgão estabelece ainda uma conexão entre acionistas e demais partes interessadas e busca a otimização do retorno do investimento, sendo, por isso, o principal componente do sistema de governança corporativa<sup>121</sup>.

Paul Davies afirma que o conselho de administração é o mais importante órgão deliberativo da companhia, a ponto de o *UK Combined Code on Corporate*

---

<sup>119</sup> “A chamada ‘apatia racional’ descreve o comportamento dos acionistas quando o custo de manter-se informado e participar nas assembleias gerais é superior ao benefício individual esperado por tal comportamento. Ou seja, vale mais a pena, do ponto de vista econômico, manter-se apartado da participação informada nas decisões coletivas do que nelas se envolver. Numa sociedade em que o sócio detém 100% (cem por cento) do capital, ao investir seu tempo para tomar uma decisão ele receberá 100% (cem por cento) dos benefícios decorrentes dessa decisão. Quando o acionista detém apenas 10% (dez por cento) do capital, ele também deve aplicar seu tempo para informar-se, já que não pode ler apenas 10% (dez por cento) dos documentos necessários, mas não recebe mais do que 10% (dez por cento) dos benefícios de uma boa decisão. Ou seja, quando o custo de informar-se para participar no processo decisório é desproporcional aos benefícios esperados, os quais, além de tudo, serão repartidos com outros que neles não incorreram (os *free riders* ou ‘caronas’), o acionista pode racionalmente decidir não tomar parte das decisões da sociedade”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 17.

O termo é bastante usado na doutrina norte americana e inglesa. Nos termos de Kershaw, um acionista é racionalmente apático quando ele não toma determinadas medidas que beneficiariam a companhia e os acionistas como um todo, porque os custos dessa ação excederia seus benefícios pessoais. Original: “A shareholder is rationally apathetic when he fails to take action that would benefit the company and the shareholder’s collectively because the costs of taking such action exceed the personal benefits of action”. KERSHAW, David. *Company Law in Context – text and materials*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 806.

<sup>120</sup> Original: “The board sits at the interface between the investors in the company and its senior management. That it therefore plays an important role in the taking of significant corporate decisions may seem obvious”. DAVIES, Paul; HOPT, Klaus. *Boards in Europe - accountability and convergence*. ECGI Working Paper Series in Law. Law Working Paper n°. 205/2013 - abril, 2013. Acesso em 14.09.13. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract\\_id=2212272](http://ssrn.com/abstract_id=2212272), p. 3.

<sup>121</sup> “O Conselho de Administração é considerado o principal componente do sistema de governança corporativa, tendo como missão proteger e valorizar a organização, otimizar o retorno do investimento no longo prazo e buscar o equilíbrio entre as partes interessadas (acionistas e stakeholders, que são as demais pessoas afetadas pelas atividades da companhia)”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 289.

*Governance*<sup>122</sup> determinar, em seu primeiro princípio, que toda companhia deve ser liderada por um conselho de administração, que seria responsável pelo seu sucesso<sup>123</sup>.

<sup>122</sup> O Código de Governança Corporativa do Reino Unido reúne recomendações de práticas e princípios de governança corporativa, aplicável para as companhias abertas. É elaborado pelo *Financial Reporting Council*, “regulador independente do Reino Unido responsável por promover uma governança corporativa de alta qualidade e elaboração de relatórios para promover o investimento”.

Fonte: “*The Financial Reporting Council is the UK’s independent regulator responsible for promoting high quality corporate governance and reporting to foster investment. We promote high standards of corporate governance through the UK Corporate Governance Code. We set standards for corporate reporting and actuarial practice and monitor and enforce accounting and auditing standards. We also oversee the regulatory activities of the actuarial profession and the professional accountancy bodies and operate independent disciplinary arrangements for public interest cases involving accountants and actuaries.*” Fonte: <https://frc.org.uk/About-the-FRC.aspx> Acesso em 24.01.14

O Código está disponível em: <<https://frc.org.uk/Our-Work/Publications/Corporate-Governance/UK-Corporate-Governance-Code-September-2012.pdf>>. Acesso em 24.01.14.

<sup>123</sup> “*The board of directors is the most important decision-making body within the company. The first Principle of the Combined Code on Corporate Governance states: ‘Every company should be headed by an effective board, which is collectively responsible for the success of the company.’ The Supporting Principles to this main principle add the following explanation about the role of the board: ‘The board set the company’s strategic aims, ensure that the necessary financial and human resources are in place for the company to meet its objectives and review management performance. The board should set the company’s values and standards and ensure that its obligations to its shareholders and others are understood and met.’ Even after making allowances for the fact that the Combined Code applies formally only to companies listed on the Main Market of the London Stock Exchange, and that in small companies things may appear very differently, this is a formidable specification for the board’s role*”. DAVIES, Paul; GOWER, Laurence Cecil Bartlett. *Principles of modern company law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008, p. 365-366.

Essa importância, porém, nem sempre foi tão clara na doutrina brasileira, de forma que muitos autores já afirmaram a inutilidade do órgão. O conselho de administração era geralmente visto como órgão inútil e simplesmente homologatório da assembleia geral. Segundo Toledo, alguns autores defendiam que um segundo órgão de administração seria “*inoperante, oneroso e desnecessário*”. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidades dos administradores*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 26. É o que afirmou Valverde: “*(...) conselhos de administração, compostos de dezenas de pessoas que não trabalham, na maioria incompetentes, mas que recebem grandes percentagens sobre os lucros sociais, constituem na opinião hoje generalizada, o cancro das sociedades anônimas*”. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, volume II - arts. 74 a 136. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 302

Carvalhosa também mostra essa ideia: “*Sempre se discutiu sobre a real e efetiva função e influência do Conselho de Administração no comando da companhia. Seria ele apenas um órgão homologatório dos atos praticados pelos diretores ou teria um função hierarquicamente preponderante sobre aquele? A doutrina tradicional sempre proclamou a inutilidade do Conselho de Administração, como órgão decisório da companhia (...)*”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

Carvalhosa descreve o tema também na doutrina estrangeira: “*Nesse sentido, anatem-se os estudos de campo de Myles L. Mace e a profunda análise de Conard sobre a disfunção do Conselho de Administração das companhias nos Estados Unidos. (...) o fracasso do sistema norte-americano de duplicidade do comando societário (board e officers) é lembrado por Goldberg, ‘em oposição à teoria jurídica, os Conselhos de Administração da maioria de nossas maiores empresas, de fato, não as comandam, nem as supervisionam ou administram, nem dispõem de condição de fazê-lo’.* Esse quadro de disfunção, no entanto, tem sido muito atenuado pela larga adoção das regras de governança corporativa na administração das companhias, a partir dos anos 1990, e que se traduz por uma significativa integração da diretoria com o Conselho de Administração”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52-53.

Assim é que o conselho de administração tem ganhado cada vez mais relevância no direito societário.

No que tange à evolução do órgão no Brasil, conforme anota Eizirik<sup>124</sup>, é possível dividi-la em três fases. Explica o autor que, em um primeiro momento, seu papel não era claro para o mercado brasileiro, de maneira que era composto basicamente por familiares dos controladores e dos diretores. Em um segundo momento, ganhou importância o conselheiro independente, embora fosse ele, normalmente, pessoa já relacionada à companhia, como advogados e consultores. Conforme aponta o autor, conselheiros “*independentes, mas nem tanto*”<sup>125</sup>. Em um terceiro momento, a atual fase, nota-se o fortalecimento da figura do conselheiro independente, dessa vez mais desvinculados dos controladores e da companhia<sup>126</sup>.

A valorização do conselheiro independente já ocorreu no direito estrangeiro, especialmente após alguns escândalos corporativos como o caso Enron, que despertou a necessidade de aprofundamento e revisão nos estudos da governança corporativa, de forma a estabelecer diretrizes mais eficientes e seguras para a administração, especialmente com o intuito de influenciar as decisões de investimento. Conforme aponta Hopt, alguns estudiosos chegam a afirmar que Enron é um ponto tão marcante na história da regulação, que se divide entre antes e pós Enron<sup>127</sup>.

O conselheiro independente é apontado como uma das principais estratégias da governança corporativa para a proteção dos acionistas e da companhia<sup>128-129</sup>. Nos

---

<sup>124</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 260.

<sup>125</sup> Eizirik refere-se a conselheiros externos: “*Conselheiros externos são os que não têm vínculo atual com a companhia, mas não são independentes (como diretores, advogados ou consultores da sociedade, sócios ou funcionários do grupo controlador)*.” EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 270.

<sup>126</sup> “*Verifica-se, na prática dos negócios, uma saudável tendência no sentido de se eleger um número cada vez maior de conselheiros externos ou independentes, reduzindo-se, conseqüentemente, aqueles ligados ao acionista controlador, por laços familiares, profissionais ou mesmo de amizade. Tal tendência visa à maior profissionalização do órgão, cuja atuação ganha eficiência com conselheiros mais competentes*”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 269

<sup>127</sup> HOPT, Klaus J., *Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance after Enron*. ECGI Law Working Paper n° 05/2002; Janeiro, 2007. Acesso em 09.11.13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=356102>

<sup>128</sup> KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gérard; HOPT, Klaus J.; KANDA, Hideki; ROCK, Edward B. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 64.

<sup>129</sup> “*Os princípios da chamada ‘boa governança corporativa’, que se propõem a aperfeiçoar a administração das empresas, complementam as normas legais, estatutárias e corporativas, sendo úteis para orientar o comportamento dos gestores da companhia, fornecendo-lhes algumas linhas de conduta recomendáveis; não têm, porém, qualquer feição de normas ou princípio jurídicos, não*

Estados Unidos, por exemplo, uma das primeiras providências nesse sentido foi a edição, em 2002, da *Sarbanes-Oxley Act*, também conhecida como *Sarbox*, lei que se aplica às companhias de capital aberto no país. Além disso, a NYSE e NASDAQ adotaram novas regras de governança corporativa, todas elas, além da *Sarbox*, exigindo conselheiros independentes na composição dos conselhos de administração das companhias listadas<sup>130</sup>.

O conceito de conselheiro independente não é uniforme na doutrina brasileira e estrangeira. A LSA não o traz. De acordo com o Regulamento de Listagem do Novo Mercado, conselheiro independente caracteriza-se por:

(i) não ter qualquer vínculo com a Companhia, exceto participação de capital; (ii) não ser Acionista Controlador, cônjuge ou parente até segundo grau daquele, ou não ser ou não ter sido, nos últimos 3 (três) anos, vinculado a sociedade ou entidade relacionada ao Acionista Controlador (pessoas vinculadas a instituições públicas de ensino e/ou pesquisa estão excluídas desta restrição); (iii) não ter sido, nos últimos 3 (três) anos, empregado ou diretor da Companhia, do Acionista Controlador ou de sociedade controlada pela Companhia; (iv) não ser fornecedor ou comprador, direto ou indireto, de serviços e/ou produtos da Companhia, em magnitude que implique perda de independência; (v) não ser funcionário ou administrador de sociedade ou entidade que esteja oferecendo ou demandando serviços e/ou produtos à Companhia, em magnitude que implique perda de independência; (vi) não ser cônjuge ou parente até segundo grau de algum administrador da Companhia; e (vii) não receber outra remuneração da Companhia além daquela relativa ao cargo de conselheiro (proventos em dinheiro oriundos de participação no capital estão excluídos desta restrição).

É comum os estatutos sociais das companhias trazerem seu conceito, muitas vezes idêntico ao apresentado pelo Regulamento de Listagem do Novo Mercado<sup>131</sup>.

---

*acarretando quaisquer sanções aos que não os seguem*". EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 255-256.

<sup>130</sup> AGRAWAL, Anup; CHADHA, Sahiba. *Corporate Governance and Accounting Scandals*, p. 6. Acesso em 08.11.13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=595138>

<sup>131</sup> Nesse sentido: artigo 16. § 3º, do Estatuto da ABRIL EDUCAÇÃO S.A. Acesso em: 26.02.14 Disponível em: <http://ri.abrileducacao.com.br/pt->

Assim como a BM&FBovespa, o IBGC também não considera o fato de ser acionista relevante para determinar ou não a independência. Por outro lado, segundo a NYSE, por exemplo, o conselheiro não será independente se for acionista<sup>132</sup>.

Segundo aponta Cerezetti, apesar das divergências entre os conceitos, de maneira geral, o que se busca com a independência do conselheiro é a formação de um órgão que avalie de forma objetiva a companhia e a conduza de maneira isenta. Por isso a exigência de não se confundirem com os diretores e de serem pessoas sem vinculação com o controlador e com a administração<sup>133</sup>.

A recomendação da existência de conselheiros independentes<sup>134</sup> fundamenta-se na crença de que eles são mais eficazes em fiscalizar os demais administradores e diminuem os riscos de fraudes contábeis<sup>135</sup>. Além disso, por serem desvinculados pessoalmente da companhia, parece menor a probabilidade de se encontrarem em situações de conflito de interesses, de maneira que vão gerir a companhia sempre no melhor interesse desta e dos acionistas, com preocupação do desempenho a longo prazo. Isso porque não terão, em tese, relação com nenhum grupo da companhia (controladores ou trabalhadores, por exemplo) que possa determinar a sua atuação. Em outras palavras, terão uma administração autônoma<sup>136</sup>.

br/governanca/Documents/Estatuto%20consolidado\_30042013.pdf; artigo 18 do Estatuto da GAFISA S.A. Acesso em 10.04.14 Disponível em: <http://gafisa.riweb.com.br/show.aspx?idCanal=asFOK1nJSg1kT7kwFbxt0A==>

<sup>132</sup> “(a) (i) No director qualifies as “independent” unless the board of directors affirmatively determines that the director has no material relationship with the listed company (either directly or as a partner, shareholder or officer of an organization that has a relationship with the company)”.

Acesso em: 09.11.13. Disponível em: <http://nysemanual.nyse.com/LCMTTools/PlatformViewer.asp?selectednode=chp%5F1%5F4%5F3%5F2&manual=%2F1cm%2Fsections%2F1cm%2Dsections%2F>

<sup>133</sup> CERZETTI, Sheila Christina Nedes. *Administradores independentes e independência dos administradores (regras societárias fundamentais ao estímulo do mercado de capitais brasileiro)*. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 577.

<sup>134</sup> De acordo com a Cláusula 4.3 da Seção IV do Regulamento de Listagem do Novo Mercado, 20% dos membros do conselho de administração deverão ser independentes.

<sup>135</sup> AGRAWAL, Anup; CHADHA, Sahiba. *Corporate Governance and Accounting Scandals*, p. 6. Acesso em 08.11.13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=595138>

<sup>136</sup> “Os benefícios de um órgão de administração assem composto refletem-se, portanto, na diminuição das preocupações com relação à vinculação aos interesses de determinados agentes dominantes, sejam eles, conforme o caso, os próprios diretores ou os acionistas controladores, e, conseqüentemente, na própria apreciação da companhia como organização confiável ao aporte de investimentos. (...) A escolha de conselheiros que não apresentam qualquer vínculo com o centro de poder societário, seja ele caracterizado pela administração ou pelo acionista controlador, torna-se principalmente importante nas situações que envolvem conflitos de interesses entre a companhia e tal centro. Além disso, administradores independentes atuam como garantidores da transparência e da regularidade substancial e procedimental das decisões societárias.” CERZETTI, Sheila Christina Nedes. *Administradores independentes e independência dos administradores (regras societárias fundamentais*

Essa movimentação no sentido de profissionalizar o órgão administrativo foi um dos fatores que ensejou a alteração da LSA em 2011, pela Lei nº 12.431, que finalmente retirou a exigência de que o conselheiro fosse acionista. A mudança demonstra a evolução do perfil do conselho de administração no Brasil, descrita por Eizirik, afastando-se da anterior característica de a administração da companhia ser confiada somente aos sócios<sup>137</sup>. Na verdade, o que já ocorria na prática era a escolha do conselheiro por critérios relacionados com a capacidade e credibilidade do administrador, independentemente de ele ser acionista. Caso não fosse, era transferida a ele, normalmente, uma única ação da companhia, exclusivamente para fins de cumprimento daquele critério legal. Ou seja, a exigência já era apenas formal.

Apesar da tendência de independência do conselheiro, é preciso cautela com tal modelo que, como qualquer outro, deve ser analisado em concreto e não apenas em abstrato. Conforme afirmou Martin Lipton, advogado a quem se atribui a criação das *poison pills*, em texto publicado no blog da Universidade de Harvard de Governança Corporativa e Regulação Financeira, essa exigência de padrões muito rigorosos de independência dos conselheiros pode gerar perdas em outros aspectos importantes como experiência no setor e familiaridade com os negócios da companhia. Muitas vezes, segundo Lipton, o conselho tem pouca flexibilidade em função da exigência dessas “*melhores práticas*” de governança<sup>138</sup>.

Inclusive, pesquisas afirmam não existir nenhuma relação necessária entre a existência de conselheiros independentes e o sucesso da companhia. Há estudos que

---

ao estímulo do mercado de capitais brasileiro). In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 584-585.

<sup>137</sup> “O legislador pretendia, com essa exigência, que os conselheiros de administração tivessem uma ligação mais profunda e duradoura com a sociedade, do que resultaria, em tese, maior diligência no desempenho das atribuições próprias”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442.

<sup>138</sup> Original: “*Recruiting and retaining a balanced board of directors – with the right mix of industry and financial expertise, objectivity, diversity of perspectives and business backgrounds – continue to be key challenges for boards. Achieving this balance is complicated by a number of factors. First, the emphasis on ultra-stringent standards of independence often comes at the expense of industry expertise and familiarity with the company’s business, and boards today have limited flexibility under applicable stock exchange standards and governance activists’ ‘best practices’ to manage this tradeoff.*” LIPTON, Martin. *Some thoughts for Board of Directors in 2013*. Publicado no blog da Universidade de Harvard de Governança Corporativa e Regulação Financeira em 31.12.12. Acesso em 09.11.13. Disponível em <http://tcbblogs.org/governance/2012/12/17/some-thoughts-for-boards-of-directors-in-2013/>



concluem não estar suficientemente comprovado que a existência de conselheiros independentes contribui com desempenho da sociedade<sup>139</sup>.

#### 1.4 - O conflito de interesses entre os administradores e a companhia

Conforme conceituam Kraakman, Hansmann e Armour, conflito de agência<sup>140</sup> - no sentido mais geral do termo - surge sempre que o bem estar de uma parte, denominada “*principal*”, depende das ações de outra parte, denominada “*agente*”. O problema consiste em motivar o agente para agir de acordo com o interesse do principal e não em seu interesse próprio<sup>141</sup>.

Segundo os autores, praticamente todas as relações contratuais em que uma parte se compromete a realizar um desempenho em favor de outra possuem potencialmente um problema de agência. Uma grande agravante é que normalmente o “*agente*” é mais informado que o “*principal*” a respeito dos fatos relevantes para sua atuação, de maneira que nem sempre o “*principal*” consegue avaliar se aquela

---

<sup>139</sup> “Os Conselho de Administração das sociedades listadas americanas que têm uma maioria de conselheiros independentes se comportam de forma diferente, em vários aspectos, que as Conselhos sem essa maioria. Algumas dessas diferenças parecem aumentar o valor da sociedade, outros podem diminuir. No geral, dentro da faixa de composição hoje em grandes sociedades listadas, não há nenhuma evidência convincente de que Conselhos independentes tem relação com maior lucratividade da sociedade ou de crescimento mais rápido. Não há suporte empírico para as recomendações atuais de que as sociedades devem ter ‘maioria de conselheiros independentes’. Ao contrário, há alguma evidência de que as sociedades com a maioria dos conselheiros independentes são menos rentáveis do que outras.” (tradução livre da autora). Original: “Boards of directors of American public companies that have a majority of independent directors behave differently, in a number of ways, than boards without such a majority. Some of these differences appear to increase firm value; others may decrease firm value. Overall, within the range of board compositions present today in large public companies, there is no convincing evidence that greater board independence correlates with greater firm profitability or faster growth. In particular, there is no empirical support for current proposals that firms should have ‘supermajority-independent boards’ with only one or two inside directors. To the contrary, there is some evidence that firms with supermajority-independent boards are less profitable than other firms”. BHAGAT, Sanjai; BLACK, Bernard S., *The Uncertain Relationship Between Board Composition and Firm Performance*. Business Lawyer, vol. 54, 1999. Acesso em 09.11.13. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=11417>

<sup>140</sup> Não é preocupação deste trabalho a distinção que faz alguns autores entre os termos conflito de interesse e conflito de agência, tomados aqui como sinônimos.

<sup>141</sup> Original: “An ‘agency problem’ - in the most general sense of the term - arises whenever the welfare of one party, termed ‘the principal’, depends upon actions taken by another party, termed the ‘agent’. The problem lies in motivating the agent to act in the principal’s interest rather than simply in the agent’s own interest”. KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gérard; HOPT, Klaus J.; KANDA, Hideki; ROCK, Edward B. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 35.

conduta do “*agente*” é de fato a melhor. Consequentemente, surge um incentivo para que o “*agente*” se comporte de maneira oportunista<sup>142</sup>.

Essa é uma situação totalmente possível no âmbito do conselho de administração, tendo em vista a sua competência, que interfere tão diretamente no desenvolvimento da companhia. Os interesses dos sócios e o sucesso do empreendimento ficam, em certa medida, subordinados às atitudes dos gestores da companhia, que podem, eventualmente, utilizar de suas prerrogativas para agir em interesse próprio e não da própria companhia<sup>143</sup>.

Surge, assim, o problema do potencial conflito de agência entre os acionistas e os administradores, sendo os acionistas os “*principais*” e o administrador o “*agente*”, e o problema assenta-se em assegurar que os administradores manterão, na sua gestão, a busca pelo interesse dos acionistas e não seus próprios<sup>144</sup>.

Essa questão é um dos centros da governança corporativa, especialmente nos países em que há um mercado com grande dispersão acionária, sem existência de um acionista controlador, em que a tendência é o deslocamento do poder da companhia para os administradores.

Conforme esclarece Eduardo Secchi Munhoz<sup>145</sup>, a preocupação principal do direito societário norte americano são os problemas decorrentes do conflito de

---

<sup>142</sup> “*In particular, almost any contractual relationship, in which one party (the ‘agent’) promises performance to another (the ‘principal’), is potentially subject to an agency problem. The core of the difficulty is that, because the agent commonly has better information than does the principal about the relevant facts, the principal cannot easily assure himself that the agent’s performance is precisely what was promised. As a consequence, the agent has an incentive to act opportunistically, skimping on the quality of his performance, or even diverting to himself some of what was promised to the principal*”. KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gérard; HOPT, Klaus J.; KANDA, Hideki; ROCK, Edward B. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2009. p. 35.

<sup>143</sup> “*Administradores possuem interesses, desejos, aspirações e ambições pessoais. Em algumas circunstâncias, esses interesses e preocupações entrarão em conflito direto com os interesses ou o sucesso da companhia. Esse conflito potencial é a raiz do conflito de agência com os administradores*”. (tradução livre da autora) Original: “*Directors have personal interests, desires, aspirations and ambitions. In certain circumstances those personal interests and concerns may come directly into conflict with the interests or the success of the company. This potential for conflicts, is, of course, the root of the managerial agency problem*”. KERSHAW, David. *Company Law in Context – text and materials*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 431.

<sup>144</sup> Original: “*(...) the conflict between the firm’s owners and its hired managers. Here the owners are the principals and the managers are the agents. The problem lies in assuring that the managers are responsive to the owners’ interests rather than pursuing their own personal interests*”. KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gérard; HOPT, Klaus J.; KANDA, Hideki; ROCK, Edward B. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2009.

<sup>145</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro

interesse entre administradores e acionistas, exatamente pela diluição do capital das companhias norte-americanas. Por outro lado, no Brasil, o cuidado maior é com o conflito de interesses entre os acionistas majoritários e os minoritários<sup>146</sup>, tendo em vista que ainda no mercado brasileiro ainda prevalece o controle concentrado<sup>147</sup>. Por isso, inclusive, aponta Comparato, a legislação brasileira foi elaborada tendo como foco o acionista controlador<sup>148</sup>.

De qualquer forma, devido às competências do Conselho de Administração e ao cenário de absentismo dos acionistas, que acarreta menor fiscalização dos administradores, a questão tem importância também na realidade brasileira.

Spinelli, em estudo específico sobre o tema, afirma que em um sentido amplo, há sempre uma tensão de interesses entre administrador e companhia pela natureza da relação, que o autor define como fiduciária, de forma que o administrador deve sempre colocar em primeiro lugar os interesses da companhia<sup>149</sup>. Em sentido estrito,

---

de e ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). *Direito Societário – Desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 124.

<sup>146</sup> Sobre o cenário, parecer de Bulgarelli: “*Enquanto os majoritários, os controladores, se preocupam com a empresa e seu fortalecimento, via de regra os minoritários estão mais preocupados com seus interesses imediatos, traduzidos na ânsia do recebimento de dividendos e ações bonificadas (os rendeiros) e no conseqüente aumento da cotação dessas ações em Bolsa (os especuladores). Esse é o quadro em que, invariavelmente, está posta a sociedade anônima moderna, caracterizando a luta que se trava em seu seio íntimo, ora tonitruante e arruaceira, naquela despertando tensões apenas, nesta, por extravasar o âmbito doméstico, prejudicando a própria marcha da empresa. Os choques entre os diferentes interesses dos grupos de acionistas, tal seja a sua intensidade e repercussão, põem em risco a sobrevivência da empresa. (...) Daí a preocupação das leis societárias em regular e disciplinar minudentemente a reunião dos acionistas, dando-lhe um cunho orgânico, que vai desde a delimitação de sua competência até a forma como deve reunir-se e deliberar e as formalidades para que produza efeitos em relação a terceiros*”. BULGARELLI, Waldírio. *Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 154.

<sup>147</sup> É também o que apontam os dados trazidos por Toledo: “*Estamos no Brasil muito distantes do que acontece nos Estados Unidos, onde a dispersão acionária é um fenômeno recorrente. Aqui, conforme observou artigo publicado no jornal Valor Econômico, o caso “que mais se assemelha ao americano”, entre as raras hipóteses de capital pulverizado, é o das Lojas Renner, “já que o maior acionista possui apenas 5,6% das ações, mostrando a completa pulverização do capital. no caso da Perdigão, por exemplo, somente a Previ (o fundo de pensão dos funcionários do Banco do Brasil) tem 15% das ações da empresa. Além disso, ela formou um bloco de controle com outros fundos de pensão que, reunido, possui 55,38% do capital da empresa*”. TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *Poison pill: modismo ou solução?* In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). *Direito Societário – Desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 174-175.

<sup>148</sup> “*O controle extremamente concentrado é um dado histórico e determinante da realidade societária brasileira. Em face dessa realidade, o legislador brasileiro procurou ser realista. O sistema foi elaborado em torno da figura do acionista controlador, tratado como verdadeiro centro decisório da sociedade*”. FILHO, Calixto Salomão. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 169.

<sup>149</sup> “*Em uma acepção lata, há uma permanente tensão de interesses entre administrador e companhia, elo simples fato de existir a relação ente ambos os sujeitos: tendo em vista que um é fiduciário do outro, deve aquele sempre colocar em primeiro lugar os interesses do fiduciante (art. 154 da Lei nº 6.404/1976), já que a relação fiduciária impõe esta hierarquia de prioridades*”. SPINELLI, Luis Felipe. *O conflito de interesses na administração da sociedade anônima*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 135.

seria um conflito intersubjetivo que ocorre no momento da tomada de decisão pelo administrador em que está envolvido um interesse pessoal do administrador em contraposição com um interesse da sociedade<sup>150</sup>.

Segundo o autor, o conflito de interesse ocorre quando “*o gestor, de posse de informações do ente coletivo, utiliza de sua posição e, tendo interesse particular que influencia de modo determinante algum ato decisório (...), acaba por auferir vantagem (...) em detrimento da companhia*”<sup>151</sup>.

Ou seja, está configurado quando entra em conflito o interesse pessoal e o interesse social, sendo um sacrificado em prejuízo do outro.

A LSA traz a matéria no art. 156<sup>152-153</sup>, determinando que o administrador não pode intervir em operação quando seu interesse conflitar com o da sociedade, nem em deliberação a respeito, devendo declarar-se impedido de votar na respectiva reunião.

---

<sup>150</sup> “*Contudo, o que vem a ser conflito de interesse em sentido estrito na administração das companhias? É, para nós, um conflito de interesses intersubjetivo, abarcado pelo duty of loyalty, que ocorre quando da tomada de uma decisão de gestão, a qual é influenciada por ter o administrador interesse pessoal contraposto ao interesse da sociedade*”. SPINELLI, Luis Felipe. *O conflito de interesses na administração da sociedade anônima*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 137.

<sup>151</sup> SPINELLI, Luis Felipe. *O conflito de interesses na administração da sociedade anônima*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 137.

<sup>152</sup> “**Art. 156, LSA** - *É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse. § 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros. § 2º O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido*”.

<sup>153</sup> Uma grande discussão que se impõe a respeito desse dispositivo é o momento da verificação do conflito de interesses. A intenção do legislador foi impedir que o conselheiro votasse ou pode ele votar, devendo ser analisado o conteúdo de sua manifestação? Em outras palavras, o conflito de interesses é formal, verificado *a priori*, ou substancial, apurado *a posteriori*? A doutrina que defende a primeira corrente é minoritária. Segundo esta, a mera possibilidade de um interesse particular do administrador se sobrepor ao da companhia em determinada deliberação é suficiente para impedi-lo de participar dela. Prevalece, porém, o entendimento de que só se pode concluir pela existência do conflito quando, após o proferimento do voto, verificou-se que o interesse social foi prejudicado. Ainda, parte da doutrina ainda aponta uma solução intermediária, de temperamento das duas posições, como explica Fernanda Aviz Santos: “*Na busca por uma solução conciliatória entre a profusão de interesses existentes na sociedade anônima, a opção deve ser por uma alternativa média, nem só voltada para uma solução formalista pura, nem apenas para uma solução casuística radical. A regra do conflito de interesses deve ser vista não apenas como uma regra estática, isolada dentro do sistema*”. Conclui a autora: “*(...) a regra do conflito de interesses não pode ser lida apenas sob seu aspecto formal, sob pena de virar letra morta, uma vez que, nesse caso, não terá o condão de abranger inúmeras situações de conflito de interesses, deixando de proteger, muitas vezes, o interesse da própria sociedade. A melhor interpretação da regra positivada no art. 156 da Lei nº 6.404/1976 é aquela que estabelece proibição cautelar de voto nos casos em que há forte e evidente perigo de comportamento incorreto e que permite o voto mas analisa a posteriori seu conteúdo, se o receio de violação pelo administrador de seus deveres fiduciários não é manifesto desde logo. Assim, em uma e em outra situação, se houver deliberação com a participação do administrador interessado, seu conteúdo somente será passível de*

Apenas pode contratar com a companhia, segundo o §1º, se o fizer em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às de mercado, conforme faria com terceiros. Caso contrário, determina o §2º que o negócio é anulável e o administrador deve devolver as vantagens que indevidamente auferiu.

Vê-se, dessa maneira, que no âmbito das deliberações do conselho de administração, o problema pode surgir no momento do voto. O dispositivo menciona apenas *operação social*, expressão que não é conceituada, mas que deve ser interpretada no seu sentido mais amplo, como qualquer atividade vinculada à companhia. Não se trata, assim, apenas de contratos e reorganizações societárias, por exemplo, mas de todas as deliberações do órgão<sup>154</sup>. Dessa maneira, o conflito poderia se configurar, por exemplo, no caso de um conselheiro que votaria pela destituição ou não de um diretor da companhia que seja seu parente.

### 1.5 - As deliberações do conselho de administração

Como visto, o conselho de administração não tem competência representativa, mas apenas deliberativa, diferentemente da diretoria<sup>155-156</sup>. Conforme a LSA, essas deliberações são colegiadas, devendo ser tomadas em reuniões, após discussão e coleta de votos<sup>157</sup>.

---

*anulação se houver concreto e efetivo dano à companhia, pois isso decorre da lógica da preservação do ato não-lesivo. Nesse caso, ainda, o comando do §2º do art. 156 da Lei nº 6.404/1976 determina que o administrador transfira para a sociedade as vantagens que tiver auferido do negócio contratado em conflito de interesses". SANTOS, Fernanda Aviz. Sociedade Anônima: uma análise sobre a natureza do conflito de interesses dos membros do conselho de administração. Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. Nova Série, ano XLVI, nº 148, out-dez, 2007, p. 94-97.*

Nos tribunais e na CVM há julgados nas duas linhas, embora atualmente prevaleça a tese do conflito substancial. Nesse sentido: REsp 131.3000/RS; CVM/RJ-2002/1.153.

<sup>154</sup> Nesse sentido, afirma Luiz Antônio de Sampaio Campos, que o "*conceito de operação é amplo e engloba qualquer ato ou fato que envolva a companhia e o administrador*". CAMPOS, Luiz Antônio de Sampaio. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1160.

<sup>155</sup> "*Art. 138, LSA - (...) § 1º - O conselho de administração é órgão de deliberação colegiada, sendo a representação da companhia privativa dos diretores*".

<sup>156</sup> "*Na ausência de Conselho de Administração (art. 138), caberá à diretoria a dupla função de representar a companhia e ao mesmo tempo ser órgão deliberativo*". CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

<sup>157</sup> "*O processo decisório deliberativo compõe-se dos seguintes elementos: convocação, instalação, discussão e votação majoritária ou em bloco (art. 118) dos membros presentes. Daí ser colegiada ou coletiva a respectiva decisão*". CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

A lei não exige expressamente a existência de reuniões, mas essa conclusão é fruto da interpretação de artigos esparsos<sup>158</sup>. Além disso, pelo fato de as deliberações serem colegiadas, é consequência lógica que devem ser tomadas mediante discussões dos membros, o que ocorre por meio de reuniões<sup>159</sup>. Como afirma Menezes Cordeiro a respeito das assembleias gerais, órgão também deliberativo colegiado, é nas reuniões em que surgirão as propostas relativas à ordem do dia, sobre as quais os sócios se manifestarão, normalmente após um debate e pedidos de informação<sup>160</sup>.

Dessa maneira, os conselheiros não possuem, individualmente, fora das reuniões, competência para manifestar a vontade do órgão.

Cada deliberação, apesar de tomada por todos os membros em conjunto, constitui manifestação de vontade *una* do órgão<sup>161</sup>. Com base na teoria organicista, é pacífico o entendimento que tais deliberações não são atribuídas individualmente aos administradores, pois representam o próprio órgão e, conseqüentemente, a vontade da companhia<sup>162</sup>.

Segundo Menezes Cordeiro, a “*deliberação é uma proposição imputada à decisão de um conjunto de pessoas singulares ou seres humanos*”, ou a decisão de um órgão sobre uma proposta. Conforme o autor, cada membro tem um voto, por meio do qual pode recusar ou aceitar determinada proposta em pauta. Ao final, cada uma

<sup>158</sup> Exemplo: “**Art. 100, LSA - A companhia deve ter, além dos livros obrigatórios para qualquer comerciante, os seguintes, revestidos das mesmas formalidades legais: (...) VI - os livros de Atas das Reuniões do Conselho de Administração, se houver, e de Atas das Reuniões de Diretoria**”. (grifou-se)

<sup>159</sup> “A exigência legal de reunião para a formação da vontade do órgão visa a evitar que ela se origine apenas da compilação de votos, fazendo-a preceder da exposição dos diferentes argumentos, opiniões e discussões”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104. Ainda nesse sentido: “*Deliberação é modo de decidir, ou seja, processo em que a formação e manifestação da vontade de um órgão necessariamente se dá mediante a reunião presencial ou virtual (videoconferência) de seus membros regularmente convocados e com um quorum mínimo de instalação, decidindo o órgão por votação majoritária dos presentes, que livremente manifestam e trocam, para tanto, suas opiniões individuais*”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57. (grifou-se)

<sup>160</sup> “Na reunião em causa terão de surgir propostas, as quais cairão na matéria da ordem do dia: apenas sobre propostas se poderá formar a aquiescência ou a rejeição dos sócios. Havendo propostas, é normal abrir-se um debate. Aliás, esse é o momento por vezes indicado para pedidos de informação (artigo 290º). Todavia, o debate poderá ser dispensado”. CORDEIRO, António Menezes. *SA: Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 160.

<sup>161</sup> “É, portanto, por meio da reunião que o Conselho de Administração exprime eficazmente a sua vontade. Essa vontade é una, embora resulte do concurso de diversas vontades manifestadas por seus membros mediante o voto. A deliberação colegialmente aferida e declarada constitui manifestação unilateral de vontade do órgão”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 104.

<sup>162</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 261.

dessas vontades humanas individuais formarão uma única decisão que será imputada ao órgão<sup>163</sup>.

Esse caráter coletivo das decisões, segundo a doutrina<sup>164</sup>, destina-se a proteger os acionistas, vez que o conselho de administração absorve parte dos poderes da assembleia. Esse modo plural de decisão confere maior segurança às decisões, pois são fruto de discussões, apresentação de argumentos diversos, confrontados por diversas pessoas, e não pela discricionariedade de apenas uma. Segundo Eizirik, as prerrogativas do órgão conferem seu perfil de órgão de deliberação colegiada, vez que aquelas são incompatíveis com a atuação individual<sup>165</sup>.

De maneira semelhante à assembleia geral<sup>166</sup>, de acordo com o princípio majoritário<sup>167</sup>, a decisão final, em regra, independe da opinião individual e da

---

<sup>163</sup> “A deliberação é uma proposição imputada à decisão de um conjunto de pessoas singulares ou seres humanos. (...) Perante esta [Ciência do Direito], a deliberação é, simplesmente, a decisão de um órgão colectivo, sobre uma proposta. Para efeitos de deliberação, cada participante neste órgão tem um (ou mais) votos. O voto será, tecnicamente, a recusa ou a aceitação de uma proposta de deliberação. A própria deliberação surge assimilada a uma manifestação de vontade colectiva. Há que estar prevenido quanto a metadiscursos. A vontade é, em si, um fenómeno psicológico puramente humano e individual. Uma colectividade não tem ‘vontade’: apenas esquemas que permitam imputar-lhe uma proposição a qual, na origem, deverá ter vontades humanas. A transposição dessas vontades para a pretensa ‘vontade’ colectiva é sempre obra de esquemas abstractos e, para o caso, de normas jurídicas: estas transpõem decisões humanas para o modo colectivo”. CORDEIRO, António Menezes. SA: Assembleia Geral e deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2009, p. 149-150.

<sup>164</sup> “O caráter coletivo das decisões do conselho de administração decorre da necessidade de proteção aos acionistas, uma vez que o órgão absorve grande parcela dos poderes da assembleia geral”. EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 267.

No mesmo sentido: “(...) as decisões necessariamente coletivas do Conselho de Administração têm por fundamento a proteção dos acionistas, já que estes perdem grande parte dos poderes que tinham na assembleia geral para o Conselho. Tendo este assumido inúmeros poderes que deveriam caber ao colégio de acionistas, as suas deliberações devem seguir o mesmo sistema adotado para a assembleia geral, ou seja, decisões tomadas em reunião, por maioria, resultantes do confronto de opiniões”. CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140.

<sup>165</sup> “O elenco de competências atribuídas ao conselho de administração justifica a sua caracterização como órgão de deliberação colegiada; a natureza dos temas sobre os quais deve decidir - fixar a orientação dos negócios gerais da companhia, aprovar as contas, eleger e destituir diretores - é compatível com ato decisório coletivo, não com a atuação individual”. EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 289.

<sup>166</sup> “Art. 129, LSA - As deliberações da assembleia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco”.

<sup>167</sup> “O interesse coletivo ou comum dos sócios deve prevalecer sobre os seus interesses individuais, ainda que eles representem a maioria. O prevalecimento dos interesses egoísticos majoritários encontra seu antídoto nas figuras do abuso e desvio de poder dos controladores (art. 117). E a conturbação da assembleia geral pelos minoritários será cominada como abuso de direito (art. 115). A minoria está, portanto, submetida à decisão tomada pelos controladores, enquanto estes exercem sua vontade no interesse social. Essa submissão não representa um princípio absoluto e indiscutível, mas, sim, relativo e anulável, na medida em que não pode o voto dos controladores prevalecer contrariamente ao interesse social, mediante abuso e desvio de poder (art. 117). A ideia de um poder majoritário na assembleia geral não implica um poder arbitrário, fora de qualquer limite, verificação e fiscalização. É simplesmente o poder de dirimir conflitos de opiniões, conforme o interesse coletivo e

discordância de um ou outro membro. Será aquela tomada por maioria, mesmo que ausentes alguns conselheiros<sup>168</sup> e todos eles se subordinarão a ela.

---

*social. Assim, o poder deve, em princípio, ser acatado. Porém, a não-conformidade dessa decisão com o interesse coletivo e social pode ser aguida. É por isso que a intervenção da minoria no conclave, em vez de representar contestação ao princípio majoritário, completa-o e o legitima. E a verificação dessa legitimidade visa a impedir que a maioria faça uso indevido de seu poder. Nesse passo, a proteção da minoria leva à defesa da própria sociedade". CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 2º vol.: artigos 75 a 137. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 513.*

<sup>168</sup> *"O Conselho de Administração, enquanto órgão, é distinto de seus membros. Suas deliberações são eficazes, independentemente da opinião de cada um deles. Delibera o Conselho de Administração eficazmente, mesmo com a ausência de alguns de seus titulares, desde que observado o quorum mínimo de instalação de suas reuniões". CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106.*

No mesmo sentido: *"(...) a deliberação do órgão colegial vincula a todos os seus membros, ainda que dissidentes ou ausentes". EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 267.*



## **CAPÍTULO 2 - AS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS ACERCA DA APLICAÇÃO DA TEORIA GERAL DO FATO JURÍDICO AOS ATOS SOCIETÁRIOS**

Vistos os aspectos gerais do conselho de administração, neste capítulo será analisado o regime jurídico aplicável aos vícios de suas deliberações.

A primeira questão que se coloca é se aplica-se o regime comum do direito civil ou a chamada teoria especial das invalidades do direito societário, construída ao longo de anos por autores dessa matéria, especialmente no estudo dos vícios das deliberações assembleares. Para tanto, é preciso, em primeiro lugar, visualizar sua elaboração.

Ao longo das modificações da legislação comercial brasileira, especialmente a partir do Decreto 434, de 1891, discutiu-se a necessidade de uma teoria especial de invalidades para o direito societário, apartada do direito civil. A partir do estudo e da aplicação prática das disposições legais vigentes em cada época, a doutrina comercialista pretendeu identificar características do que seria um sistema próprio das invalidades.

### **2.1 – As críticas ao Decreto 434/1891 e a exigência de uma teoria especial**

Ainda na vigência do Decreto 434/1891, destacou-se a doutrina de Carvalho de Mendonça, que já apontava os problemas do sistema de invalidade do direito civil do ordenamento jurídico nacional e chamava atenção para o perigo de aplicar-se, no âmbito societário, as regras vigentes, como então eram tratadas, sem adaptações.

Ao abordar os vícios de constituição da companhia<sup>169</sup>, contidos nas assembleias de constituição e nos demais atos constitutivos, o Decreto 434/1891 previa apenas hipóteses de nulidade:

- i. Nulidade da companhia que fosse constituída sem escritura pública que contenha as formalidades e declarações legais ou

---

<sup>169</sup> A atenção às invalidades dos atos constitutivos da companhia é justificada por Valladão: “(...)  *muito embora constituam o centro das atenções do presente estudo as assembleias gerais realizadas durante a vida da companhia, é justamente nas assembleias de constituição desta (mais precisamente, nos atos constitutivos, em geral, que podem ou não se perfazer por meio de assembleia) que os problemas das nulidades veio a se revelar particularmente agudo e passou a ser objeto de preocupação dos juristas. As soluções imaginadas para as nulidades ocorridas na constituição da sociedade anônima se irradiam (na parte compatível, obviamente) àquelas verificadas nas assembleias ocorridas no curso da sociedade*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidade das Deliberações de Assembleia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 12.

por deliberação da assembleia geral sem cumprimento do n° 2 do § 1° do art. 3° do Decreto n° 164 de 1890;<sup>170</sup>

- ii. Nulidade da companhia cujo capital fosse integralizado por bens, coisas ou direitos sem determinação por três peritos e aprovação da assembleia geral<sup>171</sup>;

Carvalho de Mendonça enumerou detalhadamente todas as hipóteses trazidas pelo Decreto: nulidade da S/A que se constituir: (i) mediante instrumento particular; (ii) mediante escritura pública que não contiver formalidades essenciais como o mínimo de 7 sócios e subscrição de todo o capital; (iii) mediante deliberação assemblear que não cumpra determinados requisitos legais; (iv) sem que o capital social seja devidamente avaliado por peritos e aprovado pela assembleia geral; e (v) sem o adequado nome empresarial<sup>172</sup>.

Tais nulidades referiam-se à inobservância das prescrições legais relativas à constituição das companhias<sup>173</sup>, pelas quais eram responsáveis os fundadores<sup>174</sup>.

<sup>170</sup> “**Art. 82, Decreto n° 164 de 1890**- E’ nulla de pleno direito a sociedade anonyma, que se constituir sem escriptura publica, com as formalidades e declarações legaes, ou por deliberação da assembléa geral, na qual não se haja cumprido o disposto no n° 2 do § 1° do art. 3° do Decr. n. 164 de 1890”.

<sup>171</sup> “**Art. 83, Decreto n° 164 de 1890** - E’ igualmente nulla de pleno direito a sociedade anonyma, na qual se admittirem, á conta de capital, bens, causas ou direitos, sem o serem por valor determinado por tres louvados, e aprovado pela assembléa geral, nos termos do § 2° do art. 3° do Decr. n. 164 de 17 de janeiro de 1890, e aquella que se constituir sem a subscrição de todo o capital e deposito da decima parte do valor do mesmo”.

<sup>172</sup> “É nula a sociedade anônima que se constituir: 1°. Mediante instrumento ou escrito particular. 2°. Mediante escritura pública, que não contiver, além das formalidades e declarações que em rigor deve existir no instrumento dessa natureza, as seguintes: a) o concurso, pelo menos, de sete sócios; b) a subscrição de todo o capital; c) as cláusulas ou estatutos pelos quais se há de reger a sociedade; d) a transcrição do conhecimento da décima parte do capital; e) a declaração da vontade de os sócios formarem a sociedade; f) assinatura de todos os sócios. 3°. Mediante deliberação da assembléa geral, sem as formalidades seguintes: a) o concurso, pelo menos, de sete sócios; b) a subscrição de todo o capital; c) a presença de quorum legal (...); d) a apresentação e leitura dos estatutos, assinados por todos os subscritores; e) a exibição do documento probatório do depósito da décima parte do capital; f) a assinatura da ata por todos os sócios presentes. 4°. Sem que o valor dos bens, cousas ou direitos, com que entram os acionistas à conta de capital, seja determinado por três louvados e aprovado pela assembléa geral (...). 5°. Com firma social ou razão ou fórmula que a imite (...).” CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, livro II, parte III, p. 367-371.

<sup>173</sup> Carvalho de Mendonça sintetiza as condições fundamentais do contrato de sociedade, separando-as entre (i) condições comuns a todos os contratos (capacidade das partes; objeto lícito; e livre manifestação de vontade) e (ii) condições específicas (cooperação ativa dos sócios para conseguirem o fim comum; formação do capital social; e participação dos sócios nos lucros e perdas). Enumerou como formalidades do contrato de sociedade (i) a constituição por escritura pública ou particular, caso não vedado por lei; e (ii) inscrição no registro do comércio e publicação do ato constitutivo. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, livro II, parte III, p. 19-21 e 120.

<sup>174</sup> “**Art. 89, Decreto n° 164 de 1890** - São os fundadores solidariamente responsaveis aos interessados por perdas e danos resultantes da inobservancia das prescrições legaes, relativas ás condições e

Conforme reconhecido pela jurisprudência majoritária da época<sup>175</sup>, na falta de uma previsão especial, aplicava-se as regras gerais do direito civil. O autor descreveu todas as nulidades como de pleno direito e absolutas. Visavam a proteger não apenas sócios e terceiros contra os atos dos fundadores, mas também a salvaguardar o crédito público, dada a emissão e circulação de títulos pela sociedade viciada, motivo pelo qual as nulidades eram de ordem pública. Acrescentou que os vícios não podiam ser ratificados ou sanados de nenhuma maneira pelos interessados ou pelo juiz e qualquer pessoa poderia arguir sua declaração<sup>176</sup>.

Um dos apontados problemas da legislação era a predominância de nulidades. Carvalho de Mendonça defendia que as nulidades de constituição das companhias deveriam ser restringidas aos casos estritamente necessários, devido à inadequação dos então princípios gerais das invalidades, do direito civil, ao direito societário. Ainda, segundo ele, não se justificava um sistema de nulidades tão severo diante da existência do Registro do Comércio, responsável pela análise dos vícios contidos nos atos constitutivos da sociedade, bem como diante da possibilidade de responsabilizar civil e penalmente aqueles que descumprirem as normas<sup>177</sup>.

Ao sugerir regras mais adequadas, afirmou que a ação para declaração de nulidade da companhia deveria prescrever no ano de sua constituição e que era

---

*constituição das companhias”.*

<sup>175</sup> Afirmou Carvalho de Mendonça que a jurisprudência era unânime em ratificar tais princípios do direito civil, mas cita decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo em sentido diverso. Na sentença, proferida nos autos de uma ação de anulação de sociedade pelo fato de nem todos os subscritores terem assinado os estatutos, decidiu-se que a nulidade de pleno direito não podia ser alegada em juízo pelos acionistas presentes às assembleias que aprovassem os atos e operações contrárias à lei e aos estatutos. O Supremo Tribunal Federal, em 29.10.1909, confirmou a decisão, sob o argumento de que “*o recorrente na qualidade de acionista, comparecendo às assembleias gerais da sociedade intervindo nas suas deliberações, e influenciando, portanto, nestas, explícita e implicitamente, para a existência legal da sociedade, e recebendo dividendos, ficou tolhido no direito de ação*”. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, livro II, parte III, p. 371.

<sup>176</sup> “*Tôdas essas nulidades são de pleno direito e absolutas. São de ordem pública, porque visam não sòmente proteger os sócios e terceiros contra os atos dos fundadores, como ainda salvaguardar o crédito público, fâcilmente expòsto a perigo pela emissão e circulação de títulos de sociedades viciadas. Não podem ser ratificadas, expressas ou tácitamente, nem sanadas pelos interessados, nem relevadas pelo juiz. Qualquer pessoa a quem interessar a sua declaração a pode arguir ou propor independentemente da prova de prejuízo. A forma que a lei exige para qualquer ato presume-se não observada e preenchida se do mesmo ato não consta ter sido observada, ainda que por outro isso se prove*”. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, livro II, parte III, p. 371-372.

<sup>177</sup> “*Para quê esse rigor se temos instituído o registro do comércio, no qual as sociedades depositam seus documentos legais para poderem funcionar? Porque não se dá aos encarregados dêste registro o direito de verificar a legalidade dos documentos fundamentais da organização da sociedade, isto é, se o ato constitutivo está conforme a lei e se as condições exigidas para a existência da sociedade foram cumpridas? Porque a lei não se limita a estabelecer sérias responsabilidades civis e penais contra os fundadores que a infringirem?*” CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, livro II, parte III, p. 373-374.

necessária a possibilidade de ratificação pela assembleia geral. Na ação judicial, seria pleiteada a declaração de nulidade da constituição da companhia e sua consequente liquidação, pedido que poderia ser cumulado com a responsabilidade dos fundadores por eventuais perdas e danos, nos termos do art. 89<sup>178</sup>. Por fim, acrescentou que, caso a companhia não fosse declarada nula, os fundadores responderiam direta e solidariamente pelos prejuízos causados pelos atos viciados<sup>179</sup>.

A situação clássica, ainda comumente apresentada para ilustrar o problema da aplicação das normas então vigentes às constituições da companhia, era a hipótese de uma sociedade que desde sua origem tenha certo vício que acarretaria sua nulidade. Aplicada a regra clássica do direito civil de que os atos nulos não geram efeitos e seus defeitos não podem ser extintos, a companhia deveria ser, por consequência, dissolvida e tratada como se nunca houvesse existido. Tal situação trazia, e ainda traz, dois problemas imediatos.

Primeiro, sendo impossível extinguir o vício causador de nulidade, não poderia a sociedade continuar a existir, o que contraria o princípio da preservação da empresa e sua função social<sup>180</sup>. Por isso, almejavam os autores um sistema que possibilitasse a correção em vez da extinção.

Mas não era apenas pelo interesse da sociedade que se buscava a manutenção de sua constituição. O segundo problema apontado eram os diversos prejuízos e inseguranças causados não só aos sócios e administradores, mas a todos que de alguma forma se relacionaram com a sociedade, seja por meio de relações de trabalho, celebração de contratos ou, em âmbito público, o recolhimento de tributos. No momento da formação dessas relações, não se imaginava a posterior invalidação de todos os atos praticados por uma sociedade que existiu e apresentou-se como capaz de contrair direitos e obrigações<sup>181</sup>, especialmente por acreditarem na veracidade e validade daqueles documentos arquivados no Registro de Comércio.

---

<sup>178</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, livro II, parte III, p. 376.

<sup>179</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, livro II, parte III, p. 374.

<sup>180</sup> Miranda Valverde, em momento posterior, justificava, nessa linha, a necessidade de um regime especial pelo interesse na continuidade das empresas. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 104.

<sup>181</sup> Carvalho de Mendonça ainda critica o sistema sob o argumento de que, buscando evitar a fraude, acabou por provoca-la, prejudicando mais os inocentes do que os culpados: “A sociedade exerce a sua atividade e explora o seu objeto por longos anos. Celebra contratos que tiveram execução, cria relações jurídicas; de repente se vê ameaçada pela ação de nulidade. Anima-se o apetite dos

Além de prejudicial, trata-se realmente, antes de tudo, de situação de impossível concretização. Carvalho de Mendonça, ao observar que a lei não previa o modo como se executaria a sentença declaratória da nulidade da companhia, afirmava que a solução seria mais tranquila no caso de a sociedade nunca ter funcionado. Sem credores ou qualquer outro terceiro que se relacionou com ela, é como se realmente nunca tivesse existido.

No caso de já ter funcionado, porém, questiona como seria viável considerar que a sociedade nunca existiu e se manifestou, diante de todas as relações que produziu, como: realizou contratos, operações, empréstimos, tornando-se titular de direitos e obrigações, créditos e débitos; possuiu escritórios, armazéns e livros; os sócios fizeram aporte de bens que aparentemente se tornaram de propriedade da sociedade; pagou impostos; figurou em juízo. Dificilmente seria possível “*passar a esponja sobre isso*” e apagar todos os vestígios dessas relações jurídicas<sup>182</sup>.

No mesmo sentido, questiona Valverde, ao comentar o Decreto-Lei nº 2.627/40, que uma companhia aparentemente regular realiza diversas relações jurídicas que não podem ser canceladas. Aquela consequência da nulidade, descrita por Carvalho de Mendonça, de retorno ao *status quo ante* não poderia ser rigorosamente aplicada para as companhias<sup>183</sup>.

---

*desonestos; dá-se foros de cidade à profissão de demandista. O portador de uma ação que seja, sem ter sofrido prejuízo direto, desacredita a mais forte sociedade com a demanda perversa, baseada, não raro, em futilidades, como esta: ‘eu não assinei os estatutos, não obstante ter participado da assembléia constituinte, que os aprovou, ter recebido dividendo e vendido com ágio as ações que subscrevi. Comprei-as de novo na baixa e pretendo anular a sociedade!’ A lei, procurando vedar a fraude, contradiz-se, açulando-a e ferindo mais duramente os inocentes do que os culpados. A nulidade resolve-se na dissolução da sociedade e responsabilidade dos fundadores. Todos os atos praticados pela sociedade não deveriam ter, em rigor, existência jurídica, porque foram praticados por quem não existia; torcem-se, porém, tôdas as consequências, emprestando-se vida ao nada, contraponto o fato ao direito!” CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, livro II, parte III, p. 373.*

<sup>182</sup> “*Se, porém, a sociedade funcionou, existiu de fato, apresentou-se sob um nome em suas circulares, em seus contratos e operações e em sua correspondência; teve escritórios, armazéns e livros; os sócios fizeram entradas que se tornaram propriedade aparente da sociedade; negociou; tornou-se titular de direitos e obrigações, credora e devedora; pagou impostos; contraiu empréstimos por obrigações ao portador; promoveu processos judiciais; figurou em juízo da qualidade de ré. Como passar a esponja sobre tudo isso? Como considerar que nunca existiu o que realmente se passou, deixando profundos vestígios e criando relações jurídicas de suma importância em largo círculo de terceiros?” CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, livro II, parte III, p. 380.*

<sup>183</sup> “*(...) ainda quando nula fôsse uma companhia ou sociedade anônima, dificilmente poderiam apagar os efeitos resultantes da sua atuação no mundo dos negócios. A pessoa jurídica não revelou a terceiro o vício ou defeito que, contaminando-a desde sua criação, preparava a sua extinção. Contratou, concluiu e executou uma série de negócios, cujos efeitos já se fizeram sentir ou perduraram e não podem ser sumariamente cancelados. A regra de que, declarada ou decretada a nulidade de um ato jurídico, se restituirão as partes ao estado em que dêle se achavam, não podem, nas sociedades*

É realmente impraticável negar a ocorrência de todos os atos jurídicos em que se envolve uma sociedade, executados ou em execução, bem como os efeitos que, de fato, produziram perante as partes e, não raro, frente a terceiros.

A exemplo dos vícios de constituição, o Decreto imputava às deliberações assembleares somente a sanção de nulidade: (i) nulidade da deliberação sobre operação social da qual participasse o administrador em conflito de interesses com a companhia<sup>184</sup>; (ii) nulidade da deliberação que aprova as contas e o balanço social, caso não precedida do relatório do Conselho Fiscal<sup>185</sup>; e (iii) nulidade da deliberação tomada em assembleia gerais ordinárias compostas por menos de três sócios capazes de constituí-las, além dos diretores e conselheiros fiscais<sup>186</sup>.

Da mesma forma, aplicavam-se para as nulidades das deliberações as regras rígidas do direito civil e, mais uma vez, a necessidade de uma teoria própria era defendida, especialmente para conferir segurança jurídica às companhias e àqueles com quem elas se envolvem. Afinal, como se observou, as companhias, a todo o momento, relacionam-se com diversos agentes e, internamente, tomam decisões que muitas vezes atingem, direta ou indiretamente, interesses de terceiros.

Por consequência, seus atos precisam revestir-se de grande estabilidade, o que, segundo Carvalho de Mendonça e Trajano de Miranda Valverde, como visto, nem sempre era possível diante das normas então vigentes.

Carvalho de Mendonça ainda criticou o sistema de oposição às deliberações assembleares. Afirmou que a lei “*premia*” a abstenção dos acionistas ao permitir que os ausentes pudessem questionar as deliberações tomadas em assembleia geral<sup>187</sup>.

*anônimas havidas por nulas, ser estritamente obedecida, nem tem aplicação instantânea, pois que, para retrogradar ao statu quo ante, se terá que proceder à liquidação da sociedade, que subsiste, assim, apesar de declarada ou decretada a sua nulidade*”. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 96.

<sup>184</sup> “**Art. 112, Decreto nº 164 de 1890** - O administrador, que tiver interesse oposto ao da companhia em qualquer operação social, não poderá tomar parte na deliberação a este respeito, e será obrigado a fazer o necessário aviso aos outros administradores, devendo disso lavrar-se declaração na acta das sessões. (...) § 2º Si o administrador deixar de dar aviso, responderá pelas perdas e danos, e além da perda criminal em que incorrer, a deliberação será nulla”.

<sup>185</sup> “**Art. 123, Decreto nº 164 de 1890** - A deliberação da assembleia geral, approvando as contas e o balanço, será nulla, si não for precedida do relatório dos fiscais”.

<sup>186</sup> “**Art. 144, Decreto nº 164 de 1890** - As assembleias geraes ordinarias não podem funcionar com menos de tres socios capazes de constituil-as, afora os directores e fiscaes; pena de nullidade das deliberações adoptadas”.

<sup>187</sup> “*Defeituosíssimo é o sistema legal, quanto à oposição aos atos e deliberações das assembleias gerais no mais grave, qual o da violação da lei e dos estatutos. Começa por premiar a abstenção. Por que o acionista deixou à revelia os seus interesses? Por que não compareceu à reunião para criticar a medida, discuti-la e provar aos demais acionistas que ela infringia a lei e os estatutos? O nosso*

Por fim, sugeriu que os prazos para proposição das ações de impugnação das deliberações deveriam ser diminuídos, com o objetivo de conferir-se maior estabilidade às decisões da assembleia geral.

## 2.2 - A tentativa de mudança com o Decreto-Lei n° 2.627/40

Valverde, autor do anteprojeto que originou o Decreto-Lei n° 2.627/40, seguindo as lições de Carvalho de Mendonça, procurou modificar o regime em que prevaleciam as nulidades, alterando substancialmente as regras então vigentes. Uma das alterações foi a diminuição dos prazos de prescrição e decadência, tendência já notada em alguns ordenamentos estrangeiros, conforme se demonstrará.

Valverde buscou criar um “*regime exclusivamente de anulabilidade dos atos societários*”<sup>188</sup>. Não havia no Decreto-Lei nenhum dispositivo que previsse expressamente a nulidade de deliberações ou constituição da companhia. As hipóteses de impugnação eram as seguintes: (i) anulabilidade de constituição da companhia no caso de vícios ou defeitos nos atos da constituição, havendo possibilidade de correção daqueles pela assembleia geral<sup>189</sup>. Se a constituição fosse anulada por decisão definitiva e irrecorrível, a sociedade entraria em liquidação judicial<sup>190</sup>; (ii) anulabilidade de deliberações de assembleia geral caso (a) irregularmente convocadas ou instaladas; (b) violadoras da lei ou do estatuto social; ou (c) eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação<sup>191</sup>.

---

*sistema confere posição privilegiada aos que se abstêm, assegurando-lhes vantagens se o resultado for bom, e abrindo-lhes as portas dos tribunais se o negócio se tornar mau. Não há sociedade que possa resistir a esses inconvenientes*”. CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. IV, livro II, parte III, p. 37.

<sup>188</sup> NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez de deliberações conexas de companhia*. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 260.

<sup>189</sup> “**Art. 155, Decreto-Lei n° 2.627/40** - 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 assembleia geral extraordinária, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito”.

<sup>190</sup> “**Art. 138, Decreto-Lei n° 2.627/40** - A sociedade entrará em liquidação judicial: **a)** quando, por decisão definitiva e irrecorrível, for anulada a sua constituição”.

<sup>191</sup> “**Art. 156, Decreto-Lei n° 2.627/40** - Prescreve em três anos a ação para anular as deliberações tomadas em assembleia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, ou violadoras da lei ou dos estatutos, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação”.

Segundo Valverde <sup>192</sup>, o Decreto-Lei “*não admite a possibilidade de sociedades anônimas nulas ou inexistentes*”, apenas anuláveis, repelindo o regime comum das nulidades, “*de difícil, senão impossível, aplicação às pessoas jurídicas*”.

Outra importante mudança feita pelo Decreto-Lei foi a permissão expressa de que a companhia pudesse sanar os vícios ou defeitos de sua constituição, ainda que já estivesse proposta ação pleiteando sua anulação.

Waldemar Ferreira elogiou a diminuição das hipóteses de nulidade de constituição da companhia e a possibilidade de correção dos vícios como importante ferramenta para a continuidade da atividade empresária. Segundo ele, pode a sociedade “*com vícios e irregularidades fundamentais constituída, ter adquirido tal vitalidade e pujança, que melhor se antolhe conservá-la, saneando-a, do que destruí-la. Preocupou-se a lei, por isso mesmo, em afastar os casos de sua nulidade, proporcionando-lhe convalescimento*”<sup>193</sup>.

Essa interpretação de Valverde acerca da existência exclusiva de hipóteses de anulabilidade, bem como da ampla possibilidade de sanção de vícios ou defeitos dos atos societários, porém, foi criticada.

Ascarelli discutiu se o art. 156, do Decreto-Lei, ao dispor sobre as hipóteses de anulabilidade, estaria ali reduzindo todos os possíveis vícios de deliberações, ou se também haveria as deliberações nulas, às quais não se aplicaria o prazo de 3 anos do dispositivo. Conclui que, embora a lei não previsse, eram certamente possíveis hipóteses de nulidade. No caso das deliberações assembleares, segundo ele, seriam nulas as deliberações que violassem normas de ordem pública, relacionadas a direito de terceiros, bem como aquelas contrastantes com direitos inderrogáveis e irrenunciáveis dos acionistas, vícios que poderiam ser invocados por qualquer interessado<sup>194</sup>.

No mesmo sentido, Pontes de Miranda afirmou que a intenção de transformar todos os casos de nulidade em anulabilidade contraria diretamente o sistema jurídico. Segundo ele, essas duas espécies de invalidade são irredutíveis<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 94.

<sup>193</sup> FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Sociedades Mercantis*, vol. 4. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda, 1958, p. 1.086

<sup>194</sup> ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 555.

<sup>195</sup> “*Os legisladores, em vez de cuidarem da enumeração das causas de nulidade e das causas de anulabilidade do ato constitutivo e dos atos dos órgão da sociedade por ações, quiseram **reduzir a***



Para o autor, além de atos nulos, eram perfeitamente possíveis os atos inexistentes (por exemplo, o ato constitutivo da companhia em instrumento particular, sem subscrição). Dessa maneira, a melhor interpretação para os arts. 155 e 156 é que eles se referiam apenas aos casos de anulabilidade e não a qualquer possível invalidade, admitidas, ainda, as hipóteses de inexistência. Aliás, o dispositivo assim manifestou-se por meio da expressão “*anular*”. Os dois artigos tratavam, então, apenas das espécies de vícios que ensejavam anulabilidade. Aos atos nulos ou inexistentes eram inaplicáveis aqueles prazos.

Pontes de Miranda considerou como nulos os atos constitutivos ou estatutos, bem como as respectivas alterações, que contenham objeto ilícito ou impossível; que desobedeçam à forma exigida por lei; que não tenham qualquer solenidade que a lei considere essencial à sua validade; que a lei tenha considerado nulo ou sem qualquer efeito<sup>196</sup>. Reconheceu que, apesar da nulidade, alguns atos produziram efeitos reconhecidos por lei.

Sobre a regra do direito civil de eficácia *ex tunc* da sentença declaratória de nulidade de constituição da companhia, que determina a eliminação de todos os efeitos produzidos até então, comenta Valverde que a jurisprudência francesa encontrou na criação das sociedades de fato uma forma de contornar esse problema<sup>197</sup>. Verificada uma sociedade nula de origem, procurava-se reconhecer a validade de todos os atos por ela praticados e encará-la como uma sociedade de fato, vez que realmente existiu e relacionou-se com o mercado. A partir daquele momento, seria então dissolvida.

É o que explica Henri Temple. Segundo ele, a expressão “*sociedade de fato*” foi utilizada pela primeira vez na Corte de Paris em 1825 para evitar a retroatividade da anulação, protegendo não só terceiros, mas também os sócios. A anulação, assim, operaria como uma dissolução, preservando a validade das atividades até então realizadas<sup>198</sup>.

---

***uma só espécie o que de modo nenhum é redutível***”. (original sem negrito) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo L. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965, p. 99.

<sup>196</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo LI. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1966, p. 100.

<sup>197</sup> Também nesse sentido: no ordenamento francês “*a sociedade de fato começou a ser utilizada como sucedâneo da sociedade nula, com o fim de evitar os indesejados efeitos ex tunc da decretação de nulidade*” FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 139.

<sup>198</sup> “*A expressão ‘sociedade de fato’ foi, parece, utilizada pela primeira vez em um julgado da Corte de Paris de 1825 que rejeitava as consequências da retroatividade da anulação. Inicialmente concebida*

Significa que já se vinha evitando ao máximo a aplicação da retroatividade dos efeitos da sentença que reconhecia as invalidades.

Da mesma forma, no direito brasileiro, o Decreto-Lei nº 2.627/40 procurou diminuir o problema da retroatividade<sup>199</sup> por meio do art. 138, “a”<sup>200</sup>. Anulada a constituição da sociedade, esta entraria em liquidação e, no que fosse compatível com essa fase, procurar-se-ia restituir as partes que se relacionaram com a companhia ao *status quo ante*. Porém, ainda durante a liquidação, era possível que fossem extintos os vícios da sociedade e ela voltasse às suas atividades. Ou seja, a anulação da sociedade seria uma hipótese de dissolução parcial, sujeita, então, a tais regras<sup>201</sup>.

Pontes de Miranda também reconhece essa situação, acrescentando que as obrigações que os sócios tinham com credores permanecem, qualquer que fosse o vício da companhia<sup>202</sup>.

Assim é que, ainda que a sociedade não subsistisse, os atos que havia praticado regularmente continuariam sendo válidos e as obrigações remanescentes deveriam ser cumpridas. Não podem, assim, os sócios aproveitarem-se do fim da sociedade para se escusarem de cumprir o que haviam obrigado. Ainda que se

*para proteger terceiros, a regra foi sistematizada, beneficiando também os próprios sócios. A anulação não produz, desde então, nada além dos efeitos de uma dissolução, não afetando a validade da atividade já realizada*. TEMPLE, Henri. *Sociétés de Fait*. Paris: LGDJ, 1975, p. 13. *Apud*: FÉRES, Marcelo Andrade. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 138.

<sup>199</sup> *“Eis porque a regra da restituição encontra na prática os mais sérios obstáculos à sua aplicação e não pode realmente ser aplicada, sem graves distúrbios na vida econômica, às sociedades comerciais, principalmente às sociedades por ações. Como negar, porque considerada nula, a existência jurídica de uma sociedade anônima, que exerceu por anos sucessivos a sua atividade, comprando, vendendo, locando, praticando, enfim, atos jurídicos, civis e mercantis, cuja validade não se pode pôr em dúvida? Para contornar a dificuldade, diz-se que há uma ‘sociedade de fato’, uma espécie de corpo sem alma. As palavras iludem, porém não resolve o árduo problema. Daí, e já salientamos, o problema de se negar efeito retroativo às nulidades (n. 811), pelo menos em certos casos, o que evidentemente contraria os princípios basilares em que se assenta a sua disciplina*”. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 103.

<sup>200</sup> **“Art. 138, Decreto-Lei nº 2.627/40. A sociedade entrará em liquidação judicial: a) quando, por decisão definitiva e irrecorrível, for anulada a sua constituição”**.

<sup>201</sup> ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 559.

<sup>202</sup> *“Outra medida que não se pode afastar é a da liquidação do patrimônio que fôra tido como social. Não há, nem houve sociedade por ações, ou houve e não há mais (diferença entre nulidade e anulabilidade), mas é inegável que se compusera patrimônio que terceiros e, talvez, os acionistas tinham como patrimônio social. Se os acionistas ainda não haviam integrado a prestação das ações, respondem eles, porque os credores são protegidos e o patrimônio que eles consideraram social tinha no ativo tais dívidas dos acionistas. Durante a lide, os acionistas têm de cumprir tudo que se refira a dívidas e deveres seus*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo LI. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1966, p. 102.

considere que não houve sociedade por ações, as relações formadas durante sua atividade devem prevalecer.

Com relação às deliberações da assembleia geral, previu o art. 156 que poderiam ser anuladas por irregularidade de sua convocação ou instalação; por violação à lei ou aos estatutos; ou por presença de erro, dolo, fraude ou simulação.

Pontes de Miranda afirma que “*os atos dos órgãos ou são existentes ou inexistentes, ou existentes mas nulos, ou anuláveis, ou ineficazes*”<sup>203</sup>, negando a ideia de Valverde de que o sistema de invalidades do direito societário permitia apenas a anulabilidade.

No que tange ao Registro do Comércio, o art. 53<sup>204</sup> do Decreto atribuiu-lhe ampla competência<sup>205</sup> para conferir todas as exigências legais nos atos constitutivos das sociedades anônimas, bem como se o conteúdo das cláusulas atentavam contra ordem pública ou aos bons costumes. Presentes quaisquer vícios, o arquivamento deveria ser negado e os diretores deveriam convocar a assembleia geral para que fossem corrigidas as faltas e irregularidades.

Pondera Valverde que essa análise pelo Registro de Comércio pressupõe conhecimentos gerais de direito e “*uma boa dose de bom senso*” de seus funcionários<sup>206</sup>. O próprio autor, porém, atesta o grande número de reclamações sobre o problema de as partes ficarem submetidas às opiniões desses funcionários, que, na

<sup>203</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo LI. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1966, p. 117.

<sup>204</sup> “**Art. 53, Decreto-Lei n° 2.627/40 - Cumpre ao Registro do Comércio examinar se no ato de constituição da sociedade anônima ou companhia foram observadas as prescrições legais, bem como se nele figurarem cláusulas contrárias à lei, ordem pública ou aos bons costumes. § 1º Se o arquivamento for negado, por inobservância de prescrição ou exigência legal, ou por simples irregularidades verificadas na constituição da sociedade, devem os primeiros diretores convocar imediatamente a assembléia geral dos acionistas, afim de que sejam autorizadas por esta as providências necessárias para sanar a falta ou irregularidade. A instalação da assembléia obedecerá ao disposto no art. 44, devendo a deliberação ser tomada por acionistas que representem, no mínimo, metade do capital social. Se a falta for dos estatutos, poderá ser sanada na mesma assembléia, a qual deliberará ainda sobre se a sociedade deve ou não promover a responsabilidade civil dos fundadores (art. 49). § 2º Com a segunda via da ata da assembléia e a prova de ter sido sanada a falta ou irregularidade, o Registro do Comércio procederá ao arquivamento dos atos constitutivos da sociedade. § 3º A mesma fiscalização exercerá o Registro do Comércio, nos casos de reforma ou alteração dos estatutos. § 4º Quando a sociedade anônima criar sucursais, filiais ou agências, será arquivada, no Registro do Comércio, certidão do arquivamento e da publicação dos respectivos atos de constituição, passada pelo Registro do Comércio da sede”.**

<sup>205</sup> O Decreto-Lei “*não fez mais que alargar a estrada, pois a legislação anterior já impunha às Juntas Comerciais o dever de examinar se nos atos constitutivos das companhias não figuravam cláusulas ou condições ‘contrárias à lei, à moral e aos bons costumes’*”. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações - comentários ao decreto-lei n° 2.627, de 26 de setembro de 1940*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 337.

<sup>206</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações - comentários ao decreto-lei n° 2.627, de 26 de setembro de 1940*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 337.

prática, segundo ele, não tinham habilidade suficiente para cumprir o papel que a lei lhes conferiu e reconhece a inaptidão do Registro de Comércio para tal exame<sup>207</sup>.

O artigo 53, em seu §1º, ainda previa a possibilidade de a assembleia geral convocada para regularizar os vícios deliberar também pela promoção ou não de responsabilidade civil dos fundadores.

### **2.3 - A reafirmação da necessidade de uma teoria especial na vigência da Lei nº 6.404/76**

A LSA manteve um regime parecido ao antigo Decreto-Lei, dispondo sobre a anulabilidade da constituição e das deliberações da companhia no artigo 285<sup>208</sup>, que praticamente repetiu a redação do art. 155, do Decreto-Lei 2.627/40, no artigo 286<sup>209</sup>.

Mais uma vez, o legislador limitou-se a prever hipóteses de anulabilidade, privilegiando-a em detrimento da nulidade. Nesse contexto, questiona-se e, mais uma vez, divide-se a doutrina acerca da possibilidade de atos nulos.

Outra alteração trazida pela LSA foi a diminuição do prazo de impugnação das deliberações assembleares de 3 para 2 anos. Apesar de ser uma alteração vantajosa, ainda não parece suficiente.

Continuou vigente o princípio da sanação para as invalidades da constituição da companhia e de suas deliberações. Embora não previsto expressamente no art. 286, a doutrina é unânime em considerar que o parágrafo único do art. 285 aplica-se para qualquer tipo de assembleia<sup>210</sup>, bem como para as deliberações dos demais órgãos da companhia<sup>211</sup>.

<sup>207</sup> VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 338.

<sup>208</sup> “**Art. 285, Lei nº 6.404/76** - A ação para anular a constituição da companhia, por vício ou defeito, prescreve em 1 (um) ano, contado da publicação dos atos constitutivos. **Parágrafo único.** Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação da assembleia geral, providenciar para que seja sanado o vício ou defeito”.

<sup>209</sup> “**Art. 286, Lei nº 6.404/76** - A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”.

<sup>210</sup> Nesse sentido também a jurisprudência, conforme apontam Lamy e Bulhões: “A aplicação analógica do parágrafo único do artigo 285 a outras modalidades de assembleia geral, além da de constituição, foi firmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar, em 4 de janeiro de 1979, a Apelação Cível nº 9.811, nos termos da ementa do acórdão lavrado pelo relator, Desembargador Marcelo Costa: ‘A ratificação de deliberações da Assembleia Geral de Acionistas eivada de nulidade é admissível ainda que posterior à propositura da ação de anulação, que perde seu objeto, por fato superveniente, ficando extinto sem julgamento do mérito. Aplicação ao caso, por analogia, do art. 285, § único da Lei de Sociedades Anônimas’”. LAMY FILHO, Alfredo.

Também prosseguiu a doutrina defendendo a tendência de não retroatividade da sentença de anulação de atos societários como princípio geral do direito societário, bem como a redução da nulidade a casos específicos e restritos.

Permaneceu o Registro do Comércio com a função fiscalizatória dos atos constitutivos e das deliberações assembleares às prescrições legais.

---

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*, vol. II: Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 701.

<sup>211</sup> “O parágrafo único do artigo 285 da Lei nº 6.404/76 refere-se aos ‘atos constitutivos’ da companhia, mas a doutrina e a jurisprudência enunciam o princípio por referência a todos os atos dos órgãos sociais porque (a) os atos constitutivos compreendem (no caso de companhia constituída por assembleia) a assembleia de constituição; e (b) as mesmas razões que explicam a norma em relação à assembleia de constituição existem em todas as espécies de assembleia geral e de deliberações dos demais órgãos sociais”. LAMY FILHO, Alfredo. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*, vol. II: Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 700.

### CAPÍTULO 3 - AS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO CONFORME A RELEITURA DA TEORIA GERAL DO FATO JURÍDICO

Observada a construção da teoria especial das invalidades para o direito societário<sup>212</sup>, importante estudar a teoria geral das invalidades no direito civil, situada na teoria do fato jurídico, analisando a evolução do tema e a sua aplicação às deliberações do conselho de administração.

A matéria de invalidades, preocupação antiga dos estudiosos de qualquer área do direito, seja público ou privado, já passou por diversas interpretações. Trata-se, conforme observa Moniz de Aragão, de um dos capítulos mais árdios do Código Civil, “*complexo para o legislador e para o magistrado, penoso para as partes e cheio de vicissitudes para o intérprete*”<sup>213</sup>.

Com tantas mudanças, é indispensável entender os antigos e atuais contornos que a matéria propõe, para verificar se de fato é necessário defender aquela teoria especial ou se o direito civil já não responde a contento as questões de direito societário.

O primeiro passo para o estudo é a compreensão de todos os planos em que um fato jurídico pode se enquadrar. Ressalta-se que no direito societário, a exemplo do que ocorre com as deliberações assembleares, a doutrina não costuma sistematizar o estudo com base naquela tricotomia. Pela sua completude, coerência e cientificidade, será essa a linha adotada nessa pesquisa para a análise das deliberações do conselho de administração, da maneira como atualmente faz a doutrina civilista majoritária para os fatos jurídicos em geral.

No Brasil, é atribuído a Pontes de Miranda o início dos estudos sobre os fatos jurídicos em ordem lógico-científica. Segundo propôs, eles enquadram-se em três

---

<sup>212</sup> Em suma, as peculiaridades da teoria especial são apresentadas por Valladão: “(i) prazos de decadência, curtíssimos, para anulação de assembleia ou das suas deliberações; (ii) irretroatividade da invalidade, **em certos casos**; (iii) ampla possibilidade de sanção do vício, mesmo tratando-se de hipótese de nulidade absoluta, **quando possível**; (iv) diverso enfoque da distinção entre atos nulos e anuláveis; (v) intangibilidade, em princípio, de terceiros de boa-fé, salvo os casos de nulidade ostensiva”. (original sem negrito) NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Lineamentos da Reforma do Direito Societário Italiano em Matéria de Invalidade das Deliberações Assembleares*. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 101-102.

<sup>213</sup> “E. D. MONIZ DE ARAGÃO ressalta que as nulidades compõem ‘um dos mais árdios capítulos do Código’ e, falando sobre as dificuldades que o tema suscita, afirma que é ele complexo para o legislador e para o magistrado, penoso para as partes e cheio de vicissitudes para o intérprete”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 1.

planos distintos e independentes<sup>214</sup>: existência, validade e eficácia<sup>215</sup>. A proposição passou a ser conhecida como “*técnica de eliminação progressiva*” ou “*escada ponteana*”, em referência ao autor<sup>216</sup>.

Evidência da independência dos planos são as possíveis situações, a princípio, inesperadas, a que os fatos podem se enquadrar. Por exemplo, um negócio existente, válido e ineficaz, a exemplo de um contrato de compra e venda totalmente regular em que as partes subordinam a entrega da coisa e o pagamento do preço ao decurso de um certo prazo; e existente, nulo e eficaz, quando um contrato é celebrado com um absolutamente incapaz sem representação e as partes passam a cumprir o contrato como se válido fosse.

Isso demonstra o perigo de se pré-estabelecer regras gerais, como aquela comumente fixada, especialmente pela doutrina comercialista, de que os atos nulos são sempre ineficazes.

### **3.1 – O plano da existência e as deliberações do conselho de administração na classificação dos fatos jurídicos**

<sup>214</sup> Não existe dependência entre os planos, devido aos diferentes critérios que os determinam. Para a análise da existência, o que se verifica são *elementos*, os componentes de um fato jurídico. No plano da validade, já se consideram presentes os elementos, passando, então, para a análise dos *requisitos* que a lei requer para o fato jurídico. A eficácia, por sua vez, se verifica plenamente com a presença dos *fatores* legalmente exigidos. Conforme explica Antônio Junqueira, “(...) *elemento é tudo aquilo de que algo mais complexo de compõe (pense-se nos elementos simples, ou puros, da química), que, por outro lado, requisitos (de requirere, requerer, exigir) são condições, exigências, que se devem satisfazer para preencher certos fins, e, finalmente, que fatores é tudo que concorre para determinado resultado, sem propriamente dele fazer parte, temos que o negócio jurídico, examinado no plano da existência, precisa de elementos, para existir; no plano da validade, de requisitos, para ser válido; e, no plano da eficácia, de fatores de eficácia, para ser eficaz.*” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 29-30.

<sup>215</sup> O STJ adota essa linha, conforme se verifica: “*A questão da anulabilidade de um ato jurídico, pela não obediência de forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, III, do Código Civil), não se vincula ao plano de existência dos atos jurídicos, mas ao plano de validade*”. STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.232.422 - MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 17.06.10.

<sup>216</sup> “*O exame do negócio, sob o ângulo negativo, deve ser feito através do que batizamos com o nome de técnica da eliminação progressiva. Essa técnica consiste no seguinte: primeiramente, há de se examinar o negócio jurídico no plano da existência e, aí, ou ele existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, é aparência de negócio (dito “ato inexistente”) e, então, essa aparência não passa, como negócio, para o plano seguinte, morre no plano da existência. No plano seguinte, o da validade, já não entram os negócios aparentes, mas sim somente os negócios existentes; nesse plano, os negócios existentes serão, ou válidos, ou inválidos; se forem inválidos, não passam para o plano da eficácia, ficam no plano da validade; somente os negócios válidos continuam e entram no plano da eficácia. Nesse último plano, por fim, esses negócios, existentes e válidos, serão ou eficazes ou ineficazes (ineficácia em sentido restrito).*” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63-64.

O primeiro plano de análise é o da existência. Certos fatos que ocorrem no mundo, apesar de sua existência física, não têm nenhuma relevância jurídica, enquanto outros, por afetarem de algum modo o direito vigente (as relações jurídicas), são chamados fatos jurídicos<sup>217</sup>.

É a incidência da norma sobre os fatos, ou seja, a coincidência entre os acontecimentos e o conteúdo das normas, que os tornam jurídicos. Nos termos de Pontes de Miranda, a norma jurídica “*colore*”, provoca a juridicização de certos fatos. Para haver essa incidência, é preciso que o suporte fático *necessário e suficiente* ocorra<sup>218</sup>. Todo o conteúdo na norma deve ser verificado no mundo fático<sup>219</sup>.

Assim é que sempre que acontece o que está previsto na norma, com todos os seus *elementos* constitutivos, o fato jurídico *existe*, independentemente de ser ou não válido ou eficaz<sup>220</sup>. Humberto Teodoro Júnior explica a existência como uma correspondência a um *tipo jurídico*<sup>221</sup>.

---

<sup>217</sup> “Fatos jurídicos são, portanto, aqueles fatos a que o direito atribui relevância jurídica, no sentido de mudar situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas. O esquema lógico do fato jurídico, reduzido à expressão mais simples, obtém-se estudando-o como um fato dotado de certos requisitos pressupostos pela norma, o qual incide sobre uma situação preexistente (inicial) e a transforma numa situação nova (final), de modo a constituir, modificar ou extinguir poderes e vínculos, ou qualificações e posições jurídicas”. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 22.

“Na sua finalidade de ordenar a conduta humana, obrigatoriamente, o direito valora os fatos e, através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles que têm relevância para o relacionamento inter-humano. Em verdade, somente o fato que esteja regulado pela norma jurídica pode ser considerado um fato jurídico, ou seja, um fato gerador de direitos, deveres, pretensões, obrigações ou de qualquer outro efeito jurídico, por mínimo que seja.” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8-9.

<sup>218</sup> Explica o autor: “Se a regra jurídica diz que o suporte fático não é suficiente, ou que algo aconteceu que o desfalcou, tal regra jurídica pré-juridicizante não torna jurídico esse suporte fático: incide sobre ele para lhe vedar entrar no mundo jurídico. Em vez de o receber à porta do mundo jurídico, já o afasta lá fora, no mundo fático.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo I. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1954, p. 29.

<sup>219</sup> O fato de a regra jurídica incidir sobre certo suporte fático não significa que ele é lícito. Os fatos jurídicos podem, então, ser lícitos ou ilícitos. Sejam ou não de acordo com a lei, serão jurídicos, caso interessarem ao Direito. Nesse ponto específico não concorda parte da doutrina, ao dizer que os atos ilícitos, por serem contrários ao direito, não são jurídicos.

<sup>220</sup> “Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. No plano na existência não se cogita de invalidez ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. **Tudo, aqui, fica circunscrito a saber se o suporte fático suficientemente se compôs, dando ensejo à incidência.** Naturalmente, se há falta, no suporte fático, de elemento nuclear, mesmo completante do núcleo, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico.” (original sem negrito) MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 102.

<sup>221</sup> “O ato antes de ser encarado como ato jurídico deve existir como realidade material, isto é, como conjunto de dados fáticos que correspondam ao tipo jurídico (*fattispecie*). Se nem ao menos esses dados mínimos da natureza material ocorrerem e a *fattispecie* não se configurou sequer aparentemente, o caso é de inexistência do ato jurídico e não apenas de nulidade.” THEODORO



As deliberações do conselho de administração, enquadrando-se nos elementos da norma, são fatos jurídicos. Ou seja, correspondem a um tipo descrito legalmente. Para determinar quais são seus elementos, é preciso, antes, analisar em qual ou quais das diversas espécie de fatos jurídico elas se enquadram.

Com base na classificação apresentada por Marcos Bernardes de Melo, é possível fazer a seguinte sistematização dos fatos jurídicos<sup>222</sup>:

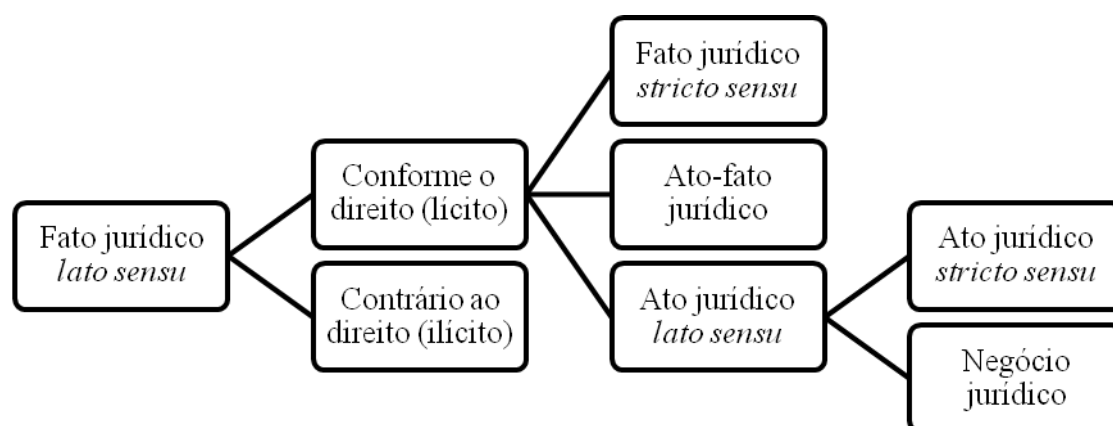


Figura 1 – Classificação dos fatos jurídicos

Fatos jurídicos *stricto sensu* são aqueles que se constituem apenas de fatos da natureza, sem a intervenção humana direta<sup>223</sup>. Ainda que os atos humanos

JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 410.

<sup>222</sup> Marcos Bernardes apresenta a sistematização com base na classificação de Pontes de Miranda: “Deve-se, na verdade, mais uma vez a Pontes de Miranda, ‘após acurado estudo dos fatos jurídicos, a partir da revisão dos processos lógicos e metodológicos empregados para classificar os fatos jurídicos’, individuá-los com fundamento nos dados nucleares (cerne) de seu suporte fático. A partir dessa orientação metodológica, podemos identificar como elementos nucleares (cerne) diferenciais: a) a conformidade ou não-conformidade do fato jurídico com o direito; b) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica. Esse critério, que tem indiscutível caráter científico, uma vez que se funda em dado invariável do fato jurídico (o elemento cerne do suporte fático hipotético), conduz a que se possa classificar qualquer de suas espécies com um grau de certeza praticamente absoluto. Basta conhecer a descrição normativa do suporte fático para que se possa identificar de qual espécie se trata. O erro que porventura possa existir ficará sempre por conta da má interpretação da norma.” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118.

<sup>223</sup> “Fatos jurídicos *stricto sensu* são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição dêles, ato humano, ainda que, antes da entrada dêles no mundo jurídico, o tenha havido. e. g. Nascimento, morte, idade; adjunção, mistura confusão, produção de frutos, aluvião, aparição de ilha.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo II. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1954, p. 187.

eventualmente influenciem de maneira mediata, não são essenciais para sua ocorrência<sup>224</sup>.

Atos-fatos jurídicos *lato sensu* são aqueles fatos que se concretizam por uma conduta humana, independentemente de ter a vontade como motivação<sup>225</sup>. Nesse caso, o ato é a base do fato, é o que lhe dá substância, de maneira que a norma lhe tira qualquer elemento volitivo<sup>226</sup>. Ainda que este tenha ocorrido, é irrelevante para a concretização ato-fato.

Por fim, o ato jurídico *lato sensu*<sup>227</sup>, que são os fatos jurídicos que possuem a vontade como componente *necessário* de sua formação. Sem esta, em hipótese alguma poderiam se formar.

Essa vontade tem como marca a consciência: são conscientes sua manifestação e seus resultados. Ao declará-la, o agente busca determinados resultados já conhecidos<sup>228</sup>. O suporte fático do ato tem como “cerne *uma exteriorização consciente de vontade*”<sup>229</sup>.

Os atos jurídicos podem ser de duas espécies: ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico<sup>230</sup>.

<sup>224</sup> “Isso, entretanto, não altera a natureza do fato jurídico, uma vez que a circunstância de haver um fato humano em sua origem não muda o caráter do evento que constitui seu suporte fático (...) porque este ato humano não constitui um dado essencial à existência do fato, mas dele participa indireta ou acidentalmente.” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 133.

<sup>225</sup> “ato humano é o fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela vontade do homem”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo II. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1954, p. 372.

<sup>226</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 136.

<sup>227</sup> Ato jurídico *lato sensu* será preferencialmente referido ao longo do texto por meio da expressão “ato jurídico” ou “ato”. Referências ao ato jurídico *stricto sensu* serão feitas por meio da expressão completa.

<sup>228</sup> “A vontade que permanece interna, como acontece com a reserva mental, não serve à composição de suporte fático do ato jurídico”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 146; “Se não há exteriorização, mesmo que internamente, psicologicamente, se queira, vontade não há no plano jurídico. Não é possível, assim, falar de ato jurídico, ou mesmo de vontade. Só a vontade que se torna conhecida dos outros, porque manifestada, pode ser considerada suficiente para gerar o ato jurídico”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 182.

“Art. 110, CC - A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

<sup>229</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 145.

<sup>230</sup> Aponta Marcos Bernardes que existe na doutrina quem defenda a desnecessidade de se diferenciar atos jurídicos *stricto sensu* de negócios jurídicos, porque, segundo esses autores, (i) não há elementos capazes de separar as duas espécies de maneira absoluta e indubitável e, (ii) mesmo que houvesse essa diferenciação, ela seria inútil, vez que o regime jurídico de ambos é o mesmo. O autor confronta essa corrente, apresentando os traços definidores de uma e outra e demonstrando que as normas aplicáveis a

O ato jurídico *stricto sensu* caracteriza-se por ser a vontade dotada de consequências jurídicas preestabelecidas pela lei, não negociados. É o próprio ordenamento que traz de maneira obrigatória as implicações daquela manifestação de vontade, que não podem ser suprimidas ou modificadas pelos agentes.

O negócio jurídico caracteriza-se por permitir, dentro de um limite, o poder de os agentes determinarem, conforme sua vontade e conveniência, os efeitos que produzirá aquele ato<sup>231</sup>.

Antônio Junqueira define negócio jurídico como “*todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide*”<sup>232</sup>.

A deliberação do conselho de administração, como informa seu próprio conceito, é uma manifestação de vontade emitida por um órgão, unilateralmente<sup>233</sup>, de maneira que se enquadra na conceituação de ato jurídico *lato sensu*<sup>234</sup>.

uma e outra não são idênticas. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 192-194.

<sup>231</sup> Marcos Bernardes expõe esses conceitos de maneira bastante clara: “*Na espécie a, denominada ato jurídico stricto sensu ou ato não-negocial, a vontade manifestada pelas pessoas apenas se limita à função de compor o suporte fático de certa categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem efeitos previamente estabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, razão pela qual são invariáveis e inexcluíveis pelo querer dos interessados (donde dizer-se que são efeitos necessários, ou ex lege). Na espécie b, denominada negócio jurídico ou ato negocial, o direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas lhe reconhece, dentro de certos parâmetros, o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituam o conteúdo eficaz das relações jurídicas que nascem do ato jurídico.*” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 155-156

Ao lado da concepção de negócio jurídico como manifestação de vontade destinada a produzir determinados efeitos jurídicos queridos pelo agente, denominada corrente voluntarista, surgiu na doutrina a denominada corrente objetivista, primeira vez defendida por Brinz e Thon. Stolze explica as críticas feitas à corrente voluntarista: “*Afirma-se não ser verdadeira a premissa de que o declarante sempre manifesta a sua vontade dirigida a um determinado fim querido e previamente conhecido. Na hipótese de conversão substancial (...) não se pode afirmar que o negócio resultante da conversão foi desejado e pretendido, e, ainda assim, não se nega a sua natureza negocial. (...) para os objetivistas, o negócio jurídico, expressão máxima da autonomia da vontade, teria conteúdo normativo, consistindo em ‘um poder privado de autocriar um ordenamento jurídico próprio’.*” Porém, Stolze conclui: “*Em verdade, a divergência doutrinária não é de raiz profunda. Carece de significado prático a incessante tarefa de responder se prevalece a vontade interna ou a vontade declarada*”. GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 1: parte geral. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 359-360.

De qualquer forma, a corrente voluntarista foi consagrada no direito brasileiro, no artigo 112, do Código Civil de 2002 (Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem), bem como no revogado Código Civil de 1916, em seu art. 85.

<sup>232</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

<sup>233</sup> Sendo ato jurídico *stricto sensu* ou negócio jurídico, a deliberação é sempre uma manifestação de vontade unilateral, por definição. Nesse sentido, Tulio Ascarelli, sobre a natureza da deliberação

Nesse ponto, caberia diferenciar se as deliberações são negócios ou atos *stricto sensu*, o que não parece necessária para os objetivos desse trabalho.

Primeiro, todos e apenas os atos jurídicos *lato sensu* se submetem à análise do plano da validade, de modo que já se justifica a abordagem desse plano. Em segundo lugar porque, em regra, por disposição do próprio Código Civil, aos atos jurídicos aplicam-se, no que couber, as normas sobre negócio jurídico<sup>235</sup>.

assemblear: “*Em via preliminar pode-se observar concernir à ‘deliberação’ a formação de vontade de ‘um’ sujeito; constitui, ela, a vontade de ‘uma’ parte, sendo, por isso, um ato unilateral*”. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 532; Ainda: “*A deliberação da assembleia geral constitui ato unilateral da companhia, embora decorrente da manifestação de vontade dos acionistas*”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 15.

No mesmo sentido, Vivante: “*A deliberação da assembleia é uma deliberação unilateral de vontade*” (tradução livre da autora). Original: “*La deliberazione dell’assemblea costituisce una dichiarazione unilaterale ed unica di volontà*”. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, vol. II. Milão: Francesco Vallardi, 1923, p. 216-217.

<sup>234</sup> Nesse sentido encontra-se a definição da natureza jurídica da deliberação assemblear: “*Tecnicamente, portanto, as deliberações de uma assembleia geral ou especial (veja-se, por exemplo, o art. 136, §1º, da Lei nº 6.404/76) de sociedade anônima são atos ou negócios jurídicos que se formam pela idêntica manifestação de vontade de vários sujeitos, constituindo o órgão de uma pessoa jurídica. Na doutrina italiana elas são, por isso, chamadas atos colegiais, para distingui-las dos atos coletivos, em que as várias manifestações de vontade não se fundem em ato de uma só pessoa (jurídica, bem se vê), como ocorre nas deliberações de assembleias de condôminos*”. (original sem negrito) COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 216.

Apesar da menção doutrinária aos atos complexos, não parece útil seu tratamento diferenciado, por não ser espécie diferente: “*A doutrina do direito público, mais notadamente direito administrativo, costuma referir-se (a) a atos complexos e (b) a atos compostos, assim considerados aqueles atos jurídicos de direito público para cuja realização se exige a prática de vários atos e deliberações que lhes são condicionantes. A diferença entre eles residiria na circunstância de que, no primeiro (a), o conjunto de atos e deliberações que o integram seriam praticados por órgãos integrantes de um mesmo poder do Estado ou entidade administrativa autônoma, enquanto o segundo (b) se comporiam de atos e deliberações praticados por órgãos de Poderes ou entidades diversos. (...) Como parece claro, bem analisadas as espécies, constata-se que não se trata de categorias especiais de ato jurídico, mas, sim, de atos jurídicos cujos suporte fáticos são integrados por vários atos jurídicos*”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 161-162.

Alguns autores acreditam tratar-se de negócio jurídico apenas: “*(...) a deliberação social é sempre negócio jurídico unilateral emanado de órgão colegial de pessoa jurídica de direito privado*”. FONSECA, Priscila Corrêa da. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 75; “*As deliberações sociais são declarações de vontade coletiva da companhia e, nesse sentido, entram na categoria de negócios jurídicos*”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 2º vol.: artigos 75 a 137. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 515. No mesmo sentido: LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 582.

Em contrário: “*A deliberação da assembléia geral, nas sociedades por ações, salvo se consiste em dissolução (...) é negócio jurídico unilateral, ou ato jurídico ‘stricto sensu’, ou ato-fato jurídico ou fato jurídico ‘stricto sensu’, porque exprime a vontade de todos os acionistas, em processo da manifestação unitária de vontade, a despeito da provável falta de unanimidade (...)*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo L. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1965, p. 279.

<sup>235</sup> “*Art. 185, CC - Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior*”.

Explica Marcos Bernardes que o tratamento se justifica não por analogia, mas por ambas as espécies fazerem parte da mesma categoria ato jurídico *lato sensu*, composta pelos atos volitivos. Porém, o tratamento não é idêntico. Segundo o autor, se diferenciam por não serem aplicáveis aos atos jurídicos *stricto sensu* as normas gerais relativas à eficácia, aquelas referentes às determinações inexas (termos e condições) e anexas (modos ou encargos), por serem típicas dos negócios jurídicos<sup>236</sup>. Esse ponto não interfere nas propostas que este trabalho apresenta.

De qualquer forma, as deliberações do conselho de administração podem se enquadrar em uma ou outra espécie a depender de seu conteúdo. A título ilustrativo, se trata-se de convocação de assembleia geral ordinária, seria um exemplo de ato jurídico *stricto sensu*. Isso porque é uma obrigação dos conselheiros, não tendo estes obrigação de fazê-lo e, muito menos, possibilidade de determinar seus efeitos.

Da mesma maneira, destituir diretores e auditores independente<sup>237</sup> são decisões sem conteúdo negocial: não podem os conselheiros determinar os efeitos daquele ato. Pode ser uma decisão estratégica, mas é a lei quem determina suas consequências jurídicas.

Por outro lado, a maioria das deliberações, como fixação da orientação geral dos negócios da companhia, aumento de capital, divisão de tarefas entre os diretores,

---

<sup>236</sup> “Inicialmente, é preciso deixar claro dois dados fundamentais: (a) a disciplina jurídica do negócio jurídico não é em tudo aplicável ao ato jurídico *stricto sensu* e (b) a aplicação das normas às duas espécies não se faz por analogia, mas porque são normas comuns ao gênero ato jurídico (= ato jurídico *lato sensu*). Os atos jurídicos *lato sensu* têm por característica nuclear, precisamente, o serem atos volitivos. A presença de vontade relevante em ser suporte fático faz nascer a necessidade de que essa vontade, quando exteriorizada, represente, o mais fidedignamente possível, o verdadeiro querer das pessoas e, mais ainda, possa ser conhecida. (...) Por se tratar de gênero, as normas jurídicas que o ordenamento estabelece, em geral, para o ato jurídico são normas comuns às duas espécies: o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico. Por essa razão, as normas da parte geral do Código Civil que se dirigem a regular o ato jurídico, especialmente quanto à capacidade das pessoas, representação, forma, prova e validade, por serem comuns ao gênero, regulam, indistintamente, as espécies que o integram. Quando, porém, mesmo sem distinguir taxativamente, o ordenamento traça normas que, pelo seu conteúdo, destinem-se, especificamente, a uma das espécies, atentando às suas características típicas e peculiares, tais normas não são aplicáveis à outra espécie, nem por analogia. Por isso é que não são aplicáveis aos atos jurídicos *stricto sensu* as normas gerais relativas à eficácia, ou seja, aquelas normas referentes às determinações inexas (termos e condições) e anexas (modos ou encargos), uma vez que são próprias dos negócios jurídicos, fugindo, assim, à natureza específica dos atos jurídicos *stricto sensu*. Os atos jurídicos *stricto sensu* são incondicionáveis, inaterráveis, e não podem ter seus efeitos sujeitos a modos ou encargos, exatamente porque neles a vontade não tem escolha de categoria jurídica, limitando-se à prática do ato”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 194.

<sup>237</sup> Nesse sentido, exemplos de Stolze e Pamplona a respeito dos atos jurídicos em sentido estrito: “Apontem-se os seguintes exemplos de atos materiais: a ocupação, a percepção de frutos, a fixação de domicílio, **a despedida sem justa causa de empregado não estável**, a denúncia (resilição unilateral) de um contrato por tempo indeterminado etc”. (original sem negrito) GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 1: parte geral. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 350.

emissão de valores mobiliários e manifestação sobre o relatório da administração e as contas da diretoria são classificadas como negócios jurídicos, uma vez que cabe grande liberdade aos membros em determinar o conteúdo e os efeitos da maioria das manifestações de vontade relativas a tais atos.

Com relação aos elementos dos atos e negócios jurídicos, segundo Antônio Junqueira<sup>238</sup>, além dos elementos gerais, comuns a todos os negócios (forma, objeto, circunstâncias, tempo, lugar e agente), existem também os elementos categoriais, próprios de cada tipo de negócio, que caracterizam a natureza jurídica de cada um deles, bem como elementos particulares, que existem em um negócio determinado, concreto, sem ser próprio de todos os negócios<sup>239</sup>.

Dessa maneira, para a formação das deliberações do conselho de administração são exigidas certas peculiaridades, além dos elementos clássicos. Ausente qualquer dos elementos, inexistente a deliberação<sup>240</sup>.

A partir de seu conceito, com base na doutrina de Marcos Bernardes, é possível afirmar serem elementos gerais dos atos jurídicos (atos jurídicos *stricto sensu* negócio jurídico) e, portanto, das deliberações:

- (i) *um ato humano volitivo*, isto é, uma conduta que represente uma exteriorização de vontade, mediante simples manifestação ou declaração, conforme a espécie, que constitua uma conduta juridicamente relevante e, por isso, prevista como suporte fático de norma jurídica;
- (ii) que haja *consciência* dessa exteriorização de vontade, quer dizer, que a pessoa que manifesta ou declara a vontade o faça com o *intuito de realizar aquela conduta juridicamente relevante*;
- (iii) que o ato se dirija à obtenção de um resultado que seja protegido ou, pelo menos, não proibido (=permitido) pelo direito, e possível<sup>241</sup>.

<sup>238</sup> Antônio Junqueira aborda a questão ao tratar dos negócios jurídicos, mas o raciocínio pode ser aplicado sem prejuízo aos atos jurídicos de maneira geral.

<sup>239</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32.

<sup>240</sup> Nesse sentido: “*A deliberação da assembleia pode ter uma existência apenas aparente quando for simulada ou quando for desprovida de algum elemento essencial*”. (tradução livre da autora). Original: “*Le deliberazioni dell'assemblea possono avere un'esistenza soltanto apparente, e ciò può accadere quando siano simulate o prive di qualche elemento essenziale*”. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, vol. II. Milão: Francesco Vallardi, 1923, p. 253.

Nota-se que o autor não citou a *forma* como um dos elementos. Disso não se conclui que ela seja insignificante. Na lição dele:

Tudo o que acontece no mundo, ou seja, todos os fatos, dentro os quais se incluem os atos, se apresentam revestindo, sempre, uma certa *forma*, qualquer que seja. A simples circunstância de se tornar realidade concreta no mundo importa, necessariamente, ter uma forma<sup>242</sup>.

Assim, a forma<sup>243</sup> já está ligada ao nascimento do ato. Segundo Marcos Bernardes, a vontade, ao se exteriorizar e tomar forma, pode se consubstanciar em simples manifestação ou em declaração, cuja diferença reside em como é exteriorizada<sup>244</sup>.

No caso das deliberações do conselho de administração, é preciso que a exteriorização ocorra de certa forma, qual seja, mediante declaração de vontade formada em reunião. Assim, a forma por meio da qual a vontade do órgão (na verdade, vontade da companhia) se manifesta e se torna reconhecível no mundo é uma declaração (a deliberação) que, segundo Betti, consiste na saída do pensamento íntimo de cada um para se tornar uma expressão objetiva e perceptível externamente<sup>245</sup>. Cada

---

<sup>241</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 145.

No mesmo sentido: “(...) elementos caracterizadores do ato jurídico em sentido amplo: i) ato humano de vontade; ii) exteriorização da vontade pretendida (até porque a vontade enquanto interior não vincula, nem produz efeitos (...)); iii) consciência dessa exteriorização de vontade; iv) que essa vontade exteriorizada dirija-se à obtenção de resultado permitido (não proibido) pela ordem jurídica”. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodium, 2013, p. 597.

<sup>242</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 146.

<sup>243</sup> A forma pode ser de diversas maneiras: “A forma poderá ser oral, escrita, mímica, consistir no próprio silêncio, ou, ainda, em atos dos quais se deduz a declaração de vontade”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 126.

<sup>244</sup> “A vontade, também, ao exteriorizar-se toma forma, consubstanciando-se em simples manifestações, que se revelam através de mero comportamento das pessoas, embora concludente, ou em declarações, que se constituem em manifestações qualificadas de vontade. A distinção entre declaração e manifestação de vontade reside, assim, no modo como a vontade é exteriorizada”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 146.

<sup>245</sup> “O fenômeno que se nos apresenta na declaração é (...) o de uma saída do pensamento do íntimo de cada um, para se tornar expressão objetiva, dotada de vida própria, perceptível e apreciável no mundo

conselheiro emite seu voto, sua vontade íntima, para a formação da vontade da companhia, manifestada por meio do órgão.

Conforme afirma Carvalhosa, a deliberação é um processo volitivo que inclui, além dessa fase de votação, a fase (prévia) de discussão, de modo que a deliberação não se confunde com a votação pura e simplesmente. Trata-se de uma combinação de atos<sup>246</sup>.

A reunião, assim, está relacionada com os elementos de existência da deliberação, na medida que é nela em que a declaração de vontade do órgão se forma. Se não há reunião, não há *deliberação do conselho de administração*, mas tão somente um *ato isolado* e viciado *de administrador*, por agir fora dos limites de sua competência. É apenas na reunião que o conselheiro vota na efetiva condição de conselheiro. Se não, existe uma declaração de vontade, mas não deliberação do órgão, de modo que aquela declaração enquadra-se em outro tipo jurídico.

A deliberação isolada de conselheiro, assim, não é um caso de inexistência absoluta, pois traz consequências jurídicas. É inexistência *de deliberação do órgão*. É o que afirma Pontes de Miranda ao tratar das deliberações assembleares: “*não se pode falar de deliberação de assembleia geral se não houve reunião de assembleia geral*”<sup>247</sup>.

Bulhões Pedreira, em parecer não publicado, defende a teoria da inexistência para as deliberações, segundo documenta e cita Ricardo Tepedino:

a deliberação da Assembleia Geral é ato coletivo que somente exprime a vontade social quando satisfeitos os requisitos legais e estatutários para que exista manifestação do órgão social, tais como os de que as pessoas que agem tenham a qualidade de acionistas

---

*social*”. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 190.

<sup>246</sup> “A deliberação social é um processo volitivo que inclui a fase de discussão e de votação. Não se confunde, portanto, deliberação com votação pura e simples. Trata-se de uma combinação de atos, representados pelas declarações de vontade de cada acionista, que se unificam, constituindo, pelo prevailecimento do voto majoritário, a vontade da assembleia geral (art. 121), que também é a da própria companhia. A deliberação social é, pois, um ato complexo, na medida em que é uma combinação de atos interdependentes ou conexos. Constitui também a deliberação social um ato coletivo, já que nele existe identidade quanto ao fim e quanto aos procedimentos. Trata-se de ato colegial, pois existe unidade de impulso dirigido para o mesmo fim. Não há como negar o ato complexo da discussão e votação das matérias, objeto da assembleia geral, a natureza de ato colegial (...)”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 2º vol.: artigos 75 a 137. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 623.

<sup>247</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo L. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1965, p. 287.



com direito de voto e o profiram no exercício da função de membros da Assembleia Geral regularmente convocada e instalada. O voto de acionistas manifestado fora da reunião da Assembleia Geral não é deliberação do órgão: ainda que haja consenso de todos os acionistas não existe deliberação da Assembleia Geral<sup>248</sup>

Normalmente, os autores comercialistas, ao tratarem das deliberações dos órgãos colegiados das companhias, afirmam que a reunião é pressuposto da deliberação, mas concluem que sua ausência é causa de invalidade do ato. Nos termos de Comparato, a reunião é o *quadro jurídico* necessário para a *validade* das deliberações<sup>249</sup>. No mesmo sentido, afirma Carvalhosa que qualquer ato deliberativo isolado de conselheiro não tem *validade*<sup>250</sup>. Completa que as deliberações tomadas fora de reunião, sem respeitar o processo deliberativo, é nula<sup>251</sup>. Tais autores, normalmente, não analisam as deliberações isoladamente dos três planos do fato jurídico.

Não parece proceder esse raciocínio, mas sim encarar a reunião como forma pela qual ocorre a declaração de vontade do órgão, um pressuposto (elemento) de existência.

Nesse sentido, Marcos Bernardes, ao afirmar que todos os acontecimentos com existência concreta no mundo contêm uma forma, acrescenta que se a norma jurídica exige como forma de manifestação de vontade uma declaração, mas a exteriorização da vontade ocorreu por outra, não se está diante de um caso de invalidade ou ineficácia, mas de inexistência<sup>252</sup>.

<sup>248</sup> TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 978-979.

<sup>249</sup> “*Daí a necessidade lógica de se distinguirem as deliberações das reuniões ou assembleias durante as quais elas são tomadas. A reunião aparece como o quadro jurídico, que constitui o pressuposto necessário (condicio juris) à validade e eficácia das deliberações*”. COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 189.

<sup>250</sup> “*Todo ato deliberativo isolado de qualquer dos membros do Conselho de Administração não tem validade e eficácia*”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 103.

<sup>251</sup> “*O Conselho de Administração é um órgão coletivo da administração da companhia, sem personalidade jurídica, cujos membros não podem decidir a não ser reunidos. Qualquer deliberação tomada sem respeitar o processo deliberativo colegiado será nula*”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107.

<sup>252</sup> “*(...) se a norma jurídica exige, como elemento do suporte fático de certo ato jurídico, que a vontade seja exteriorizada mediante declaração, a exteriorização por outra forma não bastará a que se possa considera-lo inexistente; vale dizer: quando exigida pela norma jurídica, a falta da declaração acarreta a inexistência do ato jurídico, não somente a sua nulidade ou ineficácia*”. MELLO, Marcos

É o que se defende aqui para as deliberações do conselho de administração. Exigiu a LSA determinada forma, a reunião, que, se não obedecida, inexistente deliberação.

### 3.1.1 – Os fatos e as deliberações inexistentes

Importante trabalhar outras questões sobre os fatos inexistentes<sup>253</sup>, vez que parte da doutrina, civilista<sup>254</sup> e comercialista<sup>255</sup>, esta majoritariamente, não aceita a teoria da inexistência, por considera-la equivocada e inútil.

---

Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 147.

<sup>253</sup> Pode causar estranheza o termo “ato inexistente”, que parece carregar uma contradição interna: se o ato foi praticado, ele existe. Como, então, conceber a ideia de um *ato* que não existe? Explicando a aparente contradição, esclarece Orlando Gomes que o sentido da inexistência é *jurídico*. Embora existente no mundo fático, não existe para o mundo jurídico, pois não possui “substantividade jurídica”, de maneira que não se formou para o Direito. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 420.

<sup>254</sup> Sílvio Rodrigues, sobre a teoria da inexistência: “*Seria inexistente porque, no mais das vezes, o ato malsinado cria uma aparência que para ser destruída implica recurso judicial. A compra e venda, devidamente transcrita, transfere o domínio, ainda que falte o consenso de uma das partes; por conseguinte, necessário se faz a declaração de ineficácia para que o ato não produza efeitos. O casamento celebrado por pessoa incompetente, registrado em livro próprio, cria uma aparência que só pode ser apagada por manifestação judicial, ordenando o cancelamento do termo. Seria inútil porque a noção de nulidade absoluta a substitui vantajosamente. Se falta ao ato um elemento substancial, ele deve ser proclamado nulo e de tal declaração decorre sua total ineficácia, gerando apenas aqueles efeitos porventura permitidos pela lei. Finalmente, seria inconveniente porque, a ser verdade que se pode prescindir de ação judicial para declarar a inexistência, estar-se-á privando as partes, interessadas no ato, das garantias de defesa que o processo oferece e dos eventuais efeitos por vezes atribuídos pela lei, mesmo na hipótese de nulidade. Tome-se o exemplo do casamento dito inexistente. Sendo considerado tal, não há precisão de ação ordinária para destruí-lo, podendo, segundo sustentam os modernos adeptos da teoria, a declaração de inexistência advir de simples despacho do juiz e de mera ação declaratória. Ora, o processo ordinário oferece garantias de defesa que não se encontram noutro procedimento. Em matéria de casamento, tais garantias não são penas de interesse privado, mas são também de interesse social, tanto que a lei, ao impor aquele rito processual, exige que no efeito funcione um defensor do vínculo, que representa e defende a sociedade (CC de 1916, art. 222). O acolhimento da ideia de inexistência, portanto, prescindindo o rito ordinário e a vigilância do Ministério Público, diminui a garantia que a lei oferece à sociedade e às partes interessadas na relação litigiosa. E isso é inconveniente.*” RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 291-292.

<sup>255</sup> “*Já tive ocasião de me pronunciar sobre essa questão, ressaltando que, em direito, não há distinção logicamente possível entre existência e validade, pois em matéria jurídica ser é valer*”. COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 191; “*Inclinamo-nos, pois, a rejeitar a categoria da inexistência das assembleias e suas deliberações, por entendermos que a categoria da nulidade dos referidos atos, se porventura já não abrangesse as hipóteses qualificadas como de inexistência, quando menos lhe daria, como de fato lhes dá, adequada solução*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 84; “*Como se vê, identidade completa entre inexistência e nulidade (...)*” LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 584.

Além de Bulhões Pedreira, anteriormente citado, Vivante aceita a aplicabilidade da teoria da inexistência para as deliberações, afirmando como inexistente aquela tomada em assembleia convocada por sócios minoritários que não têm direito para tanto; a deliberação tomada fora da sede social sem ordem do dia; a deliberação estranha ao objeto da empresa e contrária à ordem pública<sup>256</sup>.

Ainda, justifica-se o tópico desta pesquisa para corrigir um antigo e corriqueiro erro da doutrina de colocar os atos inexistentes dentro da categoria da invalidade<sup>257</sup> ou da eficácia.

O primeiro argumento para a necessidade e utilidade da diferenciação entre os termos é da própria lógica de seus conceitos. Inexistência se verifica no primeiro plano do fato jurídico, enquanto, nulidade, no da validade. São conceitualmente diferentes, têm critérios diferentes, o que não justifica reduzi-los a uma só categoria.

Fatos inexistentes são aqueles que não preenchem todos os elementos requeridos pelas regras jurídicas para enquadrá-los como tal. Ele nem sequer chega a se formar, pois falta-lhe elemento indispensável que lhe impede a *identificação*, tornando-o, conseqüentemente, inconcebível juridicamente<sup>258-259</sup>.

Assim, é no plano da existência que se enquadram os fatos inexistentes, e não no da validade, como propõem alguns autores<sup>260</sup>, ao considerar a inexistência uma terceira causa de invalidade<sup>261</sup>.

<sup>256</sup> (tradução livre da autora). Original: “*Gruppi di soci partigiani, minoranze faziose possono convocare l'assemblea senza averne il diritto dallo statuto; deliberare fuori della sede sociale, senza ordine del giorno; proclamare deliberazioni estranee all'oggetto dell'impresa, e perciò contrarie all'ordine pubblico. Queste deliberazioni non esistono (...)*”. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, vol. II. Milão: Francesco Vallardi, 1923, p. 253.

<sup>257</sup> Marcos Bernardes explica a origem da confusão doutrinária entre inexistência e nulidade: “*O formalismo do direito romano levava a considerar-se o nulo como inexistente. Nullus quer mesmo dizer nenhum, coisa nenhuma. Irritus é designa o existente passível de nulidade e tem mais o sentido de inútil, como se conclui das lições de Gaius (...). Essa orientação romana transposta aos dias de hoje é responsável pela atitude de alguns doutrinadores, que insistem em ter o nulo como inexistente e ineficaz*”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 154, nota 160.

<sup>258</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 421.

<sup>259</sup> Explica Pontes de Miranda sobre a entrada ou não do fato para o mundo jurídico: “*ou algo entrou ou se produziu e, pois, é, no mundo jurídico; ou não entrou, nem se produziu dentro dele, e, pois, não é*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo IV. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1954, p. 08.

<sup>260</sup> É comum a divisão das espécies de invalidade como nulidade, anulabilidade e inexistência, conforme se verifica: “*Variando as determinações e exigências da lei, com elas varia o grau de ineficácia, que pode atingir à imperfeição ou não, como pode abraçar a integridade do ato, ou apenas uma parte dele. Segundo estas oscilações há três categorias de atos inválidos, que serão objeto de nossas imediatas ponderações: uma primeira, referente à sua nulidade, quando em grau mais sensível o ordenamento jurídico é ferido, sendo maior e, ipso facto, mais violenta, a reação; uma segunda, anulabilidade, cuja estrutura se prende a uma desconformidade que a própria lei considera menos grave, motivadora de uma reação menos extrema e a terceira, inexistência, em que se verifica a*

O ato jurídico nulo, apesar de inválido, existe, pois comporta o suporte fático previsto pela norma. Possui todos os elementos exigidos para sua existência. Conforme esclarece Pontes de Miranda, dizer que há ato jurídico nulo e, ao mesmo tempo, assumir que ato nulo é inexistente, seria uma evidente contradição<sup>262</sup>.

Da mesma maneira, fatos inexistentes não se confundem com atos ineficazes. A eficácia de um fato só pode ser ponderada se aquele é existente, se cumpriu aquele mínimo de elementos que garante sua entrada para o mundo jurídico, para então verificar-se se presentes os fatores de eficácia.

O segundo e principal motivo que justifica a diferenciação dos conceitos são seus efeitos. O ato inexistente, o nada jurídico, não pode produzir nenhum efeito jurídico, próprio ou impróprio, pois sequer se revela ao Direito. O nulo, ao contrário, produz efeitos<sup>263</sup>, próprios ou não<sup>264</sup>. Portanto, além de conceitualmente mais correta, tem também utilidade a diferenciação entre nulo e inexistente, apesar de a doutrina comercialista entender o contrário, com base na superada regra de que o nulo não produz efeitos<sup>265</sup>.

*ausência de elementos constitutivos do negócio jurídico, de tal forma que se não chega a formar. E ainda há a ineficácia stricto sensu.* PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 438.

Ainda, confusão entre invalidade e ineficácia: “A primeira espécie de ineficácia que se tem de considerar é a nulidade, à qual se contrapõe a anulabilidade. Nulidade e anulabilidade são esses os dois primeiros casos de **ineficácia** da vontade que se tem de considerar”. DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito*. Parte geral. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1942-1945, p. 328.

<sup>261</sup> Antônio Junqueira de Azevedo critica esse posicionamento, por não ser lógico: não há gradação de invalidade entre esses inexistência, nulidade e anulabilidade: “Não é lógico que se continue a colocar, ao lado do nulo e do anulável, o negócio dito inexistente, como se se tratasse de um tertium genus de invalidade. Não há uma gradação de invalidade entre o ato inexistente, o nulo e o anulável. Ao negócio inexistente opõe-se o negócio existente (este é que pode ser nulo, anulável, ou válido). A dicotomia ‘negócio existente – negócio inexistente’, de um lado, e a tricotomia ‘negócio válido – negócio nulo – negócio anulável’, de outro, estão em planos diferentes.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 63.

<sup>262</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo IV. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1954, p. 11.

<sup>263</sup> “Se o ato jurídico nulo pode produzir efeitos jurídicos, como já vimos, não é possível tê-lo por inexistente, porque, à evidência, do nada não pode resultar alguma coisa”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 154, nota 160.

<sup>264</sup> Nesse sentido: “Já o ato inexistente não gera consequência alguma, nem mesmo esses efeitos secundários. Pois bem, essa distinção entre nulidade e inexistência, levando em consideração tais consequências laterais ou secundárias, é particularmente útil no que se refere às assembleias de sociedades por ações, dada a frequente impossibilidade de negar efeitos retroativos a deliberações inquinadas de nulidade que operaram transformações empresariais irreversíveis”. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*, vol. 2. São Paulo: Editora Singular, 2004, p. 1326-1327.

<sup>265</sup> “Pois a distinção clássica entre o ato nulo e o anulável não está em que o primeiro ‘não produz qualquer efeito, pois quod nullum est nullum producit effectum’? De igual modo, se o fato não estiver suficientemente provado, o ato nulo também exige a propositura de ação para declaração de sua

Há ainda outro argumento, apresentado por Valladão, que merece ser enfrentado. O autor, com base na doutrina de Antônio Junqueira, afirma que negócio inexistente não é simplesmente o não ser, é preciso uma aparência. Como exemplo, cita o ato não realizado, mas registrado<sup>266</sup>.

Valladão, então, questiona:

é difícil, com efeito, considerar juridicamente inexistentes atos que, *para serem eficazes*, devem ser documentados em ata (art. 130 da Lei nº 6.404/76), lavrada em livro obrigatório (art. 100, inciso IV), arquivada no Registro do Comércio e publicada (arts. 94, 134, §5º, e 135, §1º). Tais atos, então, não terão produzido nenhum efeito? E, ainda que a ata não tenha sido arquivada, a sua lavratura não implicaria uma declaração negocial, embora podendo ser viciada?<sup>267</sup>

Nessa perspectiva, uma assembleia geral não realizada, mas a que se atribuiu uma ata falsa que foi registrada, produz efeitos. A sua inexistência fática não implica, necessariamente, a sua inexistência jurídica.

Realmente, não se pode admitir que o *nada* produza efeitos – pois, de fato, ato inexistente não tem eficácia, por definição e lógica. Os efeitos decorrem, na verdade, da lavratura, registro e conseqüente divulgação da ata falsa<sup>268</sup> – atos concretos, que influenciam e deformam a realidade fática e jurídica, criando uma *assembleia geral aparente* – e não de uma *assembleia geral inexistente*<sup>269</sup>.

---

*invalidade e ineficácia. Não se vê, assim, com a devida vênia, qual a utilidade da distinção entre nulidade e inexistência*". NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 80.

<sup>266</sup> Explica Valladão: "(...) *para que se possa falar de negócio jurídico inexistente, 'não basta esse nada, esse não ser; é preciso uma aparência de ser'. Negócio jurídico inexistente é para ele, pois, um 'negócio aparente'; a aparência é a sua essência*'. O eminente civilista pátrio dá alguns exemplos que bem ilustram seu pensamento: (a) *a do ato não realizado mas, mesmo assim, registrado ou constante de certidão*". NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 79.

<sup>267</sup> NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 81-82.

<sup>268</sup> "As deliberações aparentes, no Direito português, serão aquelas que sejam levadas ao registro comercial e na base das quais certos terceiros tenham adquirido direitos, de boa fé. Mesmo quando não correspondem a qualquer materialidade, elas produzirão os seus efeitos, de acordo com as regras do registro". CORDEIRO, António Menezes. *SA: Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 180.

<sup>269</sup> Cf. tópico 3.1.2.

Trata-se, assim, de uma hipótese de simulação, causadora de nulidade, e não de inexistência jurídica. É o ato *aparente*, mais especificamente, a ata levada a conhecimento de terceiros, que produz efeitos; não o ato inexistente, não praticado.

Simular, segundo explicação de Marcos Bernardes, significa:

em linguagem comum, aparentar, fingir, disfarçar. Simulação é o resultado do ato de aparentar, produto de fingimento, de hipocrisia, de disfarce. O que caracteriza a simulação é, precisamente, o ser não verdadeira, intencionalmente, a declaração de vontade. Na simulação quer-se o que não aparece, não se querendo o que efetivamente aparece. ‘Ostenta-se o que não se quis; e deixa-se, inostensivo, aquilo que se quis’<sup>270</sup>.

Segundo Rosenvald e Farias, o negócio simulado “*corporifica uma situação que se apresenta verdadeira, sem o ser*”<sup>271</sup>.

A simulação pode ser classificada como relativa ou absoluta. Diz-se relativa se o negócio jurídico aparente encobre outro, verdadeiramente querido e praticado pelas partes – caso de uma compra e venda a preço irrisório que, na realidade, oculta um contrato de doação; e absoluta, quando nada se oculta além da própria inexistência do ato declarado – como um atestado médico falso<sup>272</sup>, ou uma falsa compra e venda, na qual o dono continua a exercer todos os direitos inerentes ao domínio e jamais recebe o preço ajustado, declarando e registrando a pretensa alienação, tão somente, para tentar subtrair o bem da execução de seus credores<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 161.

<sup>271</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodium, 2013, p. 642.

<sup>272</sup> “Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: [...] os contratos contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira, conforme inciso II, do §1º, do art. 167, da Codificação (é o típico exemplo dos falsos atestados médicos)”. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodium, 2013, p. 642.

<sup>273</sup> “A simulação absoluta ocorre quando as partes fingem um ato que é mera aparência, algo que na verdade não existe, que portanto é vazio de conteúdo (colorem habet, substantiam vero nullam). Por exemplo, o devedor simula vender os seus bens a pessoa de sua confiança, em data pretérita, a fim de escapar da cobrança movida por seus credores. Por outro lado, a simulação relativa, também chamada de dissimulação, é aquela em que há um negócio simulado, que camufla um outro negócio, o qual é dissimulado, escondido (colorem habet, substantiam vero alteram)”. MATTIETTO, Leonardo. *Negócio jurídico simulado (notas ao art. 167 do Código Civil)*. Revista Jurídica, v. 349, ano 54, novembro de 2006, p. 224.

“A simulação absoluta, conforme anotamos acima, conduz à inexistência do negócio jurídico, por falta de elemento essencial à formação do fato jurídico (= manifestação consciente de vontade)”.

Conforme explica Marcos Bernardes, a simulação, embora causadora de nulidade, “*produzirá efeitos em relação a terceiros de boa fé em face dos figurantes do negócio*” (ou seja, aqueles que produziram a simulação)<sup>274</sup>. Significa dizer que os efeitos do negócio nulo serão excepcionalmente preservados em favor das partes inocentes, e se tornarão exigíveis ante os simuladores, tal como expresso no Código Civil<sup>275</sup>.

Ao caso da ata falsa se aplica, pois, o art. 167, §1º, II, que dispõe haver simulação quando os negócios jurídicos contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira<sup>276</sup>. A assembleia geral deve ser sancionada com nulidade absoluta, face à sua simulação, e não com a declaração de inexistência – pois, *aparentemente*, existiu e, *realmente*, produziu efeitos, o que basta ao reconhecimento de sua existência jurídica, independentemente de outros elementos de fato, como a convocação, a efetiva reunião de acionistas em assembleia, ou a sua manifestação de voto.

Portanto, não se deve afastar a categoria da inexistência, como pretende Valladão, ao comentar esse exemplo, simplesmente afirmando que a nulidade lhe dá solução<sup>277</sup>.

---

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 165.

“Na simulação relativa o ato simulado não se reduz a uma simples aparência; por trás dela existe um ato jurídico real e sério que as partes quiseram realizar e, que dadas certas condições, pode ser juridicamente eficaz. Esse ato dissimulado é, porém, desfigurado pelas partes para enganar terceiros aos olhos de quem se faz aparecer um ato jurídico de natureza diversa, ou de conteúdo diferente, ou realizado entre pessoas que não são as que na realidade nele intervieram”. SANTOS, José Beleza dos. A simulação em Direito Civil. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1999, p. 209.

<sup>274</sup> “*O negócio jurídico simulado, embora nulo, produzirá sua eficácia em relação a terceiros de boa-fé em face dos figurantes do negócio*”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 162.

<sup>275</sup> “**Art. 167, § 2º, CC** - Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado”.

<sup>276</sup> “*O rol dos incisos I a III não resulta taxativo, pois a lei não pretende descrever todas as hipóteses de viciação, mesmo porque a própria redação dos dispositivos é suficientemente aberta, a permitir a compreensão de fatos que não tenham sido diretamente descritos nos textos legais. A condenação do negócio jurídico simulado revela, afinal, a expressão do princípio jurídico que assegura a veracidade e promove a confiança nas relações negociais*”. MATTIETTO, Leonardo. *Negócio jurídico simulado (notas ao art. 167 do Código Civil)*. Revista Jurídica, v. 349, ano 54, novembro de 2006, p. 222.

<sup>277</sup> “*Inclinamo-nos, pois, a rejeitar a categoria da inexistência das assembleias e suas deliberações, por entendermos que a categoria da nulidade dos referidos atos, se porventura já não abrangesse as hipóteses qualificadas como de inexistência, quando menos lhe daria, como de fato lhes dá, adequada solução*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 84.

### 3.1.2 - Sobre a inocorrência das reuniões

Conforme sustentado, as deliberações, para serem qualificadas juridicamente dessa maneira, precisam ser tomadas em reuniões. A partir disso, questão que se coloca é o que configura uma reunião, especialmente diante da constatação fática de que, especialmente em companhias de menor porte, as reuniões administrativas e assembleias de acionistas nem sempre ocorrem. É comum que os membros de cada órgão apenas cheguem a um consenso sobre as matérias e providenciem a confecção de uma ata, sem terem se encontrado para a respectiva deliberação, o que normalmente ocorre sem qualquer prejuízo para a qualidade da decisão.

Valladão, seguindo Bulhões Pedreira, ao tratar das deliberações da assembleia geral, afirma que um dos motivos pelos quais é necessário seguir o “*método assemblear*” é que por meio dele o acionista não estará emitindo uma simples opinião desqualificada, mas uma declaração de vontade com força de voto, que será computada para fins de formação da vontade social, de maneira formal. Assim, votar em assembleia é juridicamente diferente de emitir sua opinião sobre um mesmo assunto, em uma situação diversa, fora da reunião: no primeiro caso, o sócio estaria votando e contribuindo para a formação de vontade da companhia; no segundo, o ato seria desprovido de qualquer relevância jurídica.

Para ilustrar, Bulhões Pedreira dá o exemplo de um pesquisador de opiniões que pergunta aos sócios qual deve ser a decisão sobre certa demanda. A conclusão a que chega esse pesquisador não pode ser considerada uma deliberação formal. Para tanto, os sócios precisam se manifestar nessa qualidade, com o fim de definir a vontade social<sup>278</sup>, o que se dá observando um procedimento.

---

<sup>278</sup> “O efeito desse procedimento é a formação da vontade social do grupo - *expressão que não significa vontade de um ser substancial distintos dos membros do grupo social, mas conjunto organizado de atos de vontade dos membros do grupo. O que distingue o agregado de atos individuais de vontade da deliberação coletiva é que nesta os atos individuais são organizados por efeito do procedimento de formação da vontade social.* A seguir, Bulhões Pedreira dá exemplo altamente expressivo da necessidade de um procedimento para regular formação da deliberação coletiva: ‘Assim, por exemplo, se um pesquisador de opiniões pergunta a todos os sócios de sociedade qual deva ser a decisão social sobre determinada questão, o conjunto de respostas que recebe é um agregado de atos individuais, não uma deliberação coletiva: ainda que todos se manifestem no mesmo sentido, essas manifestações não expressam a vontade social - não são imputáveis ao grupo, como um todo. Para que exista a deliberação social é necessário que os sócios se manifestem sobre propostas de deliberação na qualidade de membros do grupo e com o fim de definir a vontade social, o que pressupõe um procedimento que organize seus atos. Esse procedimento precisa compreender ao menos: (a) a comunicação a todos os sócios da instauração do processo de deliberação e da proposta a ser votada; (b) a manifestação dos sócios sobre a proposta com o fim de formar a vontade social; e (c) a coleta dos votos e proclamação da deliberação social’”. (original sem negrito) NOVAES FRANÇA, Erasmo



Estão corretos os autores. Também para a regular formação das deliberações do conselho de administração é preciso seguir determinado método.

Ocorre que a reunião dos conselheiros (bem como a reunião dos acionistas, no outro caso) faz parte deste método, estando, inclusive, relacionada com a existência das deliberações, conforme se defendeu em tópico anterior. O que se pretende demonstrar aqui não é a desnecessidade da reunião, mas a atual flexibilidade de sua configuração.

Menezes Cordeiro, tratando das assembleias, relata algumas formas de deliberações fora delas trazidas pelo Código das Sociedades Comerciais português, quais sejam: deliberações unânimes por escrito<sup>279</sup>, deliberações por voto escrito (para as sociedades por cotas)<sup>280</sup> e deliberações por correspondência<sup>281</sup>. Afirma que esses mecanismos permitem que, apesar da ausência física, “*os sócios fazem chegar a sua vontade - o seu voto - à sociedade*”<sup>282</sup>. Porém, assinala que mesmo diante destes mecanismos, o mais frequente, na prática, é um prévio consenso do órgão a respeito da matéria, a elaboração de uma ata e sua circulação para a coleta de assinaturas, sem a reunião física dos acionistas<sup>283</sup>.

Não parece reprovável esse mecanismo, que ocorre com diversos órgãos das sociedades. Especialmente nos dias atuais, em que a prática negocial está cada vez mais dinâmica e a tomada de decisões precisa ser mais rápida, sendo muitas vezes

Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38.

<sup>279</sup> “**Art. 54º / 1, Código das Sociedades Comerciais português** - Podem os sócios, em qualquer tipo de sociedade, tomar deliberações unânimes por escrito (...)”.

<sup>280</sup> “**Art. 247º / 2, Código das Sociedades Comerciais português** - Não havendo disposição de lei ou cláusula contratual que o proíba, é lícito aos sócios acordar, nos termos dos números seguintes, que a deliberação seja tomada por voto escrito”.

<sup>281</sup> “**Art. 384º / 9, Código das Sociedades Comerciais português** - Se os estatutos não proibirem o voto por correspondência, devem regular o seu exercício, estabelecendo, nomeadamente, a forma de verificar a autenticidade do voto e de assegurar, até ao momento da votação, a sua confidencialidade, e escolher entre uma das seguintes opções para o seu tratamento: a) Determinar que os votos assim emitidos valham como votos negativos em relação a propostas de deliberação apresentadas ulteriormente à emissão do voto; b) Autorizar a emissão de votos até ao máximo de cinco dias seguintes ao da realização da assembleia, caso em que o cômputo definitivo dos votos é feito até ao 8.º dia posterior ao da realização da assembleia e se assegura a divulgação imediata do resultado da votação”.

<sup>282</sup> CORDEIRO, António Menezes SA: *Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 29.

<sup>283</sup> “*Vejamos a contraprova da vida. Numa pequena sociedade por quotas, de tipo familiar ou equivalente, os sócios dispensarão, em regra, as assembleias gerais e formais. Mas nem por isso recorrerão a votos escritos ou por correspondência, numa complicação adversa a qualquer gestão societária. Antes se elaborará uma acta da “assembleia geral”, a qual circulará para colher todas as assinaturas. A grande maioria das 300.000 sociedades por quotas existentes no nosso País funciona desse modo. E assim se conserva o papel material básico da assembleia geral*”. CORDEIRO, António Menezes SA: *Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 29.

difícil reunir, em um mesmo lugar, ao mesmo tempo, todos os membros de um órgão. É necessário criar novos mecanismos e readaptar conceitos para esta nova realidade.

É o que se dá com a “reunião” dos conselheiros. O que é indispensável é o caráter deliberativo da decisão, o agir coletivo: é preciso que de fato haja discussão dos membros e avaliação de estratégias, mas isso não significa ser imprescindível o encontro físico. Conforme afirma Menezes Cordeiro, “*é patente que a matriz ontológica, sociológica, psicológica e jurídica da deliberação é a decisão colectiva*”<sup>284</sup>.

Respeitada a essência da reunião, de permitir a discussão entre os membros, no melhor interesse da sociedade, de modo que todos possam livremente, sem obstáculos, emitir sua opinião e sua vontade, fazer seus questionamentos e ponderações, apontar discordâncias, não parece essencial o encontro físico.

No que tange aos elementos de existência da deliberação, ao emitir o voto, ainda que fora de um encontro de todos os membros, é preciso que o conselheiro, expressando sua vontade, tenha consciência de que está fazendo com aquele sentido e para aquele propósito. É exatamente nesse ponto que se encontra a correta e necessária diferença que apontam Bulhões Pedreira e Valladão sobre a mera opinião e o voto qualificado juridicamente.

Marcos Bernardes, ao tratar dos elementos de existência dos atos jurídicos, aponta que a vontade exteriorizada deve ser consciente:

aquele que a declara ou manifesta deve saber que a está declarando ou manifestando com aquele sentido próprio. (...) A inexistência da vontade negocial, na sua manifestação, leva à inexistência do ato<sup>285</sup>.

O autor ilustra, como o fazem Valladão e Bulhões Pedreira, que no cotidiano nem sempre as condutas são o que parecem: o que determina é a consciência. Dá o exemplo de uma pessoa que permanece imóvel no momento de uma deliberação em que o voto contrário deve ser manifestado levantando o braço. Porém, na realidade, aquela pessoa estava imóvel em virtude de um desmaio. Ora, embora pareça, sua

---

<sup>284</sup> CORDEIRO, António Menezes SA: *Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 29.

<sup>285</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 148.

imobilidade não pode ser considerada uma concordância, em razão da falta de consciência<sup>286</sup>.

Da mesma forma, ao dar sua simples opinião sobre determinada matéria de sua competência a um pesquisador de opiniões, o conselheiro não está, de fato, emitindo um voto. Porém, quando discutindo a mesma matéria com os demais membros do órgão e quando examinando uma ata para assinatura, está, sim, conscientemente, com o propósito de deliberar e votar, como realmente faz, na qualidade de conselheiro. Não significa que foi inobservado o procedimento.

Não se está falando aqui de *erro* na manifestação da vontade, mas de *inconsciência*, como alerta o próprio Marcos Bernardes<sup>287</sup>. A consciência que aqui se menciona é “*da manifestação em si, não do específico conteúdo jurídico dessa manifestação*”<sup>288</sup>.

### 3.2 – O plano da validade das deliberações

Ultrapassada a análise da existência, os fatos jurídicos cujo suporte fático tenha como elemento necessário a vontade, quais sejam, os atos jurídicos<sup>289</sup>, submetem-se ao plano da validade. Os demais passam diretamente ao exame da

<sup>286</sup> “*O cotidiano da vida demonstra que situações desse tipo são comuns, particularmente quando se trata de manifestações de vontade. Algumas vezes, certa conduta, que aparenta determinado sentido para as pessoas que dela tomam conhecimento, na verdade tem um significado real completamente diferente. Muitas vezes, aquilo que se exterioriza e se torna conhecido das pessoas nem sempre coincide com o que realmente acontece no espírito daquele que está a realizar a conduta. Uma pessoa que, por estar desmaiada, permanece imóvel em momento de deliberação cujo voto contrário deva ser expressado levantando o braço, não pode ter a sua imobilidade considerada como voto favorável, em razão de sua inconsciência*”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 148.

<sup>287</sup> “*A questão da inconsciência não se confunde com o problema do erro na manifestação de vontade. a inconsciência implica inexistência da vontade, enquanto no erro há vontade, porém defeituosa. Por isso, no caso de inconsciência da vontade não há negócio jurídico ou ato jurídico stricto sensu; havendo erro, existe o ato jurídico (negócio ou ato jurídico stricto sensu), mas anulável (=passível de anulação), como decorrência do defeito na formação da vontade*”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 149.

<sup>288</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

<sup>289</sup> Nesse sentido: “*Tenhamos sempre presente que a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só dizem respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos stricto sensu. Não há atos-fatos jurídicos válidos, ou não válidos. Nem atos ilícitos, ou fatos jurídicos stricto sensu*.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo IV. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1954, p. 04; “*Os fatos jurídicos que não têm a vontade como elemento relevante do suporte fático (= fato jurídico stricto sensu, ato-fato jurídico) e todos os fatos jurídicos ilícitos lato sensu, porque não estão sujeitos a serem avaliados segundo os parâmetros de validade, passam diretamente ao plano da eficácia*.” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 27.

eficácia. Dessa forma, as deliberações do conselho de administração submetem-se a esse plano, o que torna necessária a sua análise.

Marcos Bernardes determina que válido é o ato jurídico “*cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar*”<sup>290</sup>.

O suporte fático dos atos jurídicos é composto por elementos nucleares, que são os elementos (pressupostos) de existência, formadores do ato, e também por elementos complementares, que qualificam o ato. São estes últimos os relacionados à validade. Conforme explica Antônio Junqueira de Azevedo, os elementos complementares, denominados por Pontes de Miranda de *requisitos*, dizem respeito à *perfeição* ou *qualificação* dos elementos nucleares, havendo um paralelismo entre eles<sup>291</sup>.

<sup>290</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

<sup>291</sup> “*Há certo paralelismo entre o plano da existência e o plano da validade: o primeiro é um plano de substâncias, no sentido aristotélico do termo: o negócio existe e os elementos são; o segundo é, grosso modo, um plano se adjetivos: o negócio é válido e os requisitos são as qualidades que os elementos devem ter. Há, no primeiro plano: a existência, o negócio existente e os elementos sendo. Há, no segundo: a validade, o negócio válido e os requisitos como qualidades dos elementos*”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 42.

Stolze, seguindo essa linha, afirma que os pressupostos de validade são determinados a partir dos elementos de existência, adicionados de qualidades ou adjetivos, tratando-se de um plano de adjetivação ou qualificação jurídica (GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 1: parte geral. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 378).

É também o que explicam Farias e Rosenvald: “*(...) é fácil concluir que há certo paralelismo entre os elementos do plano da existência e os elementos do plano da validade, constituindo estes, de forma simples e direta, a qualificação, adjetivação, daqueles*. Correspondem os requisitos do plano da validade às qualidades que os elementos estruturais (existenciais) devem ter. *No primeiro plano (existência), os elementos aparecem, estruturam o negócio. Já no plano seguinte (validade), aqueles mesmos elementos se qualificam, para que se tornem aptos a produzir efeitos*”. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodium, 2013, p. 617.

No mesmo sentido, Humberto Theodoro afirma que o plano da validade corresponde à pesquisa da *perfeição* do negócio jurídico (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 413).

O Código Civil vigente elencou no art. 104 os requisitos de validade dos negócios jurídicos, embora a doutrina afirme, com razão, que o dispositivo não esgotou o tema. (“**Art. 104, CC - A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei**”)

Segundo Marcos Bernardes de Mello, o dispositivo, insuficiente e incompleto, não tratou dos seguintes pontos: “*deixando-se de referir-se, explicitamente, à moralidade do objeto (Código Civil, art. 122, primeira parte) e à incompatibilidade com norma jurídica cogente (Código Civil, art. 166, VI), como também à inexistência de deficiências em elementos do suporte fático dos atos jurídicos, dentre as quais se incluem os vícios que afetam a higidez da manifestação da vontade e outros defeitos que comprometem a perfeição e causam a invalidade, por anulabilidade, do ato jurídico (Código Civil, art. 171), bem assim a falta de anuência de outras pessoas, que, em certas situações, é exigida.*” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010,

Existem dois tipos de invalidade no direito brasileiro: anulabilidade e nulidade<sup>292-293</sup>, aplicáveis às deliberações<sup>294</sup>.

O agente das deliberações do conselho de administração é a própria sociedade, por intermédio do órgão. Os conselheiros não são os sujeitos: são eles que emitem os votos para a formação da vontade, como instrumentos; o objeto precisa ser lícito, que seria o conteúdo da deliberação<sup>295</sup>; e a forma prescrita por lei, qual seja, declaração de vontade emitida em reunião.

Por ser órgão de deliberação colegiada, a vontade é expressada mediante deliberação “da maioria de seus membros reunidos, após discussão e voto”<sup>296</sup>. Conforme explicita Carvalhosa, para a tomada de decisões há um *procedimento* a ser seguido, com as seguintes fases: convocação, instalação, discussão e votação majoritária<sup>297</sup>.

p. 50-51; No mesmo sentido: “*Tal elenco [o do art. 104], amplamente divulgado pela doutrina sob a denominação de pressupostos de validade do negócio jurídico, não reflete, todavia, a magnitude científica e amplitude teórica do plano da validade do negócio jurídico. Entende-se que a lei não é posta para definir, classificar ou sistematizar institutos jurídicos, por ser este o labor da doutrina, mas não se pode deixar de reconhecer, por outro lado, que este rol legal é insuficiente, senão lacunoso e impreciso*”. GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 1: parte geral. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 378.

<sup>292</sup> “a invalidade comporta graus, conforme a gravidade e intensidade da infração à norma jurídica”. VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 21.

No mesmo sentido: “O novo Código trata a invalidade (...) como um gênero a que correspondem duas figuras: a nulidade (art. 166) e a anulabilidade (art. 171). A diferença entre elas não é de substância, mas apenas de intensidade ou grau”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 422.

O STJ também reconhece essa incompletude: “De fato, a questão da anulabilidade não se vincula ao plano de existência dos atos jurídicos, mas ao plano de validade, cujos pressupostos, **ainda que de forma incompleta** (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Consumado – Plano da Existência*. 10a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17), **são elencados no art. 104 do Código Civil**”. (original sem negrito) STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.232.422 - MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 17.06.10.

<sup>293</sup> “Não há uniformidade, nem legislativa nem doutrinária, quanto à terminologia empregada para designar essas duas espécies de invalidade. 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”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

<sup>294</sup> “As duas grandes categorias de vícios das deliberações, à semelhança do que sucede com os negócios jurídicos, são constituídas pela nulidade e pela anulabilidade”. CORDEIRO, António Menezes. *SA: Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 183.

<sup>295</sup> “Por objeto do negócio jurídico deve-se entender todo o seu conteúdo”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 134.

<sup>296</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106.

<sup>297</sup> “O Conselho de Administração é, por lei, definido como órgão de deliberação (art. 138). O que o caracteriza como órgão deliberativo é que somente pode o órgão manifestar sua vontade recorrendo à

No estudo das deliberações das assembleia geral, órgão também colegiado e com estrutura bastante semelhante à do conselho de administração, igualmente há referência a este *procedimento* ou *método* a que a assembleia geral está sujeita<sup>298</sup>, chamado pela doutrina italiana de método assemblear<sup>299</sup>. Menezes Cordeiro, também nesse sentido, afirma que a deliberação exige uma coordenação entre diversas pessoas, um processo deliberativo, que é o conjunto de atos concatenados para a obtenção da deliberação<sup>300</sup>.

Esse procedimento, no caso dos dois órgãos, é regulado por um conjunto de regras relativas a cada uma de suas partes (convocação, instalação, discussão e votação). É a observância dessas regras que determinará a validade das deliberações<sup>301</sup>.

Valladão afirma que o procedimento assemblear “*destina-se a possibilitar o contraditório, funcionando, assim, como uma forma de proteção à minoria*”<sup>302</sup>, pois constitui um mecanismo de prévia informação do acionista e de possibilidade de discussão da matéria com a maioria.

O conceito de contraditório aqui muito se aproxima daquele apresentado no direito Processual, decomposto, segundo Didier, em duas garantias: participação e possibilidade de influência na decisão. Na primeira perspectiva, a parte precisa ter a garantia de se expressar e ser ouvida no processo. Na segunda, acrescenta-se à

---

*deliberação da maioria de seus membros reunidos, após discussão e voto. Há, portanto, todo um procedimento que deve ser obedecido para que essa vontade seja eficaz. É diversa, pois, a decisão colegiada da simples somatória de vontades dos membros que compõem o órgão. Difere, ainda, do poder decisório da diretoria, cujos membros, conforme o estatuto, podem exercitá-lo isolada ou conjuntamente. Deliberação, portanto, é processo de formação e manifestação da vontade de um órgão, cujos elementos são a convocação, a instalação, a discussão e a votação majoritária”.* CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 106-107.

<sup>298</sup> “A assembleia geral (...) é o órgão da companhia a qual a lei atribui o poder-função deliberante (...). De outra parte, o exercício desse poder-função está sujeito a um determinado procedimento, minuciosamente regulado pela lei, consistente na prévia convocação da assembleia, com indicação da ordem do dia a ser discutida, e no cumprimento de uma série de formalidades durante o conclave (...)”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 37.

<sup>299</sup> NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 37.

<sup>300</sup> “A deliberação exige uma coordenação entre diversas pessoas. Podemos falar num processo deliberativo: um conjunto de actos concatenados para a obtenção de um fim: a própria deliberação”. CORDEIRO, António Menezes. *SA: Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 159.

<sup>301</sup> “(...) o método assemblear constitui condição de validade das deliberações”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 37.

<sup>302</sup> NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 37.

possibilidade de comunicação, o poder de influência da parte: ela precisa ter condições de efetivamente poder interferir, com argumentos, provas e ideias, no convencimento do magistrado<sup>303</sup>.

Da mesma forma que as partes no processo, os acionistas e os conselheiros precisam ter oportunidade de participar do debate, de se manifestarem e, mais que isso, de contribuir com a discussão, de maneira informada, para de fato interferirem na deliberação.

O segundo motivo trazido por Valladão que justifica o método assemblear é que por meio dele o votante irá se manifestar na qualidade de acionista<sup>304</sup>.

O terceiro motivo para a exigência do método assemblear elencado por Valladão<sup>305</sup>, que igualmente se aplica ao órgão administrativo, é o princípio majoritário. Sabe-se que ainda que se determinado acionista ou conselheiro não participe de certa deliberação ou seja contrário a ela, ainda assim estará vinculado, se a maioria determinar. Dessa forma, não podem eles se subordinarem a decisões às quais não tiveram acesso. Nos termos de Comparato, essa situação seria “*aberrante*”<sup>306</sup>.

A LSA não traz de maneira pormenorizadas as regras desse procedimento para o conselho de administração, como o faz com a assembleia geral, ficando o trabalho para o estatuto<sup>307</sup>.

---

<sup>303</sup> “O princípio do contraditório pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência; comunicação; ciência) e possibilidade de influência da decisão. A garantia da participação é a dimensão formal do princípio do contraditório. Trata-se da garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Esse é o conteúdo mínimo do princípio do contraditório e concretiza a visão tradicional a respeito do tema. De acordo com esse pensamento, o órgão jurisdicional efetiva a garantia do contraditório simplesmente a dar ensejo à ouvida da parte. Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do ‘poder de influência’. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional - e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão”. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 57.

<sup>304</sup> NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38.

<sup>305</sup> NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 39.

<sup>306</sup> “Seria, com efeito, aberrante que todos os componentes do collegium (ou a pessoa jurídica na qual este se insere como órgão) ficassem vinculados por deliberações coletivas de vontade às quais não tiveram acesso”. COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 185.

<sup>307</sup> “Cabe obrigatoriamente ao estatuto da companhia definir as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, que deliberará por maioria de votos. (...) Desta forma, caso o estatuto

Apesar da abertura legal, deve haver razoabilidade na fixação dessas normas, para não prejudicar a atividade do órgão<sup>308</sup>. Por exemplo, sobre a instalação das reuniões, autores recomendam que o quórum de instalação das reuniões não seja maior que a maioria dos conselheiros, sob pena de dificultar ou inviabilizar a sua ocorrência<sup>309</sup>.

Apenas determina a LSA que as deliberações serão tomadas por maioria de votos, podendo ser estabelecido quórum especial<sup>310</sup> para certas matérias especificadas no estatuto<sup>311</sup> (e nunca todas as matérias)<sup>312</sup>. A LSA apenas refere-se à “*maioria*”, sem especificar se trata-se de maioria do presentes à reunião ou maioria da totalidade dos membros. A doutrina majoritária entende que o caso é de maioria dos presentes<sup>313</sup>. É, de fato, a posição mais correta.

---

*não estabeleça as regras acima, a Junta Comercial estará impedida de arquivar os documentos de constituição, devendo a companhia tomar as devidas providências para sanar a falha. Para tanto, caberá aos primeiros administradores a convocação de AGE, na qual será apresentada, discutida e deliberada a matéria, de acordo com o art. 95 da LSA (...)*”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 427.

Eizirik apresenta a solução de ser omissivo o estatuto, apesar da fiscalização do Registro do Comércio: “*Deve o estatuto dispor sobre a convocação, instalação e funcionamento do conselho. Em seu silêncio, as deliberações deverão adotar, em princípio, o mesmo sistema da assembleia, com relação ao processo decisório e às invalidades das deliberações*”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 267.

“*Geralmente se estabelece uma periodicidade mínima para as reuniões ordinárias do conselho de administração, sempre cabível a convocação de reuniões extraordinárias quando surgirem matérias de deliberação necessária e urgente*”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 431.

<sup>308</sup> “*É fundamental que as normas para convocação, instalação e funcionamento do conselho de administração preencham um mínimo de formalidades, mas que não venham a tolher a agilidade do funcionamento do órgão, evitando prejuízos para a companhia*”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 411.

<sup>309</sup> “*Já o quorum de instalação será sempre formado pela maioria absoluta dos conselheiros; não pode o estatuto estabelecer quorum qualificado de presença pelo evidente bloqueio que tal exigência poderia trazer às deliberações do conselho de administração*”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 273.

<sup>310</sup> Conforme apresenta Lucena, são três os tipos de quórum: maioria simples, maioria absoluta e maioria qualificada. Maioria simples é a maioria dos presentes à reunião ou assembleia, sem qualquer exigência adicional. Maioria absoluta é maioria do total dos membros de um órgão, independentemente do número de presentes para a tomada da decisão. Maioria qualificada ou maioria especial é um quórum acima da maioria absoluta. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 122-123.

<sup>311</sup> “**Art. 140, IV, LSA** - as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, que deliberará por maioria de votos, podendo o estatuto estabelecer quórum qualificado para certas deliberações, desde que especifique as matérias”.

<sup>312</sup> “*O estatuto pode prever que a deliberação sobre determinadas matérias requeira quorum qualificado (art. 140, IV), mas não que todas as deliberações dependem desse quorum*”. LEÃO JÚNIOR, Luciano de Souza. In: : PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1053.

<sup>313</sup> “*A maioria absoluta corresponde ao primeiro número inteiro superior à metade do número total de conselheiros presentes à assembléia.*” LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312. “*(...) no silêncio do estatuto, as deliberações serão sempre tomadas por maioria dos votos dos conselheiros presentes*”. EIZIRIK,



Primeiro, porque a lei não especificou a maioria absoluta ou qualificada e, quando é intenção do legislador exigí-las, deve fazer expressamente<sup>314</sup>. Segundo, porque exigir metade dos membros não seria compatível com a exigência do quórum de instalação de primeira e segunda convocação. Afinal, se é preciso mais da metade dos membros para tomar uma decisão, necessariamente mais da metade deles sempre teria que estar presente, inexistindo a possibilidade da segunda instalação com qualquer número.

Questão que se coloca é sobre quais matérias podem ter seu quórum deliberativo aumentado. Eizirik e Carvalhosa já se manifestaram no sentido de que é possível apenas para assuntos específicos, sob pena de dificultar ou inviabilizar a tomada de decisões ordinárias do órgão, que estaria sempre sujeita à concordância de muitos conselheiros: “*somente* matérias de reorganização societária é que, em princípio, podem demanda o quorum qualificado”, ou seja, “matérias que alterem a estrutura jurídica ou patrimonial da sociedade ou seu objeto social”<sup>315</sup>.

Outros autores, porém, não defendem tal exigência, de modo que poderia o estatuto exigir maioria mais rigorosa para qualquer outra questão. O próprio Eizirik, a despeito da posição acima citada, já se manifestou no sentido de que a eleição de

---

Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 273; “A lei estabelece que as deliberações do Conselho de Administração serão tomadas por maioria de votos (art. 140, IV), ou seja, pela maioria dos conselheiros presentes à reunião”. LEÃO JÚNIOR, Luciano de Souza. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1052-1053; “Considerando-se a inexistência de especificação legal, o quórum de deliberação tem em vista a maioria simples (dos presentes) (...)”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 428.

Em contrário: “A lei, entretanto, não qualificou a maioria exigida, de sorte que não se sabe se se trata na espécie de maioria simples ou absoluta, nem tampouco de maioria dos membros do Conselho ou de maioria dos membros presentes às reuniões do órgão. A falta de expressa definição legal a respeito, é de admitir-se que o estatuto qualifique o requisito majoritário, podendo fazê-lo apenas com relação a assuntos especificados, ou para todos os assuntos da competência do Conselho”. TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 2. São Paulo: Editora Jurídica José Bushatsky Ltda, 1979, p. 445.

“E mesmo em se tratando de matéria organizativa que demande a maioria qualificada deliberativa, esta será formada pelos conselheiros presentes à reunião e nunca pela maioria qualificada da totalidade dos conselheiros. Se tal fosse possível, a minoria de bloqueio impediria, com sua constante e proposita ausência à reunião, que se deliberasse sobre a matéria respectiva”. CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 296.

<sup>314</sup> “(...) a Lei se contentou com a maioria simples, porquanto, quando ela o quis absoluta, ela o disse expressamente”. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 299.

<sup>315</sup> CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 295-296.

diretores poderia ser tomada por quórum qualificado<sup>316</sup>. Parece essa a posição mais adequada.

Desde que a exigência não seja exagerada a ponto de impedir o eficiente funcionamento do órgão, o que traria dificuldades para a própria companhia, tornar mais severa a tomada de certas decisões é questão que interessa somente aos acionistas, cabendo à assembleia geral decidir se deve ou não alterar o estatuto nesse sentido. Deve aqui ser privilegiada a autonomia privada. Cabe a eles determinar o modo de funcionamento de sua administração.

Por esse mesmo fundamento, também não parece haver impedimento para que seja exigida a aprovação unânime dos conselheiros para determinadas matérias, a despeito do argumento contra esse entendimento, de que afronta o princípio majoritário<sup>317</sup>. Não parece *ilegal* o estabelecimento de tal quórum; pode, às vezes, mostrar-se ineficiente. Porém, esse julgamento cabe à assembleia geral.

Afinal, os conselheiros são eleitos pelos acionistas e as decisões administrativas refletem direta e indiretamente nos interesses destes, de maneira que podem entender que certas matérias mais sensíveis requeiram aprovação unânime dos conselheiros. Exemplo disso é o aumento de capital pelo conselho de administração nas companhias de capital autorizado<sup>318</sup>.

No caso de empate, parece claro que, pelo fato de a maioria não ter consentido, não está aprovada a deliberação<sup>319</sup>. Existe a possibilidade de o estatuto prever o chamado “voto de Minerva”, “voto de qualidade” ou “voto de desempate”, aquele normalmente conferido, estatutariamente, ao presidente do órgão para que, em

---

<sup>316</sup> “A eleição dos diretores dá-se pelo voto da maioria dos conselheiros, podendo o estatuto conter previsão de quorum qualificado”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 291.

<sup>317</sup> “A eleição dos diretores dá-se pelo voto da maioria dos conselheiros, podendo o estatuto conter previsão de quorum qualificado; não pode, porém, determinar a unanimidade, pois estaria afrontando o princípio majoritário que rege as deliberações de órgãos coletivos”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 291.

<sup>318</sup> “Art. 168, LSA - O estatuto pode conter autorização para aumento do capital social independentemente de reforma estatutária. § 1º A autorização deverá especificar: (...) b) o órgão competente para deliberar sobre as emissões, que poderá ser a assembléia-geral ou o conselho de administração”.

<sup>319</sup> “Fran Martins aconselha que, omissa o estatuto, poderá ser aplicado, por analogia, o disposto no parágrafo 2º do artigo 129, providência que se nos afigura extremamente lenta e que não se coaduna com a agilidade e urgência de que se revestem, em geral, as decisões emanadas do conselho de administração. Por isso, em caso de empate e omissa o estatuto, há de se entender que a matéria sob deliberação não foi aprovada, devendo ser reformulada nos pontos ensejadores de divergência e submetida à nova votação”. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 300.

situações de empate de voto em sentidos contrários, prevaleça o sentido em que votou o presidente. Seu voto é qualificado por prevalecer diante de um impasse<sup>320</sup>.

Na omissão do estatuto, não há que se falar no voto de qualidade. Trata-se de uma opção estatutária: não é proveniente automaticamente da lei e nem pode ser eventualmente utilizado em determinadas reuniões circunstancialmente<sup>321</sup>.

Porém, há entendimento em sentido contrário. Verçosa, por exemplo, afirma que não há hipótese de empate no conselho de administração porque a LSA instituiu o voto de desempate<sup>322</sup>. Eizirik, por sua vez, entende que o regimento interno do conselho de administração pode prever o mecanismo, bem como os conselheiros podem deliberar pelo seu uso em determinadas reuniões, ainda que ausente previsão estatutária ou regimental<sup>323</sup>. Pode, ainda, haver no estatuto social vedação expressa ao voto de qualidade<sup>324</sup>.

---

<sup>320</sup> “O voto de qualidade, ou de desempate, ou de Minerva, é aquele geralmente outorgado pelo estatuto ao presidente do Conselho de Administração e que tem o atributo de prevalecer, no caso de impasse na deliberação, decorrente da igualdade numérica de votos em sentidos opostos, diante de determinada proposta. A propósito, cabe esclarecer que o presidente não tem mais que um voto. Em caso de empate, prepondera o do presidente já anteriormente manifestado. Assim, a deliberação submetida a um impasse será dirimida pelo voto dado pelo presidente do Conselho. Daí o voto deste ser qualificado. Em caso de empate, a deliberação a ser adotada será aquela que recebeu o voto favorável do presidente do Conselho. O voto de qualidade não representa um voto duplo ou plural. Trata-se do mesmo voto dado pelo conselheiro-presidente, a quem o estatuto atribui a qualidade de desempatar a questão”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 120.

<sup>321</sup> “É fundamental que o estatuto determine que o presidente terá voto de qualidade. Se o estatuto silenciar, não terá tal voto este atributo. Não pode o regimento interno ou a deliberação do próprio Conselho conferir ao voto do presidente tal atributo, em face das consequências que ele teria nas deliberações administrativas e suas repercussões na vida societária. O voto de qualidade deve, necessariamente, ser permanente e não episódico, utilizável conforme as circunstâncias do momento. Daí dever ser estatutário”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

<sup>322</sup> “Não há que se preocupar com empates nas deliberações do Conselho, pois a LSA já estabeleceu uma solução para a questão: ocorrendo, prevalecerá o voto dado pelo presidente, o chamado voto de qualidade, de desempate ou de Minerva”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 428.

<sup>323</sup> “O voto de qualidade, ou de desempate, normalmente é outorgado ao presidente do conselho de administração, devendo prevalecer no caso de empate da deliberação. É desejável que o estatuto contenha previsão expressa a seu respeito’ silenciado o estatuto, pode o regimento interno do conselho disciplinar a matéria. Se não houver qualquer regra estatutária ou regimental, podem os conselhos deliberar por maioria instituir o ‘voto de minerva’ para o presidente diante de algum impasse, uma vez que a impossibilidade de se chegar a uma decisão é sempre a pior solução, posto que inviabiliza a tomada da deliberação”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 272.

“Prudente será o estatuto que estabelecer critérios de desempate da votação, o qual pode ocorrer, com relativa frequência, em conselhos numericamente pares, ou em reuniões a que compareça um número par de membros, ou em que haja conselheiro impedido formando os restantes um número par”. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 300.

<sup>324</sup> Estatuto Social da NATURA COSMÉTICOS S.A. - “Artigo 18, Parágrafo 2º - Nas deliberações do Conselho de Administração não será atribuído a qualquer dos Co-Presidentes o voto de qualidade, no

Além de observar essas regras estabelecidas pela lei e pelo estatuto, é preciso que sejam respeitados os limites das competências do conselho de administração. As deliberações podem versar apenas sobre matérias previstas na LSA ou no estatuto.

Verçosa traz de maneira resumida as condições de validade das deliberações do órgão administrativo:

(...) devidamente convocado e instalado o conselho de administração, suas deliberações serão válidas quando tomadas dentro dos poderes próprios e eficazes a partir do atendimento da regra da maioria dos votos dos conselheiros presentes<sup>325</sup>.

A convocação das reuniões pode ser feita por qualquer conselheiro<sup>326-327</sup>, não podendo o estatuto cercear essa prerrogativa de nenhuma forma. Deve ser sempre por escrito, inclusive no caso das ordinárias<sup>328</sup>, devendo ser entregue a cada conselheiro individualmente, não podendo nenhum deles deixar de ser convocado<sup>329</sup>. Como

caso de empate da votação” Acesso em 10.04.14 Disponível em: <http://natura.infoinvest.com.br/ptb/2259/EstatutoSocialConsolidado.2009.08.05.pdf>

<sup>325</sup> VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 428.

<sup>326</sup> “Se o estatuto assim o determinar, caberá exclusivamente ao presidente determinar hora e dia das reuniões do Conselho. Essa prerrogativa estatutária, no entanto, não pode ser confundida com o direito exclusivo de convocar o Conselho. Isso porque todo e qualquer conselheiro, individualmente ou em grupo, tem o direito inderrogável de convocar reuniões do órgão, estabelecendo nessa convocação a matéria que deseja discutir e deliberar. Se o estatuto silenciar sobre a competência do presidente de determinar hora e dia, caberá ao próprio conselheiro que a convocou fixar a oportunidade dessa reunião. Se o estatuto, no entanto, determinar que ao presidente cabe estabelecer a data e a hora, deverá ser aguardada a formalização, por parte deste, da convocação feita por qualquer membro do colegiado. Havendo abstenção do presidente do Conselho em instalar e dirigir a sessão, poderá ser ele livremente substituído por deliberação, da maioria dos conselheiros presentes”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 118-119.

<sup>327</sup> “A exigência de um número mínimo de conselheiros para a convocação ou a reserva de tal prerrogativa ao presidente ou a qualquer outro membro do Conselho, v. g., o secretário do órgão, não pode ser considerada legal, pois fere os direitos de convocação daqueles conselheiros em minoria no órgão e que circunstancialmente diverjam da orientação administrativa da sociedade ou, então, representem grupos de acionistas eleitos por voto múltiplo e em virtude de acordo de acionistas (art. 118 e 141)”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 133.

<sup>328</sup> “Mesmo para as reuniões ordinárias cujas datas e periodicidade estão previstas no estatuto, haverá necessidade de convocação por escrito”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 133.

<sup>329</sup> “Por último, não é obviamente válida a convocação dirigida tão-só a alguns integrantes do órgão, e não a todos”. COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 190.

consequência, a convocação somente terá eficácia a partir do momento em que o aviso é entregue ao conselheiro<sup>330</sup>.

Não pode a exigência da convocação individual ser desconstruída sob o argumento de que tornaria oneroso e lento o processo. Esse argumento não é válido, devido ao fato de o conselho de administração ter caráter personalíssimo e, sobretudo, poucos membros, o que não traria nenhum grande ônus para a companhia. Conseqüentemente, a convocação pública é inválida e deve ser destituída de ineficácia<sup>331</sup>.

É totalmente diferente do que ocorre com as assembleias gerais. As companhias podem conter um número indefinido de acionistas, dezenas, centenas ou milhares, que muitas vezes têm apenas interesse de investimento, de maneira que não lhes interessa participar das reuniões dos sócios. Nesse caso, de fato é justificável a convocação pública. Na verdade, se não fosse feita desse modo, seria praticamente impossível convocar os acionistas nas companhias de grande porte, quando muito numerosos.

Lucena afirma que esse instrumento escrito de convocação deve ser carta com recibo, salvo se o estatuto estabelecer outro modo<sup>332</sup>. Não parece que há um meio *a priori* para tanto; deve prevalecer o que for regulado pelo estatuto<sup>333</sup>.

Só é válida a convocação verbal quando for totalitária<sup>334</sup>, afinal, da mesma forma que ocorre nas assembleia geral, o comparecimento da totalidade dos

<sup>330</sup> “A convocação feita por escrito deve efetivamente ser entregue e, portanto, alcançar todos os conselheiros. Aplica-se aqui a teoria do recebimento, ou seja, a de que a convocação somente terá eficácia a partir do momento em que o aviso é entregue em mãos do conselheiro”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134.

<sup>331</sup> “A convocação será pessoal e não pública, sendo esta última ineficaz. Lembre-se do caráter personalíssimo da função de conselheiro e do seu número restrito”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134.

<sup>332</sup> “A convocação far-se-à por carta com recibo, salvo se o estatuto estabelecer outro modo”. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 298.

<sup>333</sup> Estatuto Social da Cielo S.A. - “Artigo 17. O Conselho de Administração se reúne, ordinariamente, bimestralmente e, extraordinariamente, sempre que convocado pelo Presidente ou pelo Vice-Presidente ou pela maioria dos seus membros. Para ser válida, a convocação deve ser feita com a antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis, por meio do Portal Eletrônico de Governança Corporativa mantido pela Companhia, de carta com aviso de recebimento, fax ou mensagem eletrônica, devendo indicar a data e o horário da reunião e os assuntos da ordem do dia”. (original sem negrito) Acesso em 10.04.14 Disponível em: <http://cielo.riweb.com.br/show.aspx?idCanal=bW8zlkNx/jpCnyx3VNrvqQ==>

<sup>334</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 133.

conselheiros supre a falta ou irregularidade de convocação<sup>335</sup>, uma vez que resta claro não ter havido prejuízo para nenhum conselheiro a respeito da ciência da reunião.

Também é suprida a observância das formalidades de convocação se todos os conselheiros ausentes ratificam as deliberações tomadas. Ainda, no caso de uma reunião irregularmente convocada em que foi tomada uma deliberação, esta poderá ser posteriormente ratificada em posterior reunião regular<sup>336</sup>.

Convocada a reunião, será ela instalada pelo quórum definido no estatuto<sup>337</sup>.

Não instalada a reunião, em segunda convocação a reunião se instalará com qualquer número. Apesar de não previsto expressamente na LSA na disciplina do conselho de administração, trata-se, como explica Carvalhosa, de questão de ordem pública, que inclusive não pode ser derogada estatutariamente. Significa que sempre será possível a segunda instalação com qualquer número, ainda que omissivo o estatuto<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup> “Não será necessária a convocação regular em reuniões totalitárias”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134.

<sup>336</sup> “Também será dispensável a convocatória se conselheiros ausentes ratificam expressamente e por meio de uma nova reunião as deliberações tomadas pelos conselheiros presentes àquela realizada sem convocação ou irregularmente convocada. Neste caso, a ratificação deve ser unânime, abrangendo a declaração de vontade tanto dos ausentes como a confirmação dos conselheiros presentes à primeira. Isto porque a deliberação de urgência, tomada sem convocação prévia, não é desde logo eficaz, podendo os conselheiros que deliberaram nesse conclave retificarem e, portanto, modificarem seu voto, ao se confrontarem com os conselheiros ausentes, na reunião seguinte, convocada para ratificação”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134-135.

<sup>337</sup> “O quorum de instalação, em primeira convocação, será aquele determinado pelo estatuto. Mesmo que a lei interna da companhia declare simplesmente o quorum de instalação, deve-se entender que este prevalecerá para a primeira convocação tão somente”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135.

Estatuto Social da BRF S.A. - “Artigo 17, Parágrafo 1º - As reuniões do Conselho de Administração serão instaladas com a presença de, no mínimo, 2/3 de seus membros”. Acesso em 10.04.2014 Disponível em: [http://www.brasilfoods.com/ri/siteri/web/conteudo\\_pt.asp?idioma=0&conta=28&tipo=32166](http://www.brasilfoods.com/ri/siteri/web/conteudo_pt.asp?idioma=0&conta=28&tipo=32166)

Estatuto Social da Vale S.A. - “Art. 13 - As reuniões do Conselho de Administração somente se instalarão com a presença da maioria de seus membros e estes somente deliberarão mediante o voto favorável da maioria dos membros presentes”. Acesso em 10.04.14. Disponível em: [http://assets.vale.com/docs/Documents/pt/investors/Corporate-Governance/By-law/0507Estatuto\\_p.pdf](http://assets.vale.com/docs/Documents/pt/investors/Corporate-Governance/By-law/0507Estatuto_p.pdf)

<sup>338</sup> “Em segunda, o Conselho reunir-se-á com qualquer número. Trata-se de princípio de ordem pública que não pode ser derogado pelo estatuto. Isto porque, se prevalecesse, em segunda convocação, o número mínimo de conselheiros para instalação dos trabalhos, estaria montado um esquema permanente de obstrução pela maioria dos conselheiros contra a minoria. Assim, se os últimos convocassem uma reunião para deliberação de matéria que não fosse do agrado dos conselheiros em maior número, estaria cerceado o funcionamento do Conselho”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135.

Isso porque o voto do conselheiro não é simplesmente um direito seu, como o é o direito do acionista, que pode ausentar-se ou abster-se de votar nas assembleias. O administrador é obrigado a votar, em face dos seus deveres e responsabilidades. Não pode, assim, o órgão deixar de reunir-se e de decidir quando necessário<sup>339</sup>.

Apesar de dizer-se *qualquer* número, a reunião, segundo a doutrina, só será instalada com *dois ou mais* conselheiros<sup>340</sup>. Isso porque é da natureza do órgão seu caráter colegiado e deliberativo, necessitando mais de um membro para deliberar, de modo que a própria lei determina um número mínimo de membros e o quórum de maioria, exatamente para impedir a unidade.

É diferente do que ocorre com as assembleias gerais, que podem se instalar validamente com apenas um acionista, ainda que seja também órgão colegiado. Por exemplo, um sócio que detenha sozinho 90% do capital pode, sozinho, comparecer e tomar decisões. A diferença fundamental é que a lógica da assembleia geral é a maioria do capital, sendo os votos contabilizados por número de ações, e não maioria de membros, o que a diferencia substancialmente do órgão administrativo. Assim, a *colegialidade* a que se refere a assembleia geral é de ações e não de cabeças<sup>341-342</sup>.

A LSA não especifica em que local devem ocorrer as reuniões. Não exige que seja na sede da companhia, como o faz para as assembleias gerais. Alguns autores

---

<sup>339</sup> “Diferentemente da assembleia geral, onde o voto é um direito do acionista, no Conselho de Administração, como o próprio nome indica, o voto é uma obrigação, em face dos deveres e responsabilidades que têm os administradores (arts. 153 e 159). Não pode o Conselho deixar de se reunir e, muito menos, deixar de decidir sobre matérias para cuja discussão e deliberação foi convocado”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135.

<sup>340</sup> “(...) a segunda convocação acarreta a reunião com dois ou mais conselheiros”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 135; “(...) o conselho se reúne com o mínimo de dois conselheiros, já que a deliberação há de ser colegiada, presente o princípio de que um não faz colégio”. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 298.

<sup>341</sup> “Difere o conselho, de conseguinte, da assembleia geral em que pode esta realizar-se com a presença de um único acionista. É que na assembleia os votos se contam pelas ações (voto capitalista), enquanto no conselho se computam pelos membros presentes (voto por cabeça)”. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 298.

<sup>342</sup> Em certos casos, para as sociedades limitadas, as deliberações podem ocorrer por maioria de sócios: “O que mais chama atenção, no particular, é que o órgão de deliberação dos sócios pode adotar dois procedimentos distintos, instituídos para a assembleia de sócios e para a reunião de sócios. E a distinção impõe-se não por critério capitalista (em proporção ao capital social), mas por critério pessoal (número de sócios). É o que expressa o parágrafo primeiro, do artigo 1.072, com a dicção de que ‘a deliberação em assembleia será obrigatória se o número dos sócios for superior a dez’”. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades limitadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 520.

entendem que as reuniões devem ocorrer na sede<sup>343</sup>, o que não parece ser a opinião mais correta. Se a lei não especificou, não cabe fazer essa interpretação ampliativa, em detrimento da autonomia privada.

Não existe impedimento legal para que o estatuto fixe o local das reuniões como diverso da sede ou permita que ocorra eventualmente em outro local. Afinal, a própria LSA o elegeu como instrumento regulador daquelas. Para alguns autores, o estatuto social pode prever outro local, mas, se omissivo, aplica-se a regra das assembleias gerais por analogia<sup>344</sup>.

Em função da dinamicidade dos negócios atualmente e da grande circulação de pessoas, a própria LSA relativizou o local de realização das assembleias, permitindo que o acionista participe e vote a distância, nos termos da regulamentação da CVM, conforme alteração da Lei nº 12.431/11<sup>345</sup>. Não pode ser diferente o entendimento a respeito do conselho de administração. É o que se nota nas atas de reunião publicadas, que documentam a participação de membros à distância<sup>346</sup>, bem como nos estatutos sociais, que preveem a prerrogativa<sup>347</sup>.

<sup>343</sup> “O local da reunião, que inclusive constará da convocação, é a sede social da companhia, podendo realizar-se excepcional e justificadamente em outro lugar”. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 298; “Ainda que omissivo o estatuto, é pressuposto que as reuniões do Conselho sejam instaladas e realizadas na sede social, em horário de expediente. Não obstante, excepcionalmente poderá o colegiado deslocar-se, reunindo-se em local diverso da sede, para deliberação específica sobre determinados assuntos, ou se houver abstenção de diretores ou de conselheiros interessados em sua não realização, ou em caso de interesse geral, como a aprovação da constituição de uma joint venture com outra companhia sediada no exterior ou no País etc. Nesses casos, verificada a regular convocação, ou a presença totalitária de conselheiros, ou sujeita a ratificação posterior, a deliberação do Conselho será eficaz”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 137.

<sup>344</sup> Nesse sentido: “A LSA não contém norma dispondo sobre o local das reuniões do Conselho, e, salvo disposição do estatuto social ou deliberação do próprio órgão, aplica-se por analogia a norma que prescreve a reunião da Assembleia Geral na sede da companhia”. LEÃO JÚNIOR, Luciano de Souza. *In: : PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1051.

<sup>345</sup> “Art. 121, LSA - **Parágrafo único** - Nas companhias abertas, o acionista poderá participar e votar a distância em assembleia geral, nos termos da regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários”.

<sup>346</sup> Exemplos: “**PDG REALTY S.A. EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES - Companhia Aberta - CNPJ/MF no 02.950.811/0001-89 - NIRE 33.300.285.199 - Código CVM 20478 - ATA DE REUNIÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO REALIZADA EM 13 DE DEZEMBRO DE 2013 - 1. DATA E HORA E LOCAL:** Realizada no dia 13 de dezembro de 2013, às 15h00, na sede social da Companhia, localizada na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua da Quitanda, n.o 86, 4.o andar (parte), Centro, CEP 20.091-005, sendo que houve participação de Conselheiros por intermédio de conferência telefônica/videoconferência, conforme autorizado nos termos do artigo 12, § 5.o do estatuto social da Companhia”. (original não sublinhado) Acesso em: 09.04.13 Disponível em:

[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CEQQFjAE&url=http%3A%2F%2Fpdg.com.br%2Fdownload\\_arquivos.asp%3Fid\\_arquivo%3DF7D83D0A-2D2C-40AA-9A07-DB7E5F905977&ei=GPdFU92-H-zK0AHn6IHIBw&usq=AFQjCNHaWUe9Xobl3NSZzVpz\\_ljP-ayzqg&bvm=bv.64507335.d.dmQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&ved=0CEQQFjAE&url=http%3A%2F%2Fpdg.com.br%2Fdownload_arquivos.asp%3Fid_arquivo%3DF7D83D0A-2D2C-40AA-9A07-DB7E5F905977&ei=GPdFU92-H-zK0AHn6IHIBw&usq=AFQjCNHaWUe9Xobl3NSZzVpz_ljP-ayzqg&bvm=bv.64507335.d.dmQ)



Há, inclusive, exemplo de estatuto que permite que o presidente do conselho de administração seja dotado de poderes para assinar a ata em nome daqueles conselheiros que estão participando à distância<sup>348</sup>.

Podem comparecer às reuniões os conselheiros fiscais, por decorrência lógica do seu dever de fiscalização do órgão administrativo<sup>349</sup>. Ainda, é possível que a

**“BRASILAGRO – COMPANHIA BRASILEIRA DE PROPRIEDADES AGRÍCOLAS** - Companhia Aberta de Capital Autorizado - CNPJ/MF nº 07.628.528/0001-59 - NIRE 35.300.326.237 - **ATA DA 107ª REUNIÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO REALIZADA EM 18 DE DEZEMBRO DE 2013 - Data, hora e local:** A reunião foi realizada em 18 de dezembro de 2013, às 15:00 horas, na sede social da Companhia, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, 1.309, 5º andar, na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo. - **Convocação e Presença:** Tendo sido todos os membros do Conselho de Administração regularmente convocados nos termos do artigo 19, parágrafo primeiro, do Estatuto Social, instalou-se a reunião com a presença dos Conselheiros que esta ata subscrevem. Fica consignada a participação de Conselheiros via conferência telefônica e vídeo conferência, respectivamente, conforme facultado no artigo 19, caput, do Estatuto Social”. (original sem sublinhado) Acesso em: 09.04.14 Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.brasil-agro.com%2Fbrasilagro2011%2Fweb%2Fdownload\\_arquivos.asp%3Fid\\_arquivo%3DFCB247BB-E886-4131-A867-88639AB8AABD&ei=GPdFU92-H-zK0AHn6IHIBw&usq=AFQjCNG4NEtNTCi\\_uXgPP4TVs\\_r5mupvg&bvm=bv.64507335,d.dmQ](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.brasil-agro.com%2Fbrasilagro2011%2Fweb%2Fdownload_arquivos.asp%3Fid_arquivo%3DFCB247BB-E886-4131-A867-88639AB8AABD&ei=GPdFU92-H-zK0AHn6IHIBw&usq=AFQjCNG4NEtNTCi_uXgPP4TVs_r5mupvg&bvm=bv.64507335,d.dmQ)

<sup>347</sup> Estatuto Social da Vale S.A. - “Art. 12, Parágrafo Único - As reuniões do Conselho de Administração serão realizadas na sede da sociedade, podendo, excepcionalmente, ser realizadas em local diverso, sendo facultada a participação por teleconferência, por videoconferência ou por outro meio de comunicação que possa assegurar a participação efetiva e a autenticidade do voto” (original sem negrito). Acesso em 10.04.14. Disponível em: [http://assets.vale.com/docs/Documents/pt/investors/Corporate-Governance/By-law/0507Estatuto\\_p.pdf](http://assets.vale.com/docs/Documents/pt/investors/Corporate-Governance/By-law/0507Estatuto_p.pdf)

Estatuto Social da Cielo S.A. - “Artigo 17, §2º - As reuniões do Conselho **podem ser realizadas por conferência telefônica, videoconferência ou por qualquer outro meio de comunicação que permita a identificação do membro e a comunicação simultânea com todas as demais pessoas presentes à reunião.** A respectiva ata deverá ser posteriormente assinada por todos os membros participantes da reunião, dentro do menor prazo possível”. (original sem negrito) Acesso em 10.04.14 Disponível em: <http://cielo.riweb.com.br/show.aspx?idCanal=bW8zlkNx/jpCnyx3VNrvqQ==>

Estatuto Social da NATURA COSMÉTICOS S.A. - “Artigo 19 - O Conselho de Administração reunir-se-á, ordinariamente, 4 (quatro) vezes por ano, e, extraordinariamente, sempre que convocado pelo Presidente ou pela maioria de seus membros. As reuniões do Conselho **poderão ser realizadas, excepcionalmente, por conferência telefônica, vídeo conferência, correio eletrônico ou por qualquer outro meio de comunicação que permita a identificação do conselheiro e a comunicação simultânea com todas as demais pessoas presentes à reunião.**” (original sem negrito) Acesso em 10.04.14 Disponível em: <http://natura.infoinvest.com.br/ptb/2259/EstatutoSocialConsolidado.2009.08.05.pdf>

<sup>348</sup> Estatuto Social da Gafisa S.A. - “Art. 20, §2º. Os conselheiros poderão participar das reuniões do conselho de administração por intermédio de conferência telefônica ou videoconferência, sendo considerados presentes à reunião e devendo confirmar seu voto através de declaração por escrito encaminhada ao presidente por carta, fac-símile ou correio eletrônico logo após o término da reunião. **Uma vez recebida a declaração, o presidente ficará investido de plenos poderes para assinar a ata da reunião em nome do referido conselheiro**”. (original sem negrito) Acesso em: 10.04.14 Disponível em: <http://gafisa.riweb.com.br/show.aspx?idCanal=asFOK1nJSg1kT7kwFbxt0A==#4>

<sup>349</sup> “A lei permite expressamente aos conselheiros fiscais o direito de assistir às reuniões do conselho de administração (bem como da diretoria) nas quais venham a ser deliberadas matérias sujeitas à sua opinião, relacionadas nos incisos II, III e VII do art. 163 da LSA. Na verdade, o pleno exercício do dever de diligência dos conselheiros fiscais consistiria em sua permanente participação nas reuniões referidas”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 428.

complexidade e especialidade do assunto debatido requeiram na reunião a presença de técnicos e especialistas em determinados assuntos para assessorar os conselheiros na tomada de decisão<sup>350</sup>.

Porém, de maneira geral, o acesso às reuniões é restrito, tendo em vista o caráter estratégico e de confidencialidade do órgão<sup>351-352</sup>. A lei já cuida daquelas decisões que produzem efeitos perante terceiros exigindo o arquivamento e publicação da respectiva ata.

Por fim, questiona-se se os conselheiros podem ser representados no exercício do voto. A LSA, mais uma vez, é omissa. Ocorre que, conforme visto, os conselheiros ocupam cargo estratégico, tomam decisões muitas vezes confidenciais e são eleitos principalmente por suas atribuições pessoais. Os acionistas, ao elegerem determinado membro do conselho de administração acreditam que ele tenha aptidão para exercer o cargo, seja por sua experiência profissional, sua formação, seu perfil ou qualquer

---

<sup>350</sup> “Os assessores comparecem à reunião para esclarecer ou dar opiniões ao colégio sobre questões técnicas, inclusive jurídicas. Não prestam assessoria a determinado conselheiro, mas a todo o Conselho para o fim de fornecer elementos para a tomada instruída das deliberações colegiadas. Ao comparecerem ao Conselho, a relação dos assessores é com o órgão e, se faltarem com o dever de sigilo que a assessoria exige, responderão perante o Conselho e não perante o eventual conselheiro que propôs convocá-lo para a reunião”. LEÃO JÚNIOR, Luciano de Souza. In: : PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1052.

<sup>351</sup> “A reunião do Conselho de Administração é privada e sigilosa, e em princípio somente devem estar presentes os membros. O conselheiro não tem direito de se fazer acompanhar por assessores, ainda que advogados, a não ser que a maioria do órgão delibere diferentemente. A convocação de administradores ou empregados da companhia para participar, ou estar presentes à reunião, também pressupõe deliberação do Conselho”. LEÃO JÚNIOR, Luciano de Souza. In: : PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1052.

<sup>352</sup> Pelo mesmo fundamento, não é admitida a participação de advogados nas reuniões. Conforme defende Leão Júnior, o conselheiro participa na qualidade de membro, qualificado como tal pela Assembleia Geral para exercer a função, de modo que não cabe assessoramento individual. Se o órgão necessita. De assessoria para certas questões, deve deliberar a respeito e convocar um especialista, advogado ou não, para servir a todos, e não a ninguém individualmente. Além do mais, repita-se o caráter sigiloso das reuniões. “É certo que o advogado tem a prerrogativa de ingressar livremente em qualquer assembleia ou reunião de que participe seu cliente (art. 7, VI, “d”, da Lei nº 8.906, de 04.07.1994). O conselheiro não pode, contudo, ser considerado ‘cliente’, pois participa da reunião na qualidade de membro do órgão, e não como pessoa ou representante de acionista. Os poderes e deveres que a lei lhe atribui têm por fim o desempenho da função, e não podem ser usados para proteger, contrariamente ao interesse social, interesse pessoal ou do acionista que o elege (art. 154, §1º)”. LEÃO JÚNIOR, Luciano de Souza. In: : PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1052.

Em sentido contrário: “(...) os conselheiros podem ser acompanhados por advogados. Nos termos do art. 7º, VI, d, da Lei nº 8.906/94 constitui direito do advogado ingressar livremente em qualquer assembleia ou reunião de que participe ou possa participar seu cliente. A função do advogado, no caso, é a de assessorar seu cliente, o conselheiro, a quem compete, com exclusividade, a apresentação de suas razões e votos”. EIZIRIK, Nelson. *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56.

outro critério que julguem relevante. Fato é que pode existir grande prejuízo em sua substituição por outra pessoa.

Dessa maneira, inicialmente há certa resistência em permitir que o conselheiro se faça substituir no exercício desse ato tão pessoal. Porém, a vedação total também poderia trazer entraves ao funcionamento do órgão, de maneira que se aceita o voto por procuração, atendidas certas exigências, embora a questão não seja unânime na doutrina.

A maioria dos autores concorda que o conselheiro pode ser representado no exercício do voto, mas desde que o seja por outro conselheiro<sup>353</sup>. Afinal, o outro membro, em tese, possui as mesmas habilidades para votar que o ausente, de modo que não haveria prejuízo na qualidade da manifestação. Ainda, mesmo nos casos em que o ausente já manifestasse previamente seu voto, seria necessário que o procurador fosse conselheiro vez que as reuniões são sigilosas, em regra, de modo que não podem participar outras pessoas que não os próprios membros.

Parte da doutrina ainda requer a existência de prévia autorização estatutária para que o mecanismo seja possível<sup>354</sup>. Não parece importante esse requisito, que poderia criar dificuldades práticas no bom funcionamento das reuniões, por vezes impedindo determinados conselheiros de votar simplesmente por uma formalidade excessiva<sup>355</sup>. De qualquer forma, não é rara a previsão nos estatutos sociais, o que demonstra a praticidade e boa aceitação do expediente pelo mercado<sup>356</sup>.

---

<sup>353</sup> “(...) é indispensável que o procurador seja conselheiro, no exercício regular de suas funções (...)”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140; “(...) o procurador deve ser necessariamente outro conselheiro no exercício regular do seu mandato (...)”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 429. No mesmo sentido: LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 301; EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 268.

<sup>354</sup> “(...) aceita-se também o voto por procurador, desde que sejam preenchidas as seguintes condições: (i) prévia autorização estatutária; (...)”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 429; “(...) a manifestação de opiniões, a participação em discussões e a declaração de voto constituem atos privativos dos **membros** do Conselho, admitida a representação, em caráter excepcional, na hipótese prevista no estatuto social (...)”. EIZIRIK, Nelson. *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56.

<sup>355</sup> O próprio Verçosa questiona seu posicionamento: “Tendo em conta, porém, que os eventos do cotidiano são imprevisíveis e que, muitas vezes, o funcionamento do conselho de administração é imprescindível para a tomada de deliberações urgentes, inadiáveis para o funcionamento da companhia, neste caso, a inexistência de previsão estatutária não deve ser considerada um impedimento para o voto por procuração, tendo em vista a presença de um interesse mais relevante”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 429.

<sup>356</sup> Estatuto Social da Cielo S.A. - “Artigo 17, § 1º - Em caso de ausência justificada ou impedimento temporário de um dos membros do Conselho de Administração, este poderá delegar os seus poderes a

Ainda, alguns autores exigem que na procuração o conselheiro ausente já manifeste seu voto, de modo que o mandatário seria tão somente seu porta-voz<sup>357</sup>. Esse requisito tem grande importância, em virtude de eventual responsabilidade em razão do voto<sup>358</sup>.

Por fim, ainda há autores que exigem que o conselheiro justifique a sua ausência, providência que não parece necessária<sup>359</sup>.

Acrescenta Verçosa que pode ainda o conselheiro ausente manifestar seu voto de alguma maneira, como por carta, fax ou mensagem eletrônica, desde que

*um procurador que deverá ser, necessariamente, membro do Conselho de Administração, devendo a procuração conter a matéria do objeto de deliberação e a respectiva manifestação de voto do conselheiro outorgante*". Acesso em 10.04.14 Disponível em: <http://cielo.riweb.com.br/show.aspx?idCanal=bW8zlkNx/jpCnyx3VNrvqQ==>

Estatuto Social da Duratex S.A. - "18. Exercício do Direito de Voto. Cada Conselheiro terá direito a 1 (um) voto nas deliberações do Conselho de Administração. As deliberações serão consideradas aprovadas por maioria de votos dos presentes, a menos que de outra forma expressamente previsto neste Estatuto Social. **Nas reuniões do Conselho de Administração serão admitidos os votos por meio de delegação feita em favor de outro Conselheiro, o voto escrito antecipado e o voto proferido por fax, correio eletrônico ou por qualquer outro meio de comunicação, computando-se como presentes os membros que assim votarem**". (original sem negrito) Acesso em 10.04.14 Disponível em: [http://www.duratex.com.br/ri/pt/Governanca/Estatuto\\_Social.aspx](http://www.duratex.com.br/ri/pt/Governanca/Estatuto_Social.aspx)

Estatuto Social da ECORODOVIAS CONCESSÕES E SERVIÇOS S.A. - "Art. 12, §7º. O Conselheiro poderá fazer-se representar nas reuniões do Conselho de Administração por procuração outorgada a outro Conselheiro, o qual exercerá, em nome do outorgante, o direito a voto". Acesso em 10.04.14 Disponível em: [http://www.mzweb.com.br/ecorodovias/web/arquivos/EcoRodovias\\_EstatutoSocial\\_220812\\_PT.pdf](http://www.mzweb.com.br/ecorodovias/web/arquivos/EcoRodovias_EstatutoSocial_220812_PT.pdf)

<sup>357</sup> "(...) aceita-se também o voto por procurador, desde que sejam preenchidas as seguintes condições: (ii) restrições estatutárias no sentido de que a procuração deve conter o voto justificado do conselheiro ausente, que, neste caso, seria tão somente o porta-voz daquele, impedindo de votar de maneira diversa". VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 429; "(...) a procuração deverá já conter o voto justificado do conselheiro ausente, não podendo, portanto, o mandatário votar diferentemente daquilo que constar do mandato". CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140.

Em contrário: "A exigência de que já figure no mandato o voto do outorgante parece demais, e talvez obstaculize o cumprimento da procuração, diante dos incidentes que possam surgir na reunião e para os quais não estaria então o procurador habilitado a votar". LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 301.

<sup>358</sup> "A necessidade de o voto estar inserido no próprio instrumento de mandato funda-se na regra de responsabilidade pessoal do administrador (art. 158). A delegação de voto ao conselheiro-mandatário, sem clara definição do partido tomado pelo conselheiro-mandante, importaria em uma indefinição de responsabilidade tanto do mandante como do mandatário". CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140.

<sup>359</sup> "(...) aceita-se também o voto por procurador, desde que sejam preenchidas as seguintes condições: (iv) o impedimento temporário ou a ausência do conselheiro outorgante devem ser justificados". VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 429; "(...) é requisito que o voto por procuração seja admitido pela ausência justificada do conselheiro ou seu impedimento temporário. Não poderia, portanto, o conselheiro fazer-se representar por mera comodidade sua. Somente no caso de ausência justificada, portanto, o voto por procuração seria admissível". CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140.

devidamente informado do objeto da deliberação<sup>360</sup>. Parece correto o entendimento, não havendo nenhum prejuízo para a companhia. Ao contrário, torna mais prático o funcionamento do órgão.

Ainda, o voto não pode ser secreto, pois o conselheiro é responsável por sua manifestação de vontade<sup>361</sup>. A LSA traz nos arts. 153 a 157 os deveres dos administradores e disciplina o modo como devem conduzir a administração da companhia.

Segundo Osmar Brina, o art. 153, ao impor o dever de diligência, determinando que o administrador “*deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios*”, enuncia princípio básico. Este sintetiza várias consequências e corolários, que foram desdobrados pelo legislador, mas representa o dever fundamental<sup>362</sup>.

Completa Osmar Brina que “*para efeitos didáticos e metodológicos*” essa regra básica é dividida em “*três deveres igualmente básicos: obediência, diligência e lealdade*”<sup>363</sup>. Devem, assim, inclusive no momento do voto, atuar de acordo com essas exigências legais, no interesse da companhia.

<sup>360</sup> “*Não há previsão na lei para a remessa de voto por conselheiro ausente, a ser utilizado para este fim qualquer meio disponível (carta, fax ou mensagem eletrônica). Desde que o quórum de instalação tenha sido atendido e não haja qualquer restrição estatutária ou de algum dos conselheiros presentes à reunião, o voto pode ser manifestado por conselheiro ausente à reunião. É evidente que, para tal efeito, o conselheiro em tela deverá estar devidamente informado da matéria a ser deliberada, correndo o órgão o risco de alguma medida destinada à decretação de nulidade ou anulação de tal voto*”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 429.

<sup>361</sup> “*Em princípio, o voto deve ser aberto, para que possa ser aquilatada a responsabilidade de cada conselheiro*”. ELZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 268.

Também nesse sentido, no âmbito das deliberações assembleares: “*Destarte, em qualquer das duas modalidades de exercício irregular do direito de voto, o acionista responde, civilmente, pelos prejuízos que ocasionar. A propósito, consigna a lei que o voto abusivo gera responsabilidade dele, mesmo que não tenha prevalecido sendo certo que a mesma circunstância também se poderia estender ao conflitante*”. BLOK, Marcella. *Conflito de interesses nas sociedades anônimas: critério de apuração formal ou substancial?* Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. Nova Série, ano XLIX, nº 153/154, janeiro/julho, 2010, p. 49.

<sup>362</sup> “*O administrador deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus negócios. Deste princípio, assim sintetizado, decorrem várias consequências e corolários. Todavia, o legislador, numa demonstração de desconfiança, e antecipando-se ao trabalho dos exegetas, dos doutrinadores e dos juízes, tratou logo de analisar o princípio básico por ele adotado, desdobrando-o. (...) Em síntese, o administrador deve ser diligente. Esse é o dever básico, do qual os demais são mero desdobramentos*”. LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989, p. 55-56.

<sup>363</sup> LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989, p. 56.

Conforme leciona Osmar Brina, “*intimamente ligada à explicitação dos deveres dos administradores das sociedades por ações acha-se a questão da responsabilidade destes*”<sup>364</sup>. Assim é que, também no exercício do direito de voto, não deve extrapolar seus poderes ou infringir seus deveres, nem agir com dolo ou culpa<sup>365</sup>, sob pena de ser responsabilizado.

Nas lições de Eizirik, uma das funções da responsabilidade civil dos administradores, além de reparar danos<sup>366</sup>, é exatamente controlar a atuação deles, que têm grande autonomia e poder decisório<sup>367</sup>. Esse controle se dá também no exercício do voto.

### 3.3 – O plano da eficácia

O terceiro e último plano dos fatos jurídicos, e ao qual se reportam todos eles, ainda que não tenham como elemento a vontade humana, é o da eficácia.

Eficácia jurídica, segundo Zeno Veloso, é a consequência principal do negócio<sup>368</sup>. Marcos Bernardes afirma que é o conjunto das consequências dos fatos jurídicos previsto pela norma jurídica. Segundo essa concepção, trata-se não de qualquer consequência, mas daquelas que são próprias daquele fato, conforme o direito.

Antônio Junqueira também afirma que o que se analisa neste plano é a eficácia jurídica, aquela própria e típica. Nos negócios jurídicos, por exemplo, seriam aqueles efeitos manifestados como querido<sup>369</sup>.

<sup>364</sup> LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989, p. 89.

<sup>365</sup> “A norma estabelece os princípios essenciais na matéria: (i) a irresponsabilidade do administrador pelos atos regulares de gestão; e (ii) a sua responsabilidade civil quando, dentro de suas atribuições, atuar com culpa ou dolo, ou quando agir com violação da lei ou do estatuto”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 400.

<sup>366</sup> “Quais as funções do sistema de responsabilidade civil dos administradores? Em primeiro lugar, como ocorre na responsabilidade civil em geral, tem a função de reparação de dano (...)”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 399.

<sup>367</sup> “Em segundo lugar, conforme vem sendo crescentemente observado, o sistema de responsabilidade civil também constitui um meio de controle da atuação dos administradores, os quais, por ocuparem um órgão de gestão, com grande autonomia, concentram um importante poder decisório; mediante tal sistema, busca-se um equilíbrio entre poder e responsabilidade”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 400.

<sup>368</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 23.

<sup>369</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

Assim, a doutrina diferencia os efeitos próprios, aqueles previstos pelo ordenamento ou manifestados pelas partes como queridos, dos impróprios, chamados de “*consequência*” por Pontes de Miranda. Estes seriam aqueles efeitos atípicos, não esperados, mas que também decorrem do ato, como a obrigação de pagar perdas e danos<sup>370</sup>.

Para que seja plenamente eficaz, o fato deve satisfazer a todos os *fatores* de eficácia requeridos pela norma. Em regra, os atos válidos produzem efeitos normais, a não ser que tenham sua eficácia suspensa, por exemplo, pela vontade das partes, que podem condicionar a eficácia de determinado negócio a um evento ou termo. Outros atos, apesar de válidos também têm sua eficácia suspensa por força de lei ou sua própria natureza, como é o caso do testamento.

Segundo Menezes Cordeiro, deliberações ineficazes são aquelas que, “*por razões extrínsecas, não produzem efeitos ou, pelo menos, todos os efeitos que se destinariam a comportar*”<sup>371</sup>. Para Romano-Pavoni

[i]neficaz é uma deliberação condicionada antes que a condição se verifique ou cuja condição não se verifique, o que também se aplica à *condictio juris*, a qual, embora se distinga da condição voluntária pela sua fonte (que é a lei, em vez da vontade do interessado), bem como pela função que o ordenamento lhe atribuiu, é sempre um fato do qual se verifica ou, ao menos, deriva a produção ou a cessão dos efeitos jurídicos de um ato.<sup>372</sup>

A eficácia das deliberações do conselho de administração está atrelada, principalmente, a fatores de ordem formal – a lavratura da ata da reunião em livro próprio e o registro e publicação de sua duplicata. Ao contrário do que ocorre com as

<sup>370</sup> “A ineficácia do negócio jurídico não se confunde com indiferença, ou falta de consequência. Negócio jurídico ineficaz pode dar ensejo a consequências, e. g., a perdas e danos”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, tomo V. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955, p. 70.

<sup>371</sup> CORDEIRO, António Menezes. *SA: Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 181.

<sup>372</sup> (tradução livre da autora) Original: “*Inefficace è una deliberazione condizionata prima che la condizione si sia verificata o se la condizione non si verifica, il che vale anche per la condictio juris, la quale, pur differenziandosi dalla condizione volontaria quanto la fonte, (che è la norma invece della volontà degli interessati) e quindi per la funzione che l'ordinamento le attribuisce, è pur sempre un fatto dal cui verificarsi o meno deriva la produzione o la cessazione degli effetti giuridici di un atto*”. ROMANO-PAVONI, Giuseppe. *Le deliberazioni delle Assemblee delle Società*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1951, p. 269.

assembleias gerais<sup>373</sup>, não há matérias submetidas à competência do órgão administrativo que a LSA, expressa ou tacitamente, tenha lhes negado eficácia imediata<sup>374</sup>.

A LSA exige que as deliberações sejam documentadas em atas lavradas no livro de atas de reuniões do conselho de administração<sup>375</sup>. Ainda, as decisões destinadas a produzir efeitos perante terceiros, devem ter duplicatas das atas de reunião arquivadas no Registro do Comércio e publicadas<sup>376</sup> em jornais<sup>377</sup>; nas companhias abertas com ações admitidas à negociação em mercado de bolsa, as duplicatas deverão ser também enviada à CVM<sup>378</sup> e disponibilizadas em sítio eletrônico da companhia<sup>379</sup>.

---

<sup>373</sup> “De maneira geral, a doutrina entende como sendo ineficazes as deliberações que alteram ou sejam susceptíveis de alterar direitos especiais dos sócios, sem que estes consentam. A Lei n. 6.404 seguiu essa orientação, sujeitando expressamente a eficácia dos atos de reforma estatutária que modifiquem referidos direitos, à prévia aprovação ou posterior 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 desta Lei’ (§1º do art. 136, c/c incisos I e II). A mesma sanção de ineficácia ocorrerá na hipótese de alterações estatutárias que digam respeito à diversidade de classes (parágrafo único do art. 16) ou das que estejam sujeitas à prévia aprovação dos titulares de uma ou mais classes de ações preferenciais (parágrafo único do art. 18).[...] São também ineficazes as deliberações que possam trazer prejuízo aos credores da sociedade, referentes: (a) à redução do capital com restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas (art. 174, §§1º e 2º); (b) à transformação da sociedade (art. 222); (c) à cisão (art. 233, parágrafo único)”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 111-113.

<sup>374</sup> Isso não significa, porém, que os próprios conselheiros não possam moderar os efeitos de suas deliberações, subordinando-as a termos ou condições (quando enquadrarem-se na natureza de negócio jurídico), ou que a lei não possa vir a fazê-lo.

<sup>375</sup> Para as Assembleias Gerais: “**Art. 130, LSA** - Dos trabalhos e deliberações da assembléia será lavrada, em livro próprio, ata assinada pelos membros da mesa e pelos acionistas presentes. (...)”

<sup>376</sup> “**Art. 142, § 1º, LSA** - Serão arquivadas no registro do comércio e publicadas as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros”.

<sup>377</sup> “**Art. 289, LSA** - As publicações ordenadas pela presente Lei serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado ou do Distrito Federal, conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia, e em outro jornal de grande circulação editado na localidade em que está situada a sede da companhia”.

<sup>378</sup> “**Art. 30, Instrução CVM nº. 480, de 7 de dezembro de 2009** - O emissor registrado na categoria A deve enviar à CVM, por meio de sistema eletrônico disponível na página da CVM na rede mundial de computadores, as seguintes informações eventuais: (...) V – atas de reuniões do conselho de administração, desde que contenham deliberações destinadas a produzir efeitos perante terceiros, em até 7 (sete) dias úteis contados de sua realização (...)”.

<sup>379</sup> “**Art. 13, Instrução CVM nº. 480, de 7 de dezembro de 2009** - O emissor deve enviar à CVM as informações periódicas e eventuais, conforme conteúdo, forma e prazos estabelecidos por esta Instrução. (...) § 2º O emissor registrado na categoria A deve ainda colocar e manter as informações referidas no caput em sua página na rede mundial de computadores por 3 (três) anos, contados da data de divulgação”.



São exemplos de decisões sujeitas a tais formalidades aquelas relativas à eleição e destituição de diretores<sup>380</sup>; à emissão de debêntures<sup>381</sup>; ao aumento de capital autorizado com emissão de novas ações; e demais atos oponíveis *erga omnes*<sup>382</sup>.

A ata é o documento que reduz à forma escrita o conteúdo das reuniões<sup>383</sup>. Classifica-se como um instrumento particular<sup>384</sup>, e não gera direitos, por ser apenas um relato<sup>385</sup>. Deve observar certos requisitos formais para que seja reputada válida; entre eles, a datação, a indicação do resultado das deliberações, e a assinatura dos presentes<sup>386</sup>.

<sup>380</sup> “**Art. 146, §1º, LSA** - A ata da assembléia-geral ou da reunião do conselho de administração que eleger administradores deverá conter a qualificação e o prazo de gestão de cada um dos eleitos, devendo ser arquivada no registro do comércio e publicada”.

<sup>381</sup> “**Art. 62, LSA** – Nenhuma emissão de debêntures será feita sem que tenham sido satisfeitos os seguintes requisitos: **I** - arquivamento, no registro do comércio, e publicação da ata da assembléia-geral, ou do conselho de administração, que deliberou sobre a emissão; (...)”.

<sup>382</sup> *Mutatis mutandis*: “[c]onstituirão, por outro lado, atos de eficácia imediatamente externa aqueles que objetivam manifestar a vontade social nas relações com terceiros, de caráter contratual bilateral. Encontra-se nessa categoria a aprovação de contratos de compra e venda de bens e de prestação de serviços, cuja celebração dependa da manifestação da assembleia. Também se inclui na categoria a constituição de consórcios (arts. 278 e 279). Serão, ainda, de eficácia interna, porém integrativa de atos jurídicos envolvendo outras pessoas jurídicas, os que acarretarão modificações institucionais na própria companhia, como a fusão, incorporação e cisão (arts. 223 a 234) ou a constituição de subsidiária integral (arts. 251 a 253) ou a integração em grupo de sociedades (arts. 365 a 277). Nesses casos, os atos decorrentes das decisões da assembleia geral projetam-se para o exterior, unindo-se a outras vontades, para formar negócios jurídicos plurilaterais”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 2º vol.: artigos 75 a 137. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 516-517.

<sup>383</sup> “(...) é o resumo das ocorrências e dos atos deliberados na assembleia geral”. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 146; “(...) diz-se, em geral, acta o documento de onde conste o relato, mais ou menos pormenorizado, do decurso de uma reunião”. CORDEIRO, António Menezes. *SA: Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 163; “A ata (...) é o documento que concentra e perpetua os fatos passados na assembleia geral”. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, volume II - arts. 74 a 136. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 121.

<sup>384</sup> LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 146; TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 960; VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, volume II - arts. 74 a 136. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 121.

<sup>385</sup> TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 960.

<sup>386</sup> **Instrução Normativa nº100, de 19/04/2006, do DNRC**, que aprovou o Manual de Atos e Registro Mercantil das Sociedades Anônimas, item 6.2.6 – “Ata de Reunião do Conselho de Administração”: “[a] ata de reunião deve conter: a) local, hora, dia, mês e ano de sua realização; b) deliberações: registrar as decisões tomadas na reunião, indicando, se tratar de aumento de capital no limite da autorizado, além do valor e as condições do aumento: - prazo e forma de integralização; número e espécie das ações lançadas a subscrição; classe, quando for o caso; prazo para o exercício de preferência ou a inexistência deste direito de preferência, nos casos do art. 172 da Lei 6.404/76; o montante do capital já subscrito e realizado, como também o limite da autorização; o aumento de capital nas sociedades anônimas pelo Conselho de Administração, só é possível quando a companhia tiver ‘capital autorizado’ (Art. 168 da Lei 6.404/76); c) fecho: mencionar o encerramento dos trabalhos, a lavratura da ata, sua leitura e aprovação, seguindo-se as assinaturas dos conselheiros”.

A doutrina tranquilamente reconhece a ata como um meio de prova dos acontecimentos das reuniões e assembleias<sup>387</sup>, embora não seja meio exclusivo<sup>388</sup>. É o documento oficial da companhia, que goza de presunção de veracidade perante acionistas e terceiros<sup>389</sup>.

Diz-se que o documento arquivado no registro mercantil e reproduzido em jornais é uma *duplicata* porque seu original, por definição legal<sup>390</sup>, é lavrado em livro próprio e assinado por todos os presentes. A duplicata, por sua vez, é uma cópia fiel do original, lavrada fora do livro, que pode ou não ser assinada por todos os presentes, eis que admitida a sua validação por simples assinatura do presidente, do secretário, ou de qualquer dos diretores da companhia<sup>391</sup>.

<sup>387</sup> “(...) faz prova plena dos fatos dela constantes, nas relações entre os acionistas e entre estes e a sociedade”. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, volume II - arts. 74 a 136. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 121; “(...) é a prova documental do que sucedeu na assembleia”. TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 960; “(...) constitui o documento comprobatório dos fatos que aí aconteceram”. LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 146.

<sup>388</sup> TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 960; CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201.

<sup>389</sup> “A ata traz presunção de verdade da deliberação”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201.

<sup>390</sup> “O funcionamento do conselho de administração é semelhante ao das assembleias-gerais, aplicando-se as regras correspondentes por analogia, na falta de normas estatutárias e/ou legais específicas, para os fins de convocação, instalação e deliberação”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 328.

Analogicamente, “**art. 130, LSA** – Dos trabalhos e deliberações da assembléia será lavrada, em livro próprio, ata assinada pelos membros da mesa e pelos acionistas presentes. Para validade da ata é suficiente a assinatura de quantos bastem para constituir a maioria necessária para as deliberações tomadas na assembléia. Da ata tirar-se-ão certidões ou cópias autênticas para os fins legais. § 1º A ata poderá ser lavrada na forma de sumário dos fatos ocorridos, inclusive dissidências e protestos, e conter a transcrição apenas das deliberações tomadas, desde que: **a)** os documentos ou propostas submetidos à assembléia, assim como as declarações de voto ou dissidência, referidos na ata, sejam numerados seguidamente, autenticados pela mesa e por qualquer acionista que o solicitar, e arquivados na companhia; **b)** a mesa, a pedido de acionista interessado, autentique exemplar ou cópia de proposta, declaração de voto ou dissidência, ou protesto apresentado. § 2º A assembléia-geral da companhia aberta pode autorizar a publicação de ata com omissão das assinaturas dos acionistas. § 3º Se a ata não for lavrada na forma permitida pelo § 1º, poderá ser publicado apenas o seu extrato, com o sumário dos fatos ocorridos e a transcrição das deliberações tomadas”.

<sup>391</sup> Conforme **Instrução Normativa nº100, de 19/04/2006, do DNRC**, que aprovou o Manual de Atos e Registro Mercantil das Sociedades Anônimas, item 6 – “Ata de Reunião do Conselho de Administração”, subitem 6.1. – “Documentação exigida”: “[a] cópia da ata deve conter, no fecho: a) [a]s assinaturas, de próprio punho, dos conselheiros que subscreveram o original lavrado no livro próprio; ou b) [o]s nomes de todos os que assinaram, com a declaração de que a mesma confere com o original e a indicação do livro e folhas em que foi lavrada, devendo ser autenticada, com a indicação do nome e cargo do signatário”.

Ilustrativa e analogicamente, o entendimento nº. 60 da Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, aprovado na 4333ª Sessão Ordinária do Plenário, em 22 de dezembro de 2009: “**Ata: reprodução dos nomes dos acionistas** -A cópia da ata, se não assinada diretamente, deverá conter,

Questão que se coloca é se a ata é elemento de existência, requisito de validade ou fator de eficácia da deliberação; e quais seriam, assim, as consequências da falta ou invalidade da ata. A matéria é também discutida no âmbito das assembleias gerais, sendo o mesmo raciocínio aqui aplicado.

A ata não é pressuposto de existência da deliberação: “*a ata não é a deliberação*”<sup>392</sup>. A formação da vontade da companhia, por meio do órgão, ocorre independentemente de ser posteriormente documentada. Uma é manifestação de vontade e a outra é mero relato, um documento, de forma que este está totalmente desvinculado da existência da deliberação<sup>393</sup>.

Também não é requisito de validade da deliberação, conforme reconhece a doutrina. A invalidade ou ausência do instrumento não implica a invalidade da deliberação; o documento pode ser posteriormente retificado ou elaborado mediante declaração do respectivo órgão<sup>394</sup>.

A propósito, Carvalhosa noticia que a Corte Suprema italiana já atribuiu à ata a função, apenas, de certificação das vontades já formadas, de modo que as deliberações não documentadas são válidas internamente ou mesmo perante terceiros que delas tiverem conhecimento<sup>395</sup>. Tal entendimento, embora ainda não posto a

*após a transcrição dos nomes dos acionistas presentes à Assembléia, constantes do original lavrado no livro próprio, a assinatura do Presidente ou Secretário da assembléia, ou ainda, de qualquer diretor/procurador, acompanhada da expressão ‘confere com o original lavrado no livro próprio’. - O nome do signatário dessa autenticação deverá ser indicado, bem como o cargo ou função que desempenha na empresa, se o texto da ata não o revelar. -No caso de companhia aberta, se a assembléia permitir a publicação da ata sem assinatura dos acionistas, poderá ser apresentada uma cópia contendo apenas as assinaturas do residente e do Secretário, além das outras vias formalmente completas”.*

<sup>392</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201.

<sup>393</sup> “*O critério que distingue a declaração da respectiva documentação, funda-se no diferente caráter do resultado visado por uma e pela outra; evento psíquico para declaração, que pela sua natureza se dirige à mente alheia; resultado físico para a documentação, a qual, na medida em que se destina a formar uma coisa dotada de capacidade representativa, entra na categoria das simples operações com que se modifica um estado de fato preexistente*”. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda, 2008, p.202.

<sup>394</sup> “*A invalidade do instrumento, que é a ata, não implica a da deliberação (ato), de modo que a assembleia geral pode ser convocada e instalada para que haja declaração explícita das deliberações tomadas e se lavrar a ata, com referência aos fatos ocorridos*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante, *Tratado de Direito Privado*, tomo L. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1965, p. 286.

<sup>395</sup> “*A ata, como tem decidido a Corte Suprema italiana, tem a função apenas de certificar as vontades já formadas por voto, razão pela qual as deliberações que eventualmente não forem transcritas em ata são plenamente válidas, tanto no que respeita às relações internas da administração, como perante terceiros que tiverem conhecimento dessas mesmas deliberações. Esse o correto alcance dos efeitos jurídicos da ata. Se ela for omissa, lacunosa, ou se contiver errônea declaração deliberativa, tais vícios não invalidam a deliberação regularmente tomada pelo Conselho, prevalecendo esta sobre o que a respeito se contiver na ata*”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201.

exame dos tribunais e das entidades reguladoras e autorreguladoras do mercado, é integralmente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Desse modo, tomada validamente a deliberação, mas ausente a ata respectiva (por não ter sido lavrada; por ter sido lavrada invalidamente; ou por ter sido extraviada ou destruída) a deliberação é plenamente eficaz aos que participaram da reunião; e também terá eficácia com relação àqueles – conselheiros ausentes, diretores, acionistas ou demais terceiros – que tiveram ciência de seu conteúdo por outros meios quaisquer<sup>396</sup>.

Existente a ata, mas não observadas as formalidades adequadas à divulgação de sua duplicata, a eficácia das deliberações do conselho de administração, repita-se, deverá ser modulada até o limite do efetivo conhecimento de terceiros.

Nessa perspectiva, ilustrativamente, afirma-se não se opor a destituição de um diretor a uma instituição bancária se a ata que a deliberou não se encontra devidamente registrada e publicada; e não se iniciar a contagem do prazo para exercício do direito de preferência do acionista se, na companhia fechada, a ata do aumento de capital não está arquivada e veiculada em jornais, na forma da lei; e, na companhia aberta, se também não foram transmitidas à CVM e disponibilizadas eletronicamente ao mercado.

### **3.4 - As espécies de invalidade e a doutrina clássica civilista: o antigo tratamento do tema**

A teoria clássica das invalidades do direito civil estabelece muitas e bastante demarcadas diferenças entre nulidade e anulabilidade. É com base nessa doutrina rígida que os comercialistas normalmente defendem a inaplicabilidade do direito civil ao direito societário.

---

<sup>396</sup> “(...) a ata irregular ou a ausência de ata não torna ineficaz a deliberação tomada pelo Conselho”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 202.

Esse entendimento, porém, não é pacífico: “[a]s atas do conselho de administração devem ser registradas na Junta Comercial. Para o fim da geração de efeitos das deliberações adotadas pelo órgão em tela no plano interno da sociedade basta que as atas tenham sido lavradas no livro próprio. No entanto, quando se trata de efeitos com relação a terceiros sua eficácia depende do registro e da correspondente publicação, na forma do §1º do art. 142 da LSA”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433.

A nulidade está relacionada aos mais graves defeitos que pode conter um ato jurídico, sempre atrelados à ordem pública. Assim, a nulidade seria consequência de uma violação a interesses públicos. Seria o grau máximo da invalidade.

Segundo a doutrina clássica, a nulidade, por ser defeito muito grave, violador de interesse público, não produz nenhum efeito jurídico. Alguns autores apresentam a não produção de efeitos como consequência imediata da nulidade, como o faz Carlos Roberto Gonçalves, ao dispor que a nulidade é sanção imposta aos atos e negócios realizados sem algum requisito essencial, ao qual a lei impede a produção de efeitos próprios<sup>397</sup>. Maria Helena Diniz, ainda, praticamente equipara a não produção de efeitos ao próprio conceito de nulidade, que segundo a terminologia por ela adotada, abrangeria a nulidade relativa (anulabilidade) e nulidade absoluta (nulidade)<sup>398</sup>.

É o que descreveu Carvalho de Mendonça sobre o regime vigente em sua época e continua sendo o mesmo que descreve Nelson Eizirik ao defender a teoria especial: “*no Direito Civil, a aplicação da teoria das nulidades fundamenta-se no princípio de que os atos nulos, por apresentarem defeitos considerados como os mais graves pelo ordenamento jurídico, não produzem quaisquer efeitos*”<sup>399</sup>.

Assim, diz-se que uma vez pronunciada por sentença, esta devia ter eficácia *ex tunc* e retroagir de modo a eliminar os aparentes efeitos produzidos por aquele negócio nulo, restituindo as partes ao estado em que se encontravam antes do fazimento do ato nulo. Eizirik reproduz essa regra tradicional, afirmando que no direito civil o pronunciamento da nulidade tem efeito retroativo, de modo a eliminar por completo o ato viciado e todas as suas consequências<sup>400</sup>.

Afirma também a doutrina clássica que, havendo quaisquer vícios que acarretam nulidade, o ato jurídico seria *nulo de pleno direito*. Ou seja, é nulo e sempre foi, desde sua origem, motivo pelo qual o ato nulo jamais produziria efeitos. Serpa Lopes dispõe que se trata de um ato natimorto, nulo por si mesmo<sup>401</sup>.

<sup>397</sup> GONÇALVEZ, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 1: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 474.

<sup>398</sup> “A nulidade vem a ser a sanção, imposta pela norma jurídica, que determina a privação dos efeitos jurídicos do negócio praticado em desobediência ao que prescreve”. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. vol 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 577.

<sup>399</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 578.

<sup>400</sup> Nelson Eizirik, ao descrever o regime das nulidades no direito civil: “o reconhecimento da nulidade produz efeitos *ex tunc*, ou seja, desde sempre, de sorte que atinge a validade não só do ato nulo como de todas as suas consequências, desde o momento em que foi praticado”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 578-579.

<sup>401</sup> LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil*. vol I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 315.

Pela seriedade da nulidade, ainda diz a doutrina tradicional que o negócio nulo jamais é passível de confirmação entre as partes. Assim, existente a nulidade, as partes não poderiam corrigir o defeito e a única alternativa possível seria o desfazimento do ato e elaboração de outro, novo. Da mesma forma, a doutrina comercialista segue essa regra ao tratar da nulidade no direito civil<sup>402</sup>.

Ainda, a doutrina civilista tradicional<sup>403</sup> e a atual doutrina comercialista<sup>404</sup> afirmam que, de acordo com o Código Civil, é imprescritível a ação que declara a nulidade. Afirmam que o próprio Código Civil previu de maneira expressa a não sujeição da nulidade a prescrição ou decadência no artigo 169<sup>405</sup>, o que afastaria qualquer questionamento em contrário.

O ordenamento jurídico repugnaria tanto a nulidade, por violar interesses da coletividade, que facilitaria muito o seu pronunciamento. Assim é que a doutrina afirma que esta espécie de invalidade pode ser arguida por qualquer interessado, pelas partes ou pelo Ministério Público, quando lhe cabe intervir, bem como de ofício pelo juiz. Pode, inclusive, ser alegada por aquele que lhe deu causa.

Em suma, além da não produção de qualquer efeito, são tradicionalmente apresentadas as seguintes características do negócio nulo, sistematizadas por Stolze e Pamplona<sup>406</sup>:

1. O ato nulo atinge interesse público superior.
2. Opera-se de pleno direito.
3. Não admite confirmação.
4. Pode ser arguida pelas partes, por terceiro interessado, pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, ou, até mesmo, pronunciada de ofício pelo juiz.

<sup>402</sup> “Ademais, conforme o artigo 169 do Código Civil, o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação pelas partes; é nulo para sempre, não podendo ser convalidado”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 579.

<sup>403</sup> “(...) é perpétua, no sentido de que, em princípio, se não extingue por efeito da prescrição. O decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido. Se nenhum efeito produz desde o nascimento, nenhum produzirá para todo o sempre. A qualquer tempo, é alegável.” GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 488. *Apud* GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 1: parte geral. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 435.

<sup>404</sup> “A nulidade de determinado negócio jurídico pode ser declarada a qualquer tempo, não estando sujeita à decadência ou prescrição”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 578.

<sup>405</sup> “**Art. 169, CC.** O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.

<sup>406</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 1: parte geral. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 443.

5. A ação declaratória de nulidade é decidida por sentença de natureza declaratória de efeitos *ex tunc*.
6. Pode ser reconhecida, segundo o Novo Código Civil, a qualquer tempo, não se sujeitando a prazo prescricional ou decadencial.

A doutrina clássica civilista ainda apresenta o regime jurídico da anulabilidade, muito diferente da nulidade, como o fazem os comercialistas.

Diz-se que o ato anulável, por não ser tão grave seu vício, tem aptidão para produzir efeitos desde que entra no mundo, de modo que começa atuando como se fosse válido. Porém, as partes podem requerer sua anulação judicialmente, momento em que os efeitos cessarão.

Proferida a sentença, esta, segundo a maior parte dessa doutrina, terá natureza desconstitutiva e produzirá efeitos *ex nunc*. Assim, o ato anulável produzirá normalmente seus efeitos até que a sentença lhe destitua de validade e somente da desconstituição em diante é que a sentença produzirá efeitos. Ou seja, a anulabilidade só opera depois da sentença.

Ainda, reconhece a doutrina que o ato anulável, possuindo defeito mais leve e ofendendo apenas interesses privados, é passível de confirmação, seja por vontade das partes ou pela decadência, com o percurso do tempo. Nessas hipóteses, será então considerado válido, assim como seus efeitos, desde sua origem.

Defende também que a anulabilidade, ao contrário da nulidade, não opera de pleno direito, de maneira que necessita ser requerida por meio de ação direta própria<sup>407</sup> e deve sempre proferida e somente por sentença<sup>408</sup>. Ainda, determina que esta espécie de invalidade só pode ser alegada pelos diretamente interessados, não podendo ser alegada de ofício pelo juiz, conforme determina o art. 177, CC<sup>409</sup>.

Na lição de Zeno Veloso, interessados seriam as pessoas em favor das quais a invalidade foi pronunciada, que são as pessoas que a respectiva norma que previu a anulabilidade buscou proteger, seus representantes legais ou sucessores, além de

---

<sup>407</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 268.

<sup>408</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 415.

<sup>409</sup> “**Art. 177, CC.** 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”.

terceiros prejudicados<sup>410</sup>. Ao contrário da nulidade, não pode ser arguida por seu causador.

Essas características poderiam ser sistematizadas da seguinte maneira:

1. O ato anulável atinge interesses particulares.
2. Não se opera de pleno direito.
3. Pode ser confirmada pelas partes.
4. Somente pode ser alegada pelos interessados.
5. A sentença que profere a anulação tem natureza desconstitutiva e efeitos *ex nunc*.
6. O requerimento judicial de anulação está sujeito aos efeitos da prescrição.

### **3.5 - A mudança de abordagem na teoria das invalidades e sua aplicabilidade ao direito societário**

A doutrina civilista mais atualizada tem relativizado de maneira muito clara aquelas radicais diferenças entre nulidade e anulabilidade, sempre criticadas pelos comercialistas, bem como tem apontado antigos erros da doutrina sobre o tema. Tais equívocos ainda são frequentemente repetidos pela doutrina civilista e normalmente é essa visão mais antiga do direito civil que é abordada pelos comercialistas quando abordam a teoria especial.

A releitura se justifica, em primeiro lugar, em decorrência de divergências e equívocos dos autores no entendimento das invalidades, algumas vezes por interpretações inadequadas da lei. Valle Ferreira afirma que são notórios os “*embaraços*” decorrentes de estudos sérios sobre as nulidades, especialmente devido à grande divergência doutrinária, que variam não só na nomenclatura, mas na interpretação. Esta, segundo o autor, muitas vezes ainda se prende a concepções antigas ou de outros ordenamentos<sup>411</sup>.

---

<sup>410</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 269.

<sup>411</sup> “São por demais conhecidos os embaraços que se apresentam a um estudo mais sério das nulidades, e parece bem certo que tais dificuldades se agravam em consequência da opinião divergente dos autores. Êstes, em seus estudos, além de variarem na linguagem e na inteligência dos textos que examinam, quase sempre se prendem a fatos de outros tempos, ou a circunstâncias de outros lugares”. FERREIRA, Valle. *Subsídios para o estudo das nulidades*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, ano XIV, n° 3. Belo Horizonte, 1963, p. 29.



César Fiuza atribui a origem do problema ao fato de que a teoria clássica se baseou no direito romano, cuja teoria das nulidades foi produzida a partir de falsos pressupostos<sup>412</sup>.

Além disso, justifica-se a nova abordagem em função da inaplicabilidade prática de determinadas regras tradicionalmente defendidas, como aquela clássica determinação de que o ato nulo não produz efeitos, questão trabalhada em tópico próprio. O ato com vício causador de nulidade produz, sim, efeitos próprios e impróprios, que muitas vezes precisam ser preservados.

Em terceiro lugar, porque, na prática, conforme se verá, cada um dos casos de invalidades são tão diferentes entre si que não é possível pré-determinar características rígidas comuns a todos eles. Cada situação possui peculiaridades que necessitam tratamento diferenciado. Como bem já haviam observado os comercialistas no século XIX, aplicar rigorosamente aquelas ditas características da nulidade para todos os casos implica consequências extremamente graves, injustas e indesejáveis não só para particulares, mas também para a coletividade.

Marcos Bernardes, nesse sentido, critica a expressão “*características da nulidade*”, tendo em vista que elas não são tão uniformes em cada uma das espécies. Nenhuma característica, segundo ele, integra de modo absoluto uma outra espécie<sup>413</sup>.

---

<sup>412</sup> “A verdade é que a teoria clássica se baseou na teoria das nulidades do Direito Romano e esta, por sua vez, foi engendrada a partir de falsos pressupostos, oriundos de má leitura dos textos e da própria sistemática romana”. FIUZA, César. *Ensaio crítico acerca da teoria das nulidades*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 32, 1999, p. 53. Acesso em: 13.04.13 Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/1874/1569>>

<sup>413</sup> “Rigorosamente, não nos parece correto falar de ‘características da nulidade’, uma vez que **aquelas que lhe são atribuídas, como a inconvalecência, a imprescritibilidade, a alegabilidade por qualquer interessado e pelo Ministério Público, a decretabilidade de ofício pelo juiz e a ineficácia do ato por ela vitimado, não se encontram em todas as espécies**. Para atender situações especiais, particularizadas, algumas vezes resultantes da própria natureza do ato ou de suas consequências e interesses de ordem pública, os sistemas jurídicos criam exceções que impedem se possam fazer enunciados genéricos, com absoluto rigor científico, como, por exemplo, dizer-se que nulidade é o defeito insanável, imprescritível, alegável por qualquer interessado e pelo Ministério Público, decretável de ofício pelo juiz, que torna o ato jurídico ineficaz. Se consideramos a generalidade dos casos esse enunciado é correto, mas não se aplica a toda espécie, uma vez que há casos, excepcionais, é verdade, em que a nulidade: (a) convalesce, (b) extingue-se (=decadência) ou tem sua eficácia encoberta (=prescrição) pelo decurso do tempo, (c) não pode ser alegada por qualquer interessado, muito menos pelo Ministério Público, (d) depende de impugnação, não podendo ser decretada de ofício pelo juiz, e, finalmente, (e) o negócio jurídico é eficaz. **Por isso é necessário destacar, bem claramente, que nenhuma daquelas características integra essencialmente, de modo absoluto, o conceito de nulidade, em face das exceções. Daí não ser cientificamente correto afirmar-se que sejam características essenciais da nulidade, mas, sim, que em geral lhe são pertinentes**”. (original sem negrito) MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261.

Todos esses motivos ainda se relacionam com a percepção da doutrina civilista que a teoria das invalidades deveria se compatibilizar com determinados princípios essenciais, como o princípio da conservação dos atos jurídicos e na confiança e na aparência, que visam a conferir estabilidade e segurança nas relações jurídicas. Nessa linha, Zeno Veloso afirma que a rigidez das normas clássicas atribuídas a essa matéria tem sido preocupação dos juristas, que têm proposto sua revisão, relativizando alguns de seus dogmas para harmonizar princípios que se conflitam<sup>414</sup>.

Luiz Roldão de Freitas Gomes ressalta que o tratamento das nulidades merece nova leitura, mais compatível com os princípios da confiança e da proteção da boa-fé de terceiros, de forma a, por exemplo, admitir a produção de efeitos do ato nulo<sup>415</sup>.

Estão corretos os comercialistas ao dizerem, até hoje, que as rígidas regras da teoria clássica das invalidades não são compatíveis com a realidade societária. Porém, essa não é uma exclusividade do direito societário; tal rigidez não é mais compatível nem com o direito civil. De maneira geral, não é compatível com as relações sociais.

Em outros ramos do Direito a questão é abordada:

(...) a doutrina administrativa tem-se desenvolvido melhor quanto aos limites e efeitos da invalidação, conferindo maior importância à segurança jurídica, à certeza do direito e à boa fé de terceiros<sup>416</sup>.

---

<sup>414</sup> “A rigidez desses princípios tem sido objeto de preocupação dos juristas, que, em nome da socialização do Direito e com vistas a resguardar a posição de terceiros inocentes, vêm propondo uma revisão da teoria das invalidades, relativizando alguns de seus dogmas. Muitas legislações já seguem esses novos rumos, tentando harmonizar princípios que conflitam”. VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 352.

<sup>415</sup> “Hoje, novos princípios interferem para o tratamento das nulidades. A proteção à boa-fé de terceiros e à confiança de que deve presidir as relações sociais impõem-se admita a produção de efeitos pelo ato inquinado de defeito em tese insanável. A legitimação para arguir o vício também amplia-se ou restringe-se de acordo com o interesse social. Admite-se a sanção do ato, anulável, e o aproveitamento do nulo, quando a invalidade for parcial, ou sua conversão em outro. É que a teoria das nulidades vincula-se à concepção do ato jurídico. E este hoje é visto sob a ótica de seu valor social e cunho objetivo, em que a vontade se desprende de seu agente e vale pelo que representar na vida jurídica. É a evolução que se apresenta no direito moderno”. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Invalidez dos atos jurídicos - nulidades - anulabilidades - conversão*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. n. 53. São Paulo: RT, p. 16.

<sup>416</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.

Nesse sentido: “É equivocado afirmar que o ato nulo não produz efeitos. A asserção é incorreta tanto sob o prisma fático como sob o enfoque jurídico. No dos fatos, os atos nulos podem produzir efeitos - os quais se configuram como indevidos e demandam, muitas vezes, a intervenção judicial para pronunciar o seu desfazimento. Na dimensão jurídica, a ausência de conhecimento ou certeza a propósito do defeito conduz frequentemente a situações similares às derivadas de atos válidos. Ou seja, o máximo que se poderia afirmar é que os atos nulos não deveriam produzir efeitos

Assim é que o direito civil evoluiu no sentido de não mais repetir taxativamente e de maneira generalizada aquele regime jurídico rígido das invalidades e essas mudanças serão tratadas pontualmente nos próximos tópicos, de maneira a se demonstrar que cada uma das características da chamada teoria especial das invalidades do direito societário se harmoniza com o direito civil em sua essência, de modo que não é necessário construir uma teoria à parte para as questões societárias<sup>417</sup>.

Porém, como se verá, certas propostas de alguns autores, naturalmente, não são resguardadas pelo direito civil porque não são resguardadas pelo Direito de maneira geral. Não é porque determinado expediente parece conveniente para determinadas pessoas que terá que ser admitido como lícito. Alguns atos, de forma alguma, pelo seu grau de ilicitude e abusividade, podem ser suportados.

---

*jurídicos. Aliás, atos nulos não deveriam sequer ocorrer*". JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 454.

*"(...) considerando que o dever de legalidade não é absoluto, caso a sua retirada comprometa outra regras e princípios tão importantes quanto ele, abalando consideravelmente a segurança jurídica, a sua manutenção é a única alternativa. O ato será mantido, mesmo que viciado, em razão de outras regras constitucionais. (...) Pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne útil àquele mesmo interesse público, de modo tal que também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência de seus efeitos. A obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito, somada à necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente, o princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica justificam a manutenção dos efeitos do ato, apesar de seu vício*". MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 323.

*"(...) é também necessário observar a falsidade da afirmação de que os atos ilegais não produzem efeito algum. Primeiro, porque eles produzem todos os seus efeitos até a sua declaração, segundo, porque ficam protegidos os terceiros de boa-fé e, ainda, a possibilidade constituição do direito à indenização*". MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013, p. 320.

*"A professora Weida Zancaner traz precisa explicação de como se processa o fenômeno da estabilização [dos atos administrativos] (a autora nomeia tais situações de 'barreiras ao dever de invalidar') e de quais são seus fundamentos: 'Com efeito, atos inválidos geram consequências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio do Direito*". CÂMARA, Jacintho Arruda. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*. Revista Diálogo jurídico, nº 14. Salvador: CAJ (Centro de Atualização Jurídica), junho/junho, 2002. Acesso em 13.10.13. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf), p. 9.

<sup>417</sup> Valladolid, por exemplo, anuncia a necessidade da teoria especial pela necessidade de um diverso enfoque à nulidade e nulidade, o que já é feito pela doutrina civilista: *"A especialidade do regime de invalidade aplicável às companhias, portanto, assenta-se em grandes linhas, nas seguintes principais diferenças com relação ao direito comum: (...) 4º) diverso enfoque da distinção entre atos nulos e anuláveis*". NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladolid Azevedo e. *Invalidade das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 23.

### 3.5.1 - Natureza jurídica da invalidade e o equívoco da nulidade de pleno direito

O primeiro ponto que precisa ser abordado para a demonstração da visão atual da teoria das invalidades no direito civil é a natureza jurídica da invalidade e a consequente constatação da falsidade da afirmação de que a nulidade opera de pleno direito, como anuncia a doutrina clássica.

Para evitar o comportamento contra a lei e punir aqueles que a infringem, o ordenamento previu determinadas consequências a seu descumprimento, chamadas sanções. Estas funcionam como uma espécie de garantia da eficácia dos preceitos normativos e podem ser de várias modalidades: privação de bens jurídicos, como liberdade e patrimônio, bem como podem atingir o próprio ato praticado em desacordo com os comandos jurídicos<sup>418</sup>.

O conceito de sanção que interessa a este estudo é bem apresentado por Rosenvald, segundo quem a sanção é uma medida indireta, espécie de medidas de controle social, que visa ao cumprimento do ordenamento jurídico. Uma vez posta pelo ordenamento para assegurar a observância do próprio ordenamento, trata-se de uma “*coação institucionalizada*”<sup>419</sup>.

Predomina o entendimento que a invalidade é uma sanção, que acomete o próprio ato jurídico, sempre que for realizado sem observar-se os requisitos que a lei impõe. Isso porque a invalidade tem o exato objetivo e formato das demais sanções, de impedir e tentar reparar as infrações às normas<sup>420</sup>.

---

<sup>418</sup> “As sanções atuam como garantia da eficácia dos preceitos normativos e podem consistir na privação de um bem, como a vida, a liberdade, o patrimônio, ou atingir o próprio ato praticado contra a lei ou com omissão da forma ou das condições por ela estabelecidas, para lhes negar efeitos jurídicos”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 4.

<sup>419</sup> “(...) a sanção jurídica é uma espécie de medida indireta, dentro da ampla categoria das medidas de controle social, voltada à observância do ordenamento jurídico. (...) a sanção parte de uma noção de uma coação institucionalizada, em que a resposta à violação das normas é regulada pelas mesmas normas do sistema jurídico. (...) a comum possibilidade de violação e observância é um traço característico de qualquer norma, sendo a sanção a resposta a sua violação e, ao mesmo tempo, o meio de se obter a maior quantidade possível de observância. Em outras palavras, como dizem os sociólogos, as sanções são técnicas de controle social. Prevalece na doutrina esta ampla acepção do termo sanção, como qualquer reação do ordenamento jurídico a uma violação da lei ou de uma disposição negocial, tutelando o interesse público e a coexistência social, com objetividade e imparcialidade.” ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22-23.

<sup>420</sup> Nesse sentido: “Nulidade é consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege, que consiste na supressão dos efeitos jurídicos que ele se destinava a produzir. Como consequência jurídica, a nulidade se integra na categoria das sanções”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 3; “A imputação de invalidade a um ato jurídico constitui, como observa Bobbio, uma forma de assegurar a integridade do ordenamento jurídico, que, recusando utilidade jurídica, e consequentemente prática, aos atos jurídicos realizados com infringência de suas normas, resguarda a sua validez (no sentido de

Importante esclarecer que nulidade ou anulabilidade não é o próprio defeito do ato<sup>421</sup>, mas uma consequência que o ordenamento impôs quando da existência de determinados defeitos. O mais correto, então, é dizer que o defeito é que é *sanável* ou não, e não a invalidade. Esta, como sanção, é *aplicável* ou não.

Sendo sanção, a nulidade precisa sempre ser pronunciada por sentença, de modo que a clássica expressão “*nulidade de pleno direito*” não tem cabimento.

Assim é que Valle Ferreira, em brilhante artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UFMG<sup>422</sup>, afirmou que não há nulidade de pleno direito, pois a invalidade, qualquer que seja ela, é sempre pronunciada por julgamento<sup>423</sup>. No mesmo sentido, Plínio Gonçalves ensina que “*ato nulo somente existe depois que a nulidade, como consequência jurídica, é pronunciada, e jamais antes da declaração judicial*”<sup>424</sup>.

Seguindo essa linha, Humberto Theodoro leciona que a nulidade de pleno direito era praticável no direito romano, mas não tem nenhum respaldo no vigente ordenamento brasileiro<sup>425-426</sup>.

Plínio Gonçalves acrescenta que apesar de o Código afirmar “*é ato nulo (...)*”, na verdade significa “*deve ser declarada a nulidade do ato (...)*”, porque ato nulo é aquele pronunciado judicialmente como tal e não um ato viciado potencialmente

---

*vigência) como um todo e de cada uma de suas normas, em particular. A invalidade, seja nulidade ou anulabilidade, tem, portanto, caráter de sanção com a qual se punem condutas que violam certas normas jurídicas, porque lhe é próprio o mesmo fundamento lógico comum às demais sanções: repelir as infrações às normas, assegurando a integridade da vigência do sistema jurídico.”* MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

<sup>421</sup> Nesse sentido: “*A situação das nulidades no quadro das sanções é suficiente para que se afaste o equívoco de se tratar a nulidade como se fosse o próprio defeito do ato. Talvez a linguagem do legislador contribua para esse desvio, que não é raro na doutrina (...). A disposição do art. 327 do Código de Processo Civil, por exemplo, refere-se a ‘irregularidades ou nulidades sanáveis’, equiparando, aparentemente, a nulidade ao vício ou defeito do ato.*” GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 7.

<sup>422</sup> Todos os artigos publicados na Revista da Faculdade de Direito da UFMG estão disponíveis em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista>

<sup>423</sup> “*(...) não pode existir nulidade de pleno direito, pois qualquer que seja o grau de imperfeição do ato, a nulidade só pode ser pronunciada por julgamento*”. FERREIRA, Valle. *Subsídios para o estudo das nulidades*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, ano XIV, n° 3. Belo Horizonte, 1963, p. 33.

<sup>424</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 8.

<sup>425</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 425.

<sup>426</sup> Porém, além da doutrina, ainda os tribunais, muitas vezes, utilizam o conceito: “*As nulidades de pleno direito são vícios insanáveis. Por isso, no caso presente, tem legitimidade a própria parte que outorgou a procuração vir a juízo e reclamar a declaração de nulidade absoluta de ato praticado pelo mandatário em assembléia de acionistas*”. STJ, Recurso Especial n° 649.711/BA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgamento em 06.06.06.

inábil a produzir efeitos, como conceitua a doutrina tradicional. Preconiza o autor que antes de ser pronunciada a invalidade, o ato é irregular<sup>427</sup>.

Outra questão, totalmente diferente, conforme explica Humberto Theodoro, é o fato de a invalidade ser congênita, o que ocorre tanto com a nulidade quanto com a anulabilidade. Isso significa que o ato inválido o é desde que se fez, ou seja, já nasceu inválido. Afinal, o defeito ocorreu exatamente na *qualificação* de um dos seus elementos de existência<sup>428</sup>.

Daí, de forma alguma pode-se afirmar que a invalidade opera de pleno direito, ainda que o defeito sempre tenha acompanhado o ato.

### 3.5.2 - As diferenças entre nulidade e anulabilidade conforme a doutrina atual

Apresentada a natureza jurídica das invalidades, o que, por definição, aproxima as duas figuras, importante tratar quais são, de fato, as diferenças entre nulidade e anulabilidade, conforme a nova perspectiva do direito civil.

Especialmente a partir deste tópico, será demonstrado que, de maneira geral, quando os comercialistas apontam para a inaplicabilidade das regras de direito civil para o direito societário, estão se referindo a regras clássicas, já superadas que,

---

<sup>427</sup> “Quando alguns artigos do Código enunciam ‘É nulo o ato (...)’, logicamente a norma diz ‘deve ser declarada a nulidade do ato (...)’. O tempo presente da disposição não desvirtua o comando normativo. O ato nulo não é aquele que, em razão do vício, é, potencialmente, inábil a operar efeitos, mas o que é, efetivamente, declarado, pronunciado ou decretado como nulo, ou seja, aquele que, através da declaração judicial, tem seus efeitos suprimidos. O ato que potencialmente pode ser declarado como nulo é o ato irregular” GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 9.

Não é uniforme o tratamento doutrinário. Há autores que diferenciam invalidade e irregularidade com base em outro critério.

No direito português: “Enquanto a invalidade importa a destruição dos efeitos negociais, a irregularidade, embora provenha de um vício interno negocial, tem consequências menos graves, não afectando a eficácia do negócio, mas dando apenas lugar a sanções especiais. É o caso do casamento, nas hipóteses dos artigos 1649º e 1650º (casamento de menores ou com outro impedimento impediante)”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 476.

<sup>428</sup> No mesmo sentido: “No Direito processual, e mesmo no sistema jurídico em geral, pode-se conceber que haja vício congênito ao ato, mas não que haja nulidade congênita aos atos jurídicos. Pode haver defeito na origem do ato - o que causa a sua irregularidade -, mas não pode haver nulidade automática, como se fosse uma decorrência necessária do vício, a ele ligada por vício de causalidade. O vício, a irregularidade, o defeito, podem ser inerentes ao ato. A nulidade, não, jamais é qualidade negativa do ato e não poderia, por isso, ser imanente a ele e, também por isso, não poderia ser derivada dele”. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 9.

conforme afirma Orlando Gomes, são postulações que não resistem a uma análise profunda<sup>429</sup>.

Em primeiro lugar, ao contrário do que se defendia há algumas décadas, quanto aos efeitos, a nulidade e a anulabilidade não possuem qualquer diferença<sup>430</sup>: os atos irregulares produzem efeitos até que seja a invalidade pronunciada por sentença e esta retroage ao momento da formação do ato, nos termos do art. 182, para eliminar as contravenções ao ordenamento. Porém, no momento da aplicação da sanção, buscar-se-á, ao máximo, preservar os efeitos já produzidos. Essa questão, por sua maior complexidade, será trabalhada mais detalhadamente em momento posterior.

Então, entende a doutrina mais atualizada que o que realmente diferencia as espécies de invalidade são as suas causas e as partes legitimadas a pedi-las. Ou seja, conforme ressalta Humberto Theodoro, as diferenças entre nulidade e anulabilidade se verificam apenas antes do pronunciamento judicial<sup>431</sup>. Depois, a produção de efeito é a mesma.

Primeira diferença são as causas. É consenso que são ensejadores de nulidade aqueles vícios que afetam interesses públicos, ao passo que causam anulabilidade a violação de interesses particulares. Conseqüentemente, surge a segunda diferença: legitimados a alega-las. Qualquer pessoa pode suscitar o pronunciamento de nulidade, podendo o magistrado reconhecê-la de ofício, mas apenas o interessado pode alegar a decretação de anulabilidade<sup>432</sup>.

---

<sup>429</sup> GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 494.

<sup>430</sup> “Com o devido respeito pelas opiniões em contrário, a distinção entre nulidade e anulabilidade se prende às causas ensejadoras de cada uma das espécies de invalidade (CC1916, arts. 145 e 147; CC2002, arts. 166, 167 e 171), e não propriamente aos seus efeitos ou mesmo ao modo de operar”. MATTIETTO, Leonardo. *Invalidade dos atos e negócios jurídicos*. In: TEPENDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 339.

Ainda nesse sentido: FERREIRA, Valle. *Subsídios para o estudo das nulidades*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, ano XIV, n° 3. Belo Horizonte, 1963, p. 31.

<sup>431</sup> “A grande diferença se manifesta antes do reconhecimento judicial”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 427, nota 47.

<sup>432</sup> “A nulidade viola interesses públicos, cuja proteção interessa a todos, à própria pacificação social. A anulabilidade, por sua vez, é vício menos grave, comprometendo interesses particulares, servindo esta distinção para fixar, desde logo, a legitimidade para pleitear o reconhecimento da invalidade: em se tratando de nulidade, qualquer pessoa pode suscitá-la e o magistrado pode conhecer de ofício; se, por outro turno, o caso é de anulabilidade, somente o interessado poderá provocá-la. Nessa linha de compreensão, a distinção entre nulidade e anulabilidade se prende às causas ensejadoras (motivos geradores) de cada uma das espécies e não aos efeitos ou ao modo com o qual se operam”. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodium, 2013, p. 29.

Importante salientar que a distinção entre interesse público e privado é construída pela própria lei. Não é possível fazer uma exata segregação com base em critérios naturais: eles não existem. É tão somente uma questão de política legislativa, com base na realidade de um lugar, em um determinado tempo<sup>433</sup>. Tanto que há figuras, como a simulação, que já foram exemplos de uma e outra espécie de invalidade.

Nesse sentido, Humberto Theodoro chega a afirmar ser artificial a diferença entre o que é nulo e o que é anulável<sup>434</sup>. Essa concepção já demonstra que não podem, por conseguinte, serem segregadas de maneira tão severa, como há muito anunciam os comercialistas.

Com base nessa perspectiva, é possível esvaziar um dos argumentos utilizados pelos defensores da teoria especial para o direito societário. Nelson Eizirik, ao defende-la, afirma que a teoria especial admite a existência de deliberações nulas, mas elas devem ser restrita às hipóteses em que atinjam interesses fora da esfera da companhia, portanto, contra a ordem pública, bons costumes ou disposições que têm por objeto a proteção de terceiros<sup>435</sup>, na mesma linha que defendem outros autores de direito societário<sup>436</sup>.

---

<sup>433</sup> “A valoração de ser público ou privado o interesse protegido pela sanção da invalidade é feita pela própria lei, no momento em que a certas falhas do negócio jurídico comina a nulidade, enquanto, a outras, se aplica a anulabilidade. Não há condição de, cientificamente, e com abstração da norma legal, identificar ou determinar, pela natureza da coisa, quando se está diante de um interesse substancialmente público ou privado. São tendência sócio-culturais que influem em tal classificação e que podem variar de momento a momento. São práticos e conjunturais os motivos pelos quais a lei ora qualifica como nulo, ora como anulável um negócio praticado com o mesmo vício. (...) Um mesmo fato pode interferir simultaneamente nos planos do interesse público e do interesse privado. O fato delituoso, por exemplo, ofende o interesse público, no que diz respeito à intranquilidade provocada no meio social, e atinge o interesse privado, quando se encara diretamente o prejuízo da vítima.” THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 422-423.

<sup>434</sup> “É a própria atitude do legislador, ao eger uma ou outra sanção que, discricionariamente, define a presença, ou não, do interesse público na seleção dos casos de nulidade e anulabilidade em direito privado. Por ser fruto de conveniência prática, no plano de direito positivo, e não no plano da natureza das coisas, a lei cria uma divisão artificial entre os negócios nulos e anuláveis.” THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 425.

<sup>435</sup> Observando cada uma das hipóteses de nulidade do direito societário apresentadas por Eizirik, nota-se que elas coincidem logicamente com o regime do direito civil: “Assim, poderiam ser consideradas nulas aquelas deliberações que atingissem direitos ou interesses que extravasem a órbita societária, atentando contra a ordem pública ou os bons costumes ou contrariando disposições legais que têm por objeto a proteção de terceiros”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 585.

<sup>436</sup> “Em primeiro lugar, quando as deliberações atingem direitos ou interesses que extravasam da órbita societária, como aquelas que violam a ordem pública ou os bons costumes (...) ou interesses de terceiros (...); ou, ainda, quando, dentro da órbita societária, estabelecem disciplina estatutária em contraste com disposição imperativa (...) ou atingindo direitos irrenunciáveis ou inderrogáveis dos



Acrescenta Eizirik que qualquer deliberação que ofendesse interesses puramente particulares dos acionistas deveria ser reconhecida, no máximo, como anulável<sup>437</sup>. Ora, o que é, senão isso, o que preconiza o direito civil?

Merece comentários, ainda, a questão das partes que podem alegar cada uma das espécies de invalidade. O Código Civil, no art. 168, determina que as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado e pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir. Acrescenta, no parágrafo único, que devem ser pronunciadas de ofício pelo juiz.

Apesar dessa regra geral, aponta Marcos Bernardes que em determinados casos essa regra não é aplicável, quando a nulidade envolver apenas interesses de ordem pessoal. Exemplo trazido pelo autor são exatamente as deliberações de órgãos colegiados das pessoas jurídicas, em que se enquadra o conselho de administração, quando afetadas por vício ensejador de nulidade. Segundo o autor, nesse caso, apenas os diretamente afetados podem alegar a nulidade, excluindo-se a legitimidade do Ministério Público e a possibilidade da alegação de ofício pelo juiz. Com base nisso, afirma Marcos Bernardes haver duas espécies de nulidade: absoluta e relativa, que não se confunde com a anulabilidade:

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 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,

---

acionistas (...)". NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Anulação de assembleia de transformação de S/A*. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 264.

<sup>437</sup> “Por outro lado, nas hipóteses que dizem respeito apenas aos interesses dos próprios acionistas da companhia, como ocorre na violação de determinados dispositivos estatutários, não haveria qualquer dúvida de que a única consequência do reconhecimento de eventual irregularidade seria a anulabilidade da deliberação. Em tais casos, achando-se em questão apenas os interesses dos próprios acionistas, poderiam eles livremente renunciar à aplicação das regras estatutárias; assim, o campo da nulidade absoluta das deliberações estaria restrita à violação da lei, não dos estatutos sociais”, EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 586.

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, se assemelham às ‘nulidades relativas’. A constatação de situações dessa natureza levou alguns doutrinadores (...) a classificar as nulidades (*stricto sensu*, isto é, excluída a anulabilidade) em (a) *nulidades relativas*, quando o ato nulo somente pode ser atacado pela pessoa diretamente prejudicada, e (b) *nulidades absolutas*, quando, pela sua natureza de ordem pública, são alegáveis por qualquer interessado, inclusive o Ministério Público, e decretáveis de ofício pelo juiz<sup>438</sup>.

O critério de refere aos “*limites subjetivos da eficácia da invalidade*”: em um caso, quando tem efeito *erga omnes* e em outro quando apenas atinge direitos privados daqueles diretamente relacionados com o ato viciado<sup>439</sup>.

São vários os autores que verificaram essas situações e então adotaram, nesse mesmo sentido, essa classificação da nulidade.

Zeno Veloso reconhece essa divisão da nulidade, explicando que a nulidade relativa só pode ser invocada pelos diretamente interessados, ou seja, os prejudicados, e acrescenta que pode ser confirmada<sup>440</sup>.

Aponta-se ainda a doutrina de Francisco Amaral, que também reconhece a existência de duas espécies de nulidade, que não se confundem com a anulabilidade. A absoluta, existente quando danificados interesses sociais, podendo ser alegada por qualquer interessado, e a relativa, quando afeta-se apenas interesses de determinadas pessoas e somente por estas pode ser invocada<sup>441</sup>.

<sup>438</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 94-95.

<sup>439</sup> “Como é evidente, essa nomenclatura, em amos os casos, dá relevância à questão relacionada aos limites subjetivos da eficácia da invalidade: (a) quando a nulidade tem efeito erga omnes, porque interessa à preservação da própria ordem pública, seria absoluta; (b) quando tais efeitos são restritos àquele a quem o ato alcança diretamente, em face do caráter privado dos interesses afetados, a nulidade seria relativa”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95.

<sup>440</sup> “As características da nulidade relativa, classe excepcional de nulidade, seriam: somente poderia ser invocada pelos diretamente interessados (prejudicados); seria passível de confirmação”. VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 106.

<sup>441</sup> “No mesmo sentido, Francisco Amaral diz que a nulidade é absoluta quando afeta a todos e pode ser alegada por qualquer interessado; e relativa quando afeta apenas determinadas pessoas, sendo que

Não só na doutrina brasileira, a existência de uma nulidade relativa. Afirma o italiano Betti: “[o]ra, não conseguimos ver porque a nulidade não possa ser relativa. Não há incompatibilidade lógica entre os dois conceitos”<sup>442</sup>.

Apesar dessa bipartição da nulidade, não se está defendendo a existência de um terceiro gênero de invalidade. Conforme tratado, o direito brasileiro admite positivamente apenas duas espécies ou dois graus de invalidade, a nulidade e a anulabilidade, embora as nulidades possam ter tratamento diferente conforme sejam absolutas ou relativas<sup>443</sup>.

Em muitos casos, as deliberações societárias sujeitas à sanção de nulidade enquadram-se nessas situações de nulidade relativa, conforme o próprio Marcos Bernardes afirmou, o que demonstra, mais uma vez, a compatibilidade da doutrina civilista com as necessidades que anunciam os comercialistas.

As duas espécies de invalidade podem ser assim esquematizadas:

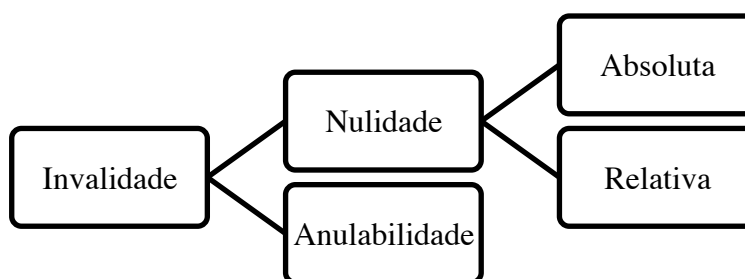


Figura 2 – Espécies de invalidade

### 3.5.2.1 - Sobre a existência da nulidade em matéria societária

Antes de adentrar especificamente nas diferenças entre as duas espécies de invalidade, importante abordar uma questão trazida por alguns autores: é possível defender, no direito societário, a inexistência da sanção de nulidade?

---

somente estas podem invoca-la, fazendo o ilustre professor a necessária ressalva: ‘A nulidade relativa não se confunde com a anulabilidade; a primeira é espécie de nulidade que só determinadas pessoas podem invocar. A segunda é sanção de grau inferior àquela.’” VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 107.

<sup>442</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, t. III, n. 58, p. 36.

<sup>443</sup> É o que ratifica Marcos Bernardes: “Há, portanto, rigorosamente, apenas duas espécies de invalidade: nulidade e anulabilidade”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

Borba, influenciado pelos argumentos de Valverde, afirma categoricamente que os “*atos societários nunca são nulos, mas apenas anuláveis*”<sup>444</sup>, de maneira que exaurido os prazos ditados pelos artigos, os atos convalidam, tornando-se inatável posterior alegação de sua invalidade.

Nesse aspecto, cabe invocar novamente as críticas, ainda atuais, feitas por Pontes de Miranda e Ascarelli, para quem as hipóteses de nulidade sempre existirão, ainda que a lei expressamente não as determine.

Nessa mesma linha, dois argumentos principais são apresentados por Valladão. Primeiro, por “*demonstração por absurdo*”: caso fosse negada a hipótese de nulidade, seria possível que os acionistas produzissem qualquer efeito que quisessem, ainda que infringisse norma legal imperativa, vez que, passado o prazo para sua alegação, não se cogitaria mais de sua impugnação<sup>445</sup>. Conforme afirma Vasco da Gama Lobo Xavier, “*os sócios das sociedades mercantis ficariam autorizados a pôr pura e simplesmente de lado toda a ordem jurídica!*”<sup>446</sup>.

O segundo argumento de Valladão decorre da interpretação sistemática da LSA, por meio da qual o autor conclui que o legislador, em diversos dispositivos, procurou vedar a possibilidade de o estatuto possuir cláusulas contrárias à lei. Exemplo de dispositivo cogente seria o art. 239, segundo o qual as companhias de economia mista devem, obrigatoriamente, possuir conselho de administração. Qualquer deliberação contrária a tal dispositivo, a exemplo daquela que abolisse o órgão, seria nula.

Xavier narra que em muitos ordenamentos estrangeiros também não há menção a qualquer caso de nulidade. Porém, em muitos desses países, a doutrina e a jurisprudência se desenvolveram de modo a reconhecer tais hipóteses. Em alguns

---

<sup>444</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 556. Apesar da afirmação, Borba reconhece que cláusulas estatutárias, como atos-regras que são, podem ser nulas: “*Anote-se, porém, que as normas estatutárias contra legem, ainda que exauridos os prazos de prescrição ou decadência, continuarão impugnáveis, posto que, como atos-regras que são, contêm uma irregularidade que se renova a cada dia, sendo assim insuscetíveis de prescrição. Sob esse aspecto, seriam disposições nulas.*” BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 557.

<sup>445</sup> NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações conexas das companhias*. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 73-74.

<sup>446</sup> XAVIER, Vasco da Gama Lobo. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p.126-127.

deles, como Alemanha, em 1937, e Itália, em 1942, a nulidade veio a ser prevista expressamente em lei<sup>447</sup>.

Acrescenta-se ainda a chamada nulidade virtual, aquela não textualmente prevista, mas decorrente de violação de uma norma cogente, proibitiva ou impositiva<sup>448</sup>. O fato de a lei não trazer expressamente hipóteses de nulidades nas normas não é argumento suficiente para afastar sua existência.

Eizirik enuncia hipóteses de nulidade de atos societários. Primeiramente, no sentido que se manifestou Ascarelli, aqueles que atingem direitos ou interesses fora do âmbito societário, contra a ordem pública ou bons costumes, bem como aqueles contra dispositivos legais que buscam a proteção de terceiros.

Como exemplos, cita as deliberações que:

- (i) determinassem aos administradores a prática de crimes, contravenções ou de atos imorais ou fraudulentos; (ii) violassem as normas legais sobre a integridade do capital social ou a veracidade das demonstrações financeiras; e (iii) instituíssem regras estatutárias contrárias à lei, ao preverem a responsabilidade solidária e ilimitada de alguns acionistas, diminuíssem os prazos de convocação das assembleias gerais, privarem alguns acionistas de participação nos lucros, etc<sup>449</sup>.

Nos casos em que se viola direito dos próprios acionistas, a hipótese seria simplesmente de anulabilidade. Cita o autor uma única situação em que, embora trate-

<sup>447</sup> XAVIER, Vasco da Gama Lobo. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 108-116.

<sup>448</sup> A doutrina diferencia nulidade textual e virtual. Nulidade textual (expressa ou cominada) é a que vem expressamente mencionada por lei. Por outro lado, a nulidade é virtual, por força do art. 166, VII, quando “*resulta da violação de norma jurídica cogente, proibitiva ou impositiva, que seja silente quanto à sanção da nulidade e que não defina outra espécie de sanção para o caso de ser transgredida*” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125-126.).

Ainda que não expressamente denominados como hipóteses de nulidade, alguns desajustes dos negócios jurídico são assim tratados quando contrariarem normas cogentes, proibitivas ou impositivas e a lei não cominar outra sanção. Esses casos são identificados pelas expressões “é proibido”, “é vedado”, dentre outros. Conforme Zeno Veloso, a nulidade virtual decorre do contexto e “*ocorre quando a sanção não é mencionada, expressamente, vindo implícita no ordenamento, decorrendo de dedução lógica*” (VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 97).

<sup>449</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 585-586.

se de interesse de acionista, o vício acarretaria nulidade: as regras estatutárias contra a LSA.

Isso porque, explica, as normas do ordenamento jurídico organizam-se de forma hierárquica, devendo as superiores servirem como diretrizes obrigatórias para as inferiores. A norma produzida em desobediência com a superior seria desprovida de validade. O estatuto das companhias seria um exemplo de norma cujo fundamento de validade seria a LSA, hierarquicamente superior<sup>450</sup>. É também o que defende Comparato: “*inserindo-se numa hierarquia normativa, o estatuto funda sua validade na norma superior, que lhe traça os limites materiais e formais*”<sup>451</sup>.

Assim, mais uma vez mostra-se compatível com o direito societário a teoria geral das invalidades apresentada pelo direito civil.

### **3.5.3 - A produção de efeitos dos atos inválidos**

Enquanto a doutrina clássica civilista defende que os atos inválidos ou, no mínimo, o ato nulo não produz efeitos, a doutrina mais atualizada reconhece que não é característica geral dos atos inválidos a não produção de efeitos, seja ele nulo ou anulável. Esse aspecto é extremamente importante para confrontar a teoria especial das invalidades do direito societário.

A doutrina comercialista ainda atribui como característica dessa teoria especial a produção de efeitos dos atos inválidos, inclusive dos nulos, afirmando que essa regra seria uma diferença substancial do direito civil.

Essa preocupação dos autores com a estabilidade dos atos societários é totalmente procedente. O que não é adequado defender é a segregação do direito comercial e do direito civil sob esse argumento, pois o sistema civilista atual, procura reconhecer os efeitos aos atos inválidos e preservar seus efeitos o máximo possível, inclusive com relação aos nulos. Conforme os comercialistas já apontam desde a vigência do Decreto 434/1891, já foram também percebidos pelo autores civilistas os trágicos e injustos efeitos da retrooperatividade radical, devido aos inúmeros

---

<sup>450</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 586-587.

“ (...) tal norma estatutária não pode integrar o ordenamento de determinada sociedade, por contrária à Lei das S.A., norma superior da qual retira seu fundamento de validade”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 588-589.

<sup>451</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 223.

interesses e valores que se colocam em pauta. É o que será tratado nos próximos tópicos.

Na verdade, como demonstrou Valle Ferreira, por serem as invalidades pronunciadas apenas por sentença, os atos inválidos produzem efeito até esse momento, independentemente da espécie de invalidade que se esteja tratando<sup>452</sup>.

No que tange à produção de efeitos pelo ato anulável, essa doutrina é praticamente unânime em determinar que ele os produz, embora seja inválido<sup>453</sup>.

Aliás, o próprio art. 177, CC, em sua primeira parte, determina que o ato anulável produz efeitos desde o momento em que é formado, o que apenas pode cessar com o pronunciamento da sentença.

Porém, a maior controvérsia está em torno dos efeitos de atos nulos. Também com relação a estes, de maneira bastante taxativa, a doutrina mais correta afirma que é um grande exagero<sup>454</sup> e um erro determinar que este não produz efeitos<sup>455</sup>.

Nesse ponto, é preciso esclarecer o que aqui se quer dizer com produção de efeitos.

Em primeiro lugar, assim que o ato viciado é formado, seja nulo ou anulável, possui ao menos uma aparência de regularidade que, segundo Valle Ferreira, só pode ser desfeita judicialmente<sup>456</sup>. Efeitos, então, seriam todas as implicações que na prática o ato celebrado produz.

<sup>452</sup> O autor explica a origem desse erro, que estaria na ideia equivocada da nulidade de pleno direito: “A idéia obstinada de uma nulidade de pleno direito, ou radical, tem levado a outras conclusões erradas como, por exemplo, a afirmativa frequente de que o ato **nulo** não tem qualquer eficácia, ao passo que o **anulável** produz todos os efeitos até que seja decretada a invalidade.” FERREIRA, Valle. *Subsídios para o estudo das nulidades*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, ano XIV, n° 3. Belo Horizonte, 1963, p. 34.

<sup>453</sup> Alguns autores chegam a afirmar que os atos anuláveis são válidos devido a essa produção de efeitos, opinião que Zeno Veloso afirma tratar-se de um “erro feio”: o ato tanto não é válido que pode ser anulado. O que ocorre, na verdade, é que ele é eficaz desde seu nascimento até sua anulação, apesar de inválido. VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 265-266.

<sup>454</sup> “Um princípio clássico distinguia a nulidade da anulabilidade pela total impossibilidade que teoria o negócio nulo de produzir efeitos, ao passo que o anulável produziria todos os seus efeitos enquanto não operada a anulação. A afirmação, entretanto, é exagerada, uma vez que a eficácia muitas vezes se traduz em fatos que a ordem jurídica não deixa de levar em conta, nem mesmo diante do negócio nulo”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 427.

<sup>455</sup> Pontes de Miranda já afirmava que é um equívoco definir nulidade como inidoneidade a produzir efeitos: “(...) incorreta a definição da nulidade como a inidoneidade a produzir os efeitos essenciais. Tanto assim, que há, excepcionalmente, nulo com efeitos”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo V. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955, p. 68.

<sup>456</sup> “Não há nulidade de **pleno jure**, tudo porque, mesmo inquinado do vício mais grave, o ato quase sempre conserva uma aparência de regularidade, que só pode ser destruída pela declaração do juiz”. FERREIRA, Valle. *Subsídios para o estudo das nulidades*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, ano XIV, n° 3. Belo Horizonte, 1963, p. 31.

Regular ou não, a partir do momento que é celebrado, o ato normalmente começa a ser executado e, no mundo fático, seus efeitos começam a ser visualizados<sup>457</sup>. Por exemplo, em um contrato de aluguel celebrado por um absolutamente incapaz, o inquilino desde então ocupa o imóvel e começa a pagar a contraprestação. Da mesma forma, eleito pelo conselho de administração um diretor impedido e tomadas as providências para sua investidura no cargo (assinatura do termo de posse e arquivamento da respectiva ata no Registro de Comércio, sem que este conheça o impedimento), aquele diretor começará a praticar atos com terceiros em nome da sociedade.

Esse ponto, por sua obviedade, dispensa maiores comentários. A preocupação é com a manutenção ou não destes efeitos após o reconhecimento judicial da invalidade.

Tratando-se de anulabilidade, como se viu, a doutrina não tem dificuldades em aceitar a produção desses efeitos e confirmação do ato, sendo o Código Civil expresso nesse sentido. Cuidado maior merece o reconhecimento da nulidade: após a sentença que sanciona o ato como nulo, os efeitos verificados e o próprio ato serão mantidos ou devem ser todos extintos, como se nunca tivesse aquele ato sido praticado, conforme leciona a doutrina tradicional?

Aqui cabe mais um esclarecimento. A doutrina, ao responder essa pergunta, divide os efeitos em dois: próprio e impróprios, já apresentados neste trabalho.

Defendem, então, os autores tradicionais, que os atos nulos produziram, no máximo, efeitos impróprios ou, como preferem alguns autores, *consequências*.

Isso é claro. As consequências, como perdas e danos, são inquestionavelmente devidas e isso é matéria regulada pela responsabilidade civil.

Não é apenas à eficácia prática e aos efeitos impróprios que se limita a questão. Inclusive após o pronunciamento judicial da nulidade, defende a doutrina mais moderna que diversos efeitos *próprios* serão reconhecidos:

---

<sup>457</sup> “Não será difícil a demonstração de que a lição é sem acerto e, por isso mesmo, deve ser recusada. Assim, além dos casos frequentes e conhecidos de atos que, embora nulos, produzem seus efeitos, todos os atos permanecem, mesmo na hipótese de nulidade absoluta, até que a nulidade seja declarada. Nem podia deixar de ser assim, como demonstraram Colin et Capitant (I, 66), uma vez que, tanto os atos nulos quanto os anuláveis geralmente apresentam tais caracteres de regularidade que vão produzindo os seus efeitos, até que se alegue a invalidade. Em casos muito frequentes, um ato **nulo em direito** tem existência de fato, principalmente se o ato vem amparado por prova preconstituída, hipótese em que a aparência de direito tem apoio num **título**. (...) O ato subsiste com todo o seu valor provisório, enquanto a justiça não intervém com uma declaração pública, para destruir a situação **erga omnes**”. FERREIRA, Valle. *Subsídios para o estudo das nulidades*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, ano XIV, n° 3. Belo Horizonte, 1963, p. 34.



É comum, porém, em doutrina e em julgados, a afirmativa de que *o ato jurídico nulo é ineficaz*, ou seja, o ato jurídico nulo não produz os efeitos jurídicos que lhes são próprios. Essa afirmativa, no entanto, não é de toda verdadeira. Os casos em que o ato nulo produz sua eficácia própria a desmentem<sup>458</sup>.

A primeira hipótese abrange os casos em que a lei expressamente determina a produção de efeitos pelo ato nulo. Marcos Bernardes<sup>459</sup> apresenta algumas situações<sup>460</sup>: (i) casamento putativo, conforme art. 1.561, §1º, do Código Civil<sup>461-462</sup>; (ii) voto nulo dado a pessoa inelegível ou não registrada, quando se trata de eleições pelo sistema proporcional<sup>463</sup>; (iii) em certos casos, como no direito processual civil e direito eleitoral, produz efeitos o ato nulo sempre que não gerar prejuízo<sup>464</sup>.

Em segundo lugar, menciona-se o caso das nulidades cujo pronunciamento está sujeito a prazo, como é o caso da simulação do art. 48, parágrafo único, do Código Civil e 286, da LSA<sup>465</sup>.

<sup>458</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 264.

<sup>459</sup> O autor afirma que o ato nulo produz efeitos apenas excepcionalmente e “*nos estritos limites definidos pela lei. Não é possível, por isso, atribuir-se (a) efeito jurídico a ato jurídico nulo quando a lei não haja explicitamente previsto, (b) nem efeitos outros senão aqueles taxativamente indicados pela lei*”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 267.

<sup>460</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 264-267.

<sup>461</sup> “**Art. 1.561, CC** - Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1º - Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão”.

<sup>462</sup> “A respeito do casamento putativo especificamente, diga-se, são os efeitos diretos, e não indiretos, já que correspondem aos do próprio casamento válido.” BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 162.

<sup>463</sup> “**Art. 175, Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral)** - (...) § 3º Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos inelegíveis ou não registrados. § 4º O disposto no parágrafo anterior não se aplica quando a decisão de inelegibilidade ou de cancelamento de registro for proferida após a realização da eleição a que concorreu o candidato alcançado pela sentença, caso em que os votos serão contados para o partido pelo qual tiver sido feito o seu registro”.

<sup>464</sup> “**Art. 249, CPC** - O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados. § 1º - O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte. § 2º - Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”; “**Art. 219, Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral)** - Na aplicação da lei eleitoral o juiz atenderá sempre aos fins e resultados a que ela se dirige, abstendo-se de pronunciar nulidades sem demonstração de prejuízo”.

<sup>465</sup> “**Art. 48, parágrafo único, CC** - Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude”; “**Art. 286, LSA** - A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial,

A terceira hipótese é a do fato consumado ou da impossibilidade prática<sup>466</sup>. Quando se trata de compra e venda, exemplo bastante usado pelos doutrinadores ao tratarem das invalidades, é muito fácil visualizar a questão da retroatividade e bastante simples a sua solução: realizado esse contrato por um agente absolutamente incapaz, impõe-se o seu desfazimento, de forma que a coisa vendida e o preço são restituídos.

Há inúmeras situações em que esse desfazimento é simplesmente impossível faticamente. Exemplo claro é apresentado por Fiuza, aquele do contrato de aluguel realizado por absolutamente incapaz, ou qualquer outro contrato de execução continuada. Ora, ao longo de anos, o contrato terá uma aparência de válido, produzindo os exatos efeitos queridos pela parte: uma delas obtém o uso da coisa e a outra presta o preço. Pronunciada a invalidade do negócio, o máximo que se pode conseguir é o desfazimento do ato daquele momento em diante. Mas, como retornar as partes para o estado original? Como exigir que uma das partes devolva as prestações do aluguel sem que se desfaça o proveito obtido pela outra parte de utilizar do bem alugado? Tem-se, assim, um fato consumado, de impossível eliminação. O ato nulo produzirá perfeitamente seus efeitos normais até aquele momento, a partir de quando, naturalmente, poderá ser extinto o contrato ou novamente realizado, com a devida representação do incapaz. Cesar Fiuza utiliza esse exemplo para ilustrar a possibilidade de convalidação dos atos nulos, termo que o autor utiliza como sinônimo de reparação do vício<sup>467</sup>.

---

*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”.*

<sup>466</sup> A questão também é tratada na doutrina administrativa: “A eficácia fática produzida por um ato administrativo nem sempre pode ser desconstituída. Decorre da própria natureza do fato, praticado para dar cumprimento ao ato jurídico, a impossibilidade de reversão. É o caso, por exemplo, do ato que autoriza a demolição de um imóvel tombado. O ato possui vício em virtude do imóvel objeto da autorização ser tombado, no entanto, transcorrendo a eficácia fática do ato viciado (demolição do imóvel), não há como desconstituí-la. A situação fática criada é irreversível. A posterior declaração de nulidade do ato que autorizou a demolição não afetará os efeitos de ordem fática por ele produzidos. A nulidade, ao desconstituir os efeitos jurídicos da autorização poderá, isto sim, provocar novos efeitos jurídicos que visem a incidir sobre a situação fática constituída ilegitimamente e imutável, assim, sancionar o agente público responsável pela autorização viciada e até mesmo o particular beneficiário da autorização para demolir, se comprovada sua má fé”. CÂMARA, Jacintho Arruda. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*. Revista Diálogo jurídico, nº 14. Salvador: CAJ (Centro de Atualização Jurídica), junho/junho, 2002. Acesso em 13.10.13. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf), p. 10.

<sup>467</sup> FIUZA, César. *Ensaio crítico acerca da teoria das nulidades*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 32, 1999, p. 53. Acesso em: 13.04.13 Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/1874/1569>

Humberto Theodoro, nesse aspecto, chama a atenção para o fato de que quando o negócio nulo não foi executado, não gerou nenhum efeito, então é fácil impedir que isso aconteça. Mas, se houve a produção de efeitos, a ordem jurídica não pode ignorá-los, podendo, em certos casos, consolidá-los<sup>468</sup>. É exatamente o que questionavam e ainda questionam os comercialistas quando tratam da severa regra de eliminação de todos os efeitos do ato nulo.

Nesse sentido, Hamid Charaf Bdine Júnior ressalta que é preciso diferenciar o contrato nulo executado e o não executado. Segundo ele, o negócio que nunca foi executado nunca produziu efeitos, podendo ser impugnado a qualquer momento. Porém, daquele contrato nulo que foi executado surgem pretensões e estas sim são prescritíveis. A conclusão do contrato nulo “*faz desaparecer o interesse para a declaratória de nulidade*”<sup>469</sup>.

A quarta e última hipótese de preservação dos efeitos e do próprio ato nulo está na atual concepção da doutrina civilista de que o princípio da estrita legalidade, que eventualmente obrigaria o magistrado a aplicar a sanção de invalidade, deve ser relativizado em face da consideração de outros princípios do ordenamento jurídico, quais sejam: proteção de terceiros de boa-fé; e o princípio da conservação dos atos jurídicos, que abrange a segurança jurídica e a estabilidade dos atos jurídicos. Conforme afirmativa de Hamid Charaf Bdine Júnior:

por vezes, a sociedade justa e solidária estará protegida com a invalidação dos negócios; outras, com o reconhecimento de sua eficácia, a despeito da incidência legal de hipótese de nulidade ou anulabilidade<sup>470</sup>.

Dessa maneira, defende-se a melhor ponderação dos diversos interesses e princípios envolvidos nas invalidades e o abandono dos rigorismos legais. Reconhece a doutrina civilista que a aplicação rigorosa da ideia de eliminação dos atos e seus

---

<sup>468</sup> “O certo é que se, na ordem prática, o negócio nulo nunca foi executado, isto é, não gerou nem de fato uma situação de eficácia, sempre será possível impedir que venha a produzir seus indesejados efeitos. Bastará arguir sua nulidade, sempre que o beneficiário pretender executá-lo. Se, não obstante a mácula originária, o obrigado deu cumprimento ao negócio, os efeitos concretos não serão ignorados pela ordem jurídica e, pelo decurso do tempo, poderão até mesmo consolidar-se por efeitos da prescrição e da decadência”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 428.

<sup>469</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

<sup>470</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.

efeitos causa, em diversas situações, nas várias áreas do Direito, uma série de injustiças e inseguranças que devem de todas as maneiras ser evitadas.

O que se propõe não é a aplicação e interpretação dos dispositivos legais contra o ordenamento. Pelo contrário: o próprio ordenamento impõe essa relativização. Zeno Veloso pronunciou excelente exposição nesse sentido, afirmando claramente que tudo favorece a relativização do dogma dos efeitos retroativos da invalidação do negócio jurídico. Para isso, o julgador deve, diante de cada caso, buscar a solução mais razoável, observando os diversos princípios e fundamentos em questão<sup>471</sup>.

O mesmo autor ressalta que a regra do desfazimento retroativo de todos os efeitos do ato inválido, para obter-se o *status quo ante*, precisa levar em consideração os diversos valores em conflito, harmonizando-os e conciliando-os<sup>472</sup>.

Sobre a liberdade do magistrado na análise das peculiaridades de cada caso concreto, Zeno Veloso afirma que o juiz não deve ser escravo da lei, mas do espírito dela, seu fundamento<sup>473</sup>.

---

<sup>471</sup> “**Tudo milita, enfim, para que seja revisto e relativizado o dogma da projeção retroativa da invalidação dos negócios jurídicos.** (...) Em nome do ideal da Justiça, ainda que da Justiça relativa, defronte de situações concretas deve o julgador ressuscitar em seu espírito o vigor e a audácia dos antigos pretores romanos, individualizando a prestação jurisdicional, criando o “direito do caso”, com base nos princípios e fundamentos, dando uma solução razoável aos conflitos, aplicando as normas contidas de forma imanente no ordenamento, que inspiram e integram o sistema jurídico e devem servir-lhe de base, fazendo valer e dando eficácia às leis morais, obedecendo ao comando do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, atendendo, na aplicação da lei, aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Sem precisar inventar, que o Direito não se inventa, os juízes, os verdadeiros juízes, têm poder e força para isto”. (original sem negrito) VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 363 e 367.

<sup>472</sup> “A conveniência puramente individual, embora merecedora de atenção e amparo, não pode sobrepor-se ao interesse social, sobretudo de proteger e incrementar o comércio jurídico, havendo, ainda, que se levar em conta a situação de terceiros de boa-fé, que podem sofrer o reflexo impactante da sentença, sendo despojados de bens adquiridos com grandes sacrifícios, de cuja indenização não têm a menor garantia” VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 351.

<sup>473</sup> “Ao interpretar e aplicar a lei, não deve o juiz se escravizar à letra, à expressão gramatical do preceito, mas apreender o seu espírito, a *ratio legis*, buscar a dimensão dinâmica da norma, revelar o seu elemento teleológico, e, neste “repensar o já pensado”, evoluir, construir, buscar o ideal da Justiça, seguindo as indicações da razoabilidade, da proporcionabilidade, o que não significa decidir contra a lei, para não chegar a extremos e radicalismos da Escola do Direito Livre, de Hermann Kantorowicz. Não podemos, afinal, encontrar os caminhos percorrendo descaminhos. Não merece incentivo ou aplauso a proposta de que o juiz, com base em seus princípios teóricos, opções políticas e critérios sociais, possa julgar contra o Direito positivo, editando normas, como se fosse legislador. Neste terceiro milênio, que começamos a viver, não cabe olvidar as desgraças que atormentam a humanidade, no século passado, diante da ideia nazi-facista de que ‘o Direito é o que é útil ao povo’. É dentro do ordenamento jurídico, e não contra ele ou fora dele, que o juiz deve procurar a solução mais justa. Podem causar os mesmos malefícios, tanto o legalismo exagerado, o positivismo rigoroso, quanto a ruptura com o Direito legal ou legislado, que conduz a um Direito judicial - in medio

Verifica-se em julgados essa discricionariedade dos magistrados. Distinguem as particularidades de certos casos concretos e a conseqüente adaptação da aplicação da lei. Há, inclusive, especificamente o reconhecimento das peculiaridades do direito societário.

Nesse sentido, cita-se o julgamento pelo STJ do Recurso Especial nº 35230/SP<sup>474</sup>, de 10.04.95, nos autos de uma ação ordinária de obrigação de fazer cumulada com cobrança, ajuizada por Aryovaldo Guimarães Nogueira (autor) contra TV Globo de São Paulo Ltda (Globo).

No caso, após a transformação da sociedade de anônima para limitada, suas ações foram transferidas para outro acionista, aparentemente sem sua convocação. O TJSP entendeu tratar-se de uma venda a *non domino*, nula, ineficaz e imprescritível,

---

consistit virtus”. VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 358.

<sup>474</sup> STJ, Recurso Especial 35230/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento em 10.04.95.

O autor ajuizou ação ordinária de fazer cumulada com cobrança, alegando ter adquirido no ano de 1950, 20 ações nominativas da Globo, então denominada “Radio Televisão Paulista S/A”. Afirmou ter havido em 1982 assembleia geral de transformação, para a qual não foi convocado. Em consulta à Junta Comercial do Estado de São Paulo, tempos depois, verificou não constar como sócio. Requereu, assim, reingresso no quadro societário e pagamento dos respectivos dividendos. Em contestação a Globo alegou prescrição com base no art. 286, da LSA.

Em primeira instância, o processo foi extinto sem julgamento do mérito. O autor apelou e o TJSP deu provimento ao pedido de reintegração à sociedade e recebimento de parte dos dividendos. O desembargador relator que nos termos do art. 298, IV, da LSA (**Art. 298. As companhias existentes, (...), poderão (...) deliberar (...) a sua transformação em sociedade por quotas, de responsabilidade limitada, observadas as seguintes normas: (...) IV - o prazo para o pedido de reembolso será de 90 (noventa) dias a partir da data da publicação da ata da assembleia, salvo para os titulares de ações nominativas, que será contado da data do recebimento de aviso por escrito da companhia**), o autor deveria ter sido convocado por escrito para a assembleia, o que não ocorreu.

Entendeu que não poderia ter havido transferência das ações do autor sem seu consentimento, configurando, no caso, venda a *non domino*, portanto nula, ineficaz e não sujeita a prescrição. Nos termos do desembargador, as ações “foram vendidas a Roberto Marinho [que adquiriu as ações do autor] de modo *estapafúrdio*”, não tendo a assembleia geral esse poder.

A Globo recorreu e o STJ reformou o acórdão. Afirmou ter havido uma assembleia em 1976 que deliberou que as ações dos acionistas que não comparecessem em atendimento ao edital seriam colocadas à disposição dos remanescentes. Para essa assembleia, segundo o STJ, não era necessária convocação por escrito, não havendo violação ao art. 298, IV, da LSA. Este só seria aplicável para a própria assembleia de transformação, que não era o caso em discussão.

Afirmou que a venda não era ineficaz. Em se tratando de direito civil, não mereceria reparos o acórdão. Porém, a teoria das nulidades merece reparos quando aplicada para o direito societário, que requer estabilidade, devido à dinâmica dos negócios empresariais. Nos termos do relator: “Tomando por base a teoria das nulidades, da forma como arquitetada pela doutrina e dogmática civilistas, o raciocínio desenvolvido não mereceria reparos. Sucede, no entanto, que não se pode importar essa teoria para âmbito do direito societário. Com efeito, a relação entre acionistas e sociedade, em razão das peculiaridades de que se reveste, exige tratamento diferenciado. A atividade empresarial, dada a dinâmica dos negócios que constituem a sua essência, realizados diuturnamente, envolvendo inúmeros compromissos e obrigações, requer, para que não reste ameaçada a sua viabilidade, uma certa estabilidade, uma situação definida que possibilite um mínimo de segurança na tomada de decisões”.

Afirmou que não houve venda a *non domino*, mas exclusão de sócio sem previsão legal que convalida com o decurso do tempo.

afirmando que a assembleia geral não tinha poderes para tanto e que o autor deveria ser reinserido no quadro societário.

O STJ, por sua vez, afirmou que se o caso fosse no âmbito do direito civil, nenhum reparo merecia o raciocínio. Porém, tratava-se de uma relação entre acionista e sociedade, que merecia abordagem especial. Entendeu que não era o caso de venda a *non domino*, mas de uma exclusão de acionista *sui generis*, sem previsão legal, que, uma vez não combatida a tempo, havia convalidado. Alegou que as deliberações sociais necessitam de estabilidade, de modo que não podem ser impugnadas após o prazo determinado pela lei específica, ainda que ilegais.

Apesar de o ministro relator ter afirmado que não se deve aplicar a teoria civilista das nulidades ao direito societário, ao contrário do que se defende nesse trabalho, nota-se que reconhece a necessidade de adaptação das regras das invalidades ao caso concreto, no mesmo sentido da presente pesquisa e da atual doutrina civilista.

Ainda que talvez não tenha sido a melhor solução para o caso, pois, pelo que se extrai do acórdão, o autor foi excluído fora das hipóteses legais e parece ter impugnado o ato tão logo teve ciência dele, nota-se a ponderação de valores que se fez no caso, em confronto com a legalidade estrita:

Mesmo as deliberações contrárias aos ditames legais ou estatutários convalidam após o transcurso do lapso prescricional. E há uma razão para tanto. É que a deliberação encerra a vontade da maioria, sendo de pressupor-se que, não obstante infringente das disposições normativas, foi concebida por ser considerada benéfica à sociedade e, de forma indireta e reflexa, também aos sócios<sup>475</sup>.

Humberto Theodoro também enfrenta essa relativização do severo regime jurídico da nulidade. Apesar de o ordenamento buscar corrigir os atos contrários a ele, a nulidade pode ser mantida, em muitos casos, por questão de oportunidade: “*outros interesses igualmente tuteláveis podem aconselhar a manutenção do negócio viciado*”<sup>476</sup>.

---

<sup>475</sup> Excerto do acórdão. STJ, Recurso Especial 35230/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento em 10.04.95.

<sup>476</sup> “*O que se mostra fundamental em qualquer tipo de nulidade é sua origem num ato de violação à lei, de sorte que o ato nulo se define pelo lado negativo: nulo é o ato praticado contra a vontade da lei. A sanção, na hipótese de desobediência ao mandamento legal, no campo dos negócios jurídicos, consiste em priva-los dos efeitos buscados pelo agente, porque a ordem jurídica, como é intuitivo, não*

O autor afirma, inclusive, que a aplicação de uma ou outra sanção de invalidade deve ser decidida pelo juiz, no caso concreto, e não previamente, de modo abstrato. Por exemplo, uma norma, mesmo que regule interesse privado, pode gerar grande repercussão social que justifique a sanção de nulidade<sup>477</sup>. Deve ser, assim, com base nos interesses envolvidos na questão que as consequências judiciais serão impostas.

Consequentemente, inclusive a regra do Código Civil de que a sentença que pronuncia a invalidade tem efeitos *ex tunc* é bastante relativizada.

Vivante, ao tratar do efeito da anulação das deliberações assembleares enfrenta essa questão, afirmando que, como consequência natural da lei, ao ser anulada, a deliberação deve ser tratada como se nunca tivesse existido. Porém, logo em seguida faz a ressalva: nem todos os seus efeitos devem ser desconstituídos, como aqueles decorrentes de fatos consumados. Ainda, cita que a lei italiana expressamente determina que os dividendos distribuídos a acionistas de boa-fé não podem ser exigidos pela companhia<sup>478</sup>, o que é repetido pela LSA<sup>479</sup>.

Nos próximos tópicos, serão mais detalhados cada um dos aspectos dessa hipótese, sob o enfoque da nova perspectiva do direito civil, de modo a se demonstrar

---

*pode aprovar ou proteger um comportamento contrário à norma por ela estabelecida. Essa sanção, todavia, nem sempre é radical. Por questões de oportunidade, a lei pode, em certo limite, contemporizar com a sua violação, estipulando sanção mais branda ou menos enérgica, por reconhecer que outros interesses igualmente tuteláveis podem aconselhar a manutenção do negócio viciado*". THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 423-424.

<sup>477</sup> *"É que uma norma, mesmo sendo de direito privado, ao ser violada pode gerar uma repercussão social, que o legislador valoriza como intensa e, assim, lhe aplica a sanção da nulidade, em lugar da anulabilidade. É, pois, no momento, não da instituição da norma, mas da sua infringência, que se avalia a repercussão e se justifica, na ordem prática, a presença do interesse público ou particular, para aplicar-se a sanção da nulidade ou da anulabilidade. (...) É a própria atitude do legislador, ao eleger uma ou outra sanção que, discricionariamente, define a presença, ou não, do interesse público na seleção dos casos de nulidade e anulabilidade em direito privado"*. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 424.

<sup>478</sup> *"Como sanção natural da lei, a deliberação anulada deve ser considerada como se nunca tivesse existido: mas nem todos os seus efeitos, como aqueles que constituem fatos consumados, podem ser eliminados. Por exemplo, por disposição legal, dividendos pagos a acionistas de boa fé não podem ser devolvidos"* (tradução livre da autora). No original: *"Come naturale sanzione della legge, la deliberazione annullata dovrebbe considerarsi come non avesse mai esistito: ma non tutti i suoi effetti, non quelli che costituiscono ormai dei fatti compiuti, possono eliminarsi. Così, ad es., per disposizione stessa della legge, i dividendi pagati agli azionisti di buona fede non sarebbero più ripetibili"*. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, vol. II. Milão: Francesco Vallardi, 1923, p. 260.

<sup>479</sup> *"Art. 201, (...) § 2º, LSA - Os acionistas não são obrigados a restituir os dividendos que em boa-fé tenham recebido. Presume-se a má-fé quando os dividendos forem distribuídos sem o levantamento do balanço ou em desacordo com os resultados deste"*.

que os argumentos dos comercialistas para a teoria especial, de diminuir os radicalismos da nulidade<sup>480</sup>, já são abarcados atualmente.

Evidentemente, como toda relativização, esta exige grandes cuidados, sob pena de incorrer-se também em injustiças, como a citada decisão do Recurso Especial 35230/SP. Para tanto, é preciso detalhar ao máximo os fundamentos da decisão e analisar realmente as peculiaridades de cada caso. Não é simplesmente partir de um princípio geral e chegar a uma conclusão sem um caminho muito bem definido.

Não é por acaso a preocupação: é recorrente essa falta de critérios nos tribunais nacionais.

muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser<sup>481</sup>.

Aponta George Marmelstei Lima serem válidas grande parte das críticas que se faz à aplicação da técnica da ponderação: “*irracional, pouco transparente, arbitrária, subjetiva, antidemocrática, imprevisível, insegura*”. O autor faz uma comparação com um jogo de baralho, em que apenas uma pessoa sabe as regras: o

---

<sup>480</sup> “(...) a verdade é que a tendência dominante é a de minorar o radicalismo da nulidade absoluta, no campo societário, inclinando-se para reconhecer os efeitos dos atos ditos nulos ou inexistentes, impedindo a sua retroatividade e permitindo a sua retificação, a que os espanhóis chamam de ‘*subsanción*’ do vício”. BULGARELLI, Waldirio. *Anulação de Assembleia Geral de Sociedade Anônima*. Revista dos Tribunais, vol. 514: 57, 1978, p. 57-64.

<sup>481</sup> SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200. *Apud* LIMA, George Marmelstein. *Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3222, 27.04.12. Acesso em: 30.07.13. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21646>



ganhador. Segundo ele, assim, como nesse jogo, já é definido e resultado final, ou seja, o conteúdo das decisões, sem que estejam claras as regras, os fundamentos<sup>482</sup>.

Não se trata, por óbvio, de negar a ponderação e aplicação dos princípios e das demais normas jurídicas, mas seu uso equivocados. É preciso, sim, melhorar a qualidade e técnica dos julgamentos<sup>483</sup>.

### 3.5.3.1 - A eficácia da sentença que pronuncia a invalidade

Questão que merece atenção, por ser corriqueiramente mal tratada pela doutrina civilista e comercialista, é a eficácia da sentença que pronuncia a invalidade.

Segundo grande parte dos autores<sup>484</sup>, a sentença que pronuncia a anulabilidade tem efeitos *ex nunc*, com base no argumento de que o ato anulável produz efeitos até que seja anulado e somente a partir da sentença é que não produzirá mais estes efeitos.

Quanto à nulidade, afirmam que a respectiva sentença produz efeitos *ex tunc*, pois deve retroagir para apagar todos os efeitos aparentes que o ato inválido produziu, sendo que, na verdade não produziu qualquer efeito, segundo a doutrina clássica. Esse posicionamento não merece amparo.

O melhor entendimento é daqueles doutrinadores que afirmam que a eficácia da sentença que pronuncia a invalidade ou a nulidade terá eficácia *ex tunc*<sup>485</sup>.

---

<sup>482</sup> “Por isso, todas as críticas que geralmente são feitas à técnica da ponderação – por ser irracional, pouco transparente, arbitrária, subjetiva, antidemocrática, imprevisível, insegura e por aí vai – são, em grande medida, procedentes diante da realidade brasileira. Entre nós, vigora a teoria da *Katchanga*, já que ninguém sabe ao certo quais são as regras do jogo. Quem dá as cartas é quem define quem vai ganhar, sem precisar explicar os motivos.”

Exemplifica: “Um exemplo ilustrativo desse fenômeno ocorreu com o Caso da Pesagem dos Botijões de Gás (STF, ADI 855-2/DF). O Estado do Paraná aprovou uma lei obrigando que os revendedores de gás pesassem os botijões na frente do consumidor antes de vendê-los. A referida norma atende ao princípio da defesa do consumidor, previsto na Constituição. E certamente não deve ter sido fácil aprová-la, em razão do lobby contrário dos revendedores de gás. Mesmo assim, a defesa do consumidor falou mais alto, e a lei foi aprovada pela Assembléia Legislativa, obedecendo formalmente a todas as regras do procedimento legislativo. A lei, contudo, foi reputada inconstitucional pelo STF por ser ‘irrazoável e não proporcional’. Que aspectos da proporcionalidade foram violados? Ninguém sabe, pois não há na decisão do STF. **Katchanga!**”

LIMA, George Marmelstein. *Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3222, 27.04.12. Acesso em: 30.07.13. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21646>

<sup>483</sup> “Não pretendo, com as críticas acima, atacar a teoria dos princípios em si, mas sim o uso distorcido que se faz dela aqui no Brasil. (...) O que deve ser feito é tentar melhorar a argumentação jurídica, buscando dar mais racionalidade ao processo de justificação do julgamento, através de uma fundamentação mais consistente, baseada, sobretudo, em dados empíricos e objetivos que reforcem o acerto da decisão tomada”. LIMA, George Marmelstein. *Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3222, 27.04.12. Acesso em: 30.07.13. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21646>

<sup>484</sup> Cf. item 3.4.

Isso porque o fundamento da sanção de invalidade é apagar do ordenamento aquilo que não o observa devidamente. Sendo o vício existente desde a formação do ato, é preciso voltar até esse momento para analisar as ilicitudes produzidas<sup>486</sup>.

O artigo 182, inclusive, é expresso no sentido de que anulado o negócio jurídico, as partes devem ser restituídas ao estado em que antes se encontravam e, não sendo possível, serão indenizadas com o equivalente. Predomina o entendimento doutrinário de que esse artigo é aplicável tanto à nulidade quanto à anulabilidade, a despeito de o Código ter utilizado o termo *anulado*<sup>487</sup>.

Apontam alguns autores que esse entendimento equivocado da eficácia da sentença talvez tenha origem na má interpretação da primeira parte do art. 177, CC<sup>488</sup>, que determina que a anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença. O que o artigo prevê<sup>489</sup> é que o ato anulável ingressa no mundo jurídico produzindo efeitos,

<sup>485</sup> Nesse sentido: “(...) o efeito que se verifica na sanção do ato anulável é o mesmo do ato nulo: a privação de seus efeitos e a reposição das partes no estado anterior ao ato viciado (art. 182). Apenas antes da declaração judicial há um regime diferenciado para a nulidade e a anulabilidade. Uma vez operada a anulação, tudo se iguala entre as duas figuras da invalidade”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 426;

No mesmo sentido: VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 266; FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodium, 2013, p. 633; FERREIRA, Valle. *Subsídios para o estudo das nulidades*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, ano XIV, n° 3. Belo Horizonte, 1963, p. 35.

<sup>486</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto, sobre os efeitos da declaração de nulidade e da anulação, raciocínio que se aplica à questão em comentário: “Operam retroativamente (art. 289º), o que está em perfeita coerência com a ideia de que a invalidade resulta de um vício intrínseco do negócio e, portanto, contemporâneo da sua formação”. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 474.

<sup>487</sup> “ (...) 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 retornar ao estado anterior”. MATTIETTO, Leonardo. *Invalidade dos atos e negócios jurídicos*. In: TEPENDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 339-340; “(...) o efeito que se verifica na sanção do ato anulável é o mesmo do ato nulo: a privação de seus efeitos e a reposição das partes no estado anterior ao ato viciado (art. 182). Apenas antes da declaração judicial há um regime diferenciado para a nulidade e a anulabilidade. Uma vez operada a anulação, tudo se iguala entre as duas figuras da invalidade”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 426.

<sup>488</sup> “Art. 177, CC - 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 os casos de solidariedade ou indivisibilidade”.

<sup>489</sup> “Sobre os efeitos da sentença, nos casos de nulidade ou de anulabilidade dos negócios jurídicos, as opiniões da doutrina brasileira são conflitantes. Para alguns, a sentença de anulação paralisa os efeitos do negócio anulável, operando ex nunc, diferentemente do que acontece na sentença que declara a nulidade, que operaria retroativamente, ex tunc. Trata-se, sem dúvida, de entendimento equivocado, que decorre, talvez, de leitura distorcida do artigo 177, primeira parte, que diz: ‘A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício...’ (...). O que o artigo 177, primeira parte, enuncia é que o negócio anulável ingressa no mundo jurídico produzindo

podendo apenas cogitar da eliminação destes após a decretação judicial. Ou seja, a anulabilidade só terá seu *poder* (nos termos do Código Civil, *feito*) de eliminar a eficácia produzida pelo ato defeituoso após julgamento por sentença.

Até aqui, parece que a atual doutrina civilista defende regra contra a necessidade de preservação dos efeitos.

Porém, não há contradição. Existe a regra, pelos motivos apresentados, mas também é relativizada de maneira a coordená-la com as demais normas do ordenamento jurídico. Novamente nesse ponto é possível esvaziar a teoria especial do direito societário, por sua desnecessidade.

Ao defender a teoria especial, Lamy Filho e Bulhões Pedreira, citando Colombres, ressaltam que a aplicação da regra da eficácia *ex tunc* produziria efeitos catastróficos no direito societário, tendo em vista a produção de efeitos diretos e indiretos do negócio viciado<sup>490</sup>. Porém, esse evidente prejuízo já é objeto de preocupação da atual teoria das invalidades do direito civil.

A eficácia *ex tunc* da sentença deve ser relativizada em face do princípio da conservação, a seguir trabalhado, eliminando apenas os atos e efeitos que contrariem seriamente o ordenamento, sem nenhuma possibilidade de reconhecimento jurídico. Procura-se manter os efeitos, devendo-se eliminá-los apenas quando não houver outro caminho. Afinal, a ordem jurídica precisa ser respeitada.

Diante de uma invalidade, o ordenamento, a princípio, tenta ao máximo manter aqueles atos que foram praticados, bem como seus efeitos. Caso isso não seja possível, ou seja possível parcialmente, serão desconstituídos todos os atos remanescentes que estão contrários ao ordenamento, dotado de alguma espécie de defeito que não possa ser remediado ou suportado. Esses resquícios que não podem ser mantidos serão apagados, desde a data da formação do ato.

É preciso que seja analisado, diante de cada caso e, especialmente, diante de cada norma de invalidade, qual o interesse a norma visa proteger. É com base na

---

*os respectivos efeitos e depende de uma ação judicial, da sentença, para ser decretada a sua anulação. Os efeitos do negócio anulável são precários, provisórios. Advindo a sentença anulatória, os efeitos que vinha produzindo o negócio inquinado são desfeitos". VELOSO, Zeno. Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 331-332.*

<sup>490</sup> "A aplicação ao Direito das Sociedades dos princípios da nulidade clássica ou civil produz efeitos certamente catastróficos. A ineficácia "ex tunc" que ela determina, ao invalidar com efeito retroativo todas as consequências diretas e indiretas do negócio viciado, dá lugar a intensos prejuízos em múltiplos aspectos." LAMY FILHO, Alfredo. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*, vol. II: Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 699.

tutela desses interesses e nos outros que surgirem no caso concreto (das partes, de terceiros e da sociedade) que será fixado o grau da sanção.

Humberto Theodoro, após afirmar que a eficácia da sentença que pronuncia a nulidade e anulabilidade tem eficácia *ex tunc*, ressalta que quando o defeito do ato não trazer prejuízo, não será imposta nenhuma sanção de invalidade<sup>491</sup>.

### 3.5.3.2 - O princípio da conservação dos atos jurídicos

Predomina na doutrina civilista atual o reconhecimento do princípio da conservação dos fatos jurídicos, aplicáveis nos três planos do negócio jurídico<sup>492</sup>. Segundo esse princípio, tanto na elaboração das normas jurídicas, quanto na sua aplicação, deve-se buscar, ao máximo, a manutenção dos atos jurídicos e de seus efeitos.

Apesar dos defeitos de um ato, que o tornariam inválidos e, muitas vezes, seria determinada a eliminação de seus efeitos, deve-se procurar mantê-lo, bem como sua a eficácia. Conforme afirma Trabucchi, “há uma tendência legislativa social e economicamente predisposta a conservar a eficácia dos atos jurídicos”<sup>493</sup>.

Importantes as referências de Eduardo Correia no sentido de que o ordem jurídica de forma alguma é contra os interesses dos indivíduos e do desenvolvimento da vida social. A ideia que predomina na teoria dos negócios jurídicos é de sua proteção, aplicando sanções quando determinados valores exigem, mas a ordem jurídica funciona no sentido de não aniquilar tudo que não lhe seja conforme. Ao contrário, procura garantir os interesses e finalidades das pessoas<sup>494</sup>.

<sup>491</sup> “Por fim, registra-se no meio dos negócios alguns defeitos de menor repercussão, que não chega a comprometer-lhes a validade, nem a eficácia. Não havendo prejuízo para a parte, nem ofensa a algum princípio de ordem pública, a lei não lhes impõe nem a sanção de nulidade nem a da anulabilidade”. THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentário ao novo Código civil, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 426.

<sup>492</sup> “Pode - e deve - reconhecer-se a vigência, no atual sistema jurídico brasileiro, do princípio da conservação dos entes (ou valores) jurídicos (...)”. DEL NERO, João Alberto Schutzer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 450-451.

<sup>493</sup> TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Trad. Luis Martínez-Calcerrada. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1967, v. 1, p. 198. Apud: SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, 2. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 42.

<sup>494</sup> CORREIA, Eduardo. *A Conversão dos negócios jurídicos ineficazes*. In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. XXIV, 1948, p. 360. Apud: MATTIETTO, Leonardo. *Invalidade dos atos e negócios jurídicos*. In: TEPENDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 346.

Essa ideia de garantir os efeitos normais dos negócios o máximo possível é a tendência não só do ordenamento brasileiro, mas de diversos diplomas estrangeiros. São exemplos trazidos por Mattietto: (i) os *Princípios de Direito Europeu dos Contratos*, elaborados pela Comissão para o Direito Europeu dos Contratos, em que se determinou que as cláusulas do contrato devem ser interpretadas no sentido de que são lícitas e eficazes; (ii) Códigos de diversos países que anunciam o princípio da preservação dos contratos, como o francês, italiano, espanhol e português; (iii) jurisprudência alemã, austríaca e inglesa; e (iv) os *Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais*, elaborados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT)<sup>495</sup>.

Nesse sentido, esclarecedora a lição de Betti:

No geral, antes de proteger o negócio jurídico com a sua sanção, a ordem jurídica *avalia a função prática que lhe caracteriza o tipo*, e trata-o de acordo com essa avaliação. São três as hipóteses possíveis: a) ou ela não lhe considera a função merecedora ou carecida de tutela: caso em que *ignora* o negócio, abandonando-o a si próprio, como indiferente, deixando-o desprovido de sanção jurídica; b) ou, pelo contrário, julga-lhe a função socialmente relevante e digna de tutela; e nesse caso *reconhece* o negócio e toma-o sob a sua proteção; c) ou, finalmente, acha-o reprovável: e então *combate* o negócio, tornando, sim, juridicamente relevante o comportamento do particular, mas no sentido de provocar efeitos contrários ao escopo prático normalmente perseguido<sup>496</sup>.

São vários os fundamentos que se apresentam para o princípio: utilidade dos atos jurídicos; segurança jurídica; reconhecimento da autonomia da vontade, tendo sempre em comum o objetivo de evitar a aplicação severa das regras da invalidade, que pode levar a resultados indesejáveis para as partes, terceiros e a sociedade em geral.

---

<sup>495</sup> MATTIETTO, Leonardo. *Invalidade dos atos e negócios jurídicos*. In: TEPENDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.

<sup>496</sup> BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 87.

Afirma Antônio Junqueira que o sentido da conservação está na utilidade econômica e social do negócio jurídico. Também Schmiedel o fundamenta na economia dos valores jurídicos<sup>497</sup>. Sendo o ato útil, busca-se evitar ao máximo sua perda.

Conforme descreve Antônio Junqueira, o princípio da conservação consiste em preservar tudo o que é possível de um negócio jurídico, nos três planos em que ele se coloca. Isso porque, uma vez que o ordenamento permite a categoria negócio jurídico, confere-lhe utilidade jurídica e deve, então, protegê-lo<sup>498</sup>. Schmiedel acrescenta que essa utilidade está relacionada com a função social do negócio jurídico como instrumento de relações de cooperação, indispensável para a coesão e vitalidade da sociedade<sup>499</sup>.

Antônio Junqueira admite, inclusive, a aplicação desse princípio para os atos nulos, que excepcionalmente podem sim ser sanados, devendo-se evitar a severidade excessiva que acaba levando à perda indesejada dos negócios.

Marcos Bernardes apresenta também como base desse princípio a economia jurídica, segundo a qual deve-se sempre evitar que se percam as consequências práticas que as partes desejam buscar para diminuir ao máximo o desperdício da atividade jurídica<sup>500</sup>.

---

<sup>497</sup> “*Observa-se que o princípio da conservação tem como fundamento, em primeiro lugar, o princípio da economia dos valores jurídicos, o qual, conforme Criscuoli, é ‘de razão intuitiva, não havendo a doutrina firmado sobre isto um estudo específico’*”. SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, 2. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 43.

<sup>498</sup> “*O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo o que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (...), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo de juridicamente útil. A utilidade de cada negócio poderá ser econômica ou social, mas a verdade é que, a partir do momento em que o ordenamento jurídico admite a categoria negócio jurídico, sua utilidade passa a ser jurídica, visto vez que somente em cada negócio concreto é que adquire existência a categoria negócio jurídico*”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 67.

<sup>499</sup> “*Essa utilidade do negócio está, evidentemente, vinculada à função social que ele possui, como instrumento que é de relações de cooperação que, entre os indivíduos, são indispensáveis à coesão e à vitalidade do organismo social. Isto porque, não tendo a ordem jurídica condições de prever o desenvolvimento econômico e social da atividade que ordena, reconhece aos particulares poder de criar relações jurídicas, previamente disciplinadas pela lei, por intermédio de “adequadas manifestações de vontade”, isto é, de negócios jurídicos*”. SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, 2. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 46.

<sup>500</sup> “*Vige, nos sistemas jurídicos, o princípio da conservação dos atos jurídicos, segundo o qual ‘deve-se aproveitar, ao máximo possível, o negócio, em atenção, principalmente, à intenção negocial manifestada pelas partes’*. Na verdade, encontra-se na orientação imprimida pelo legislador moderno aos principais sistemas jurídicos a preocupação de salvar da invalidade, ao máximo, os atos jurídicos,

Nesse contexto, insere-se também a necessidade de segurança das relações jurídicas, no sentido de que elas devem ser o mais estável possível. Segundo Schmiedel, ainda que apresente defeitos, salvo se insuperável, o negócio jurídico requer preservação<sup>501</sup>.

Percebe-se, então, que diante da utilidade dos atos jurídicos, bem como da economia jurídica e da necessidade de segurança jurídica, o direito civil enuncia o princípio da conservação, buscando-se evitar a aplicação severa das regras da invalidade, que pode levar a resultados indesejáveis e menos eficientes.

Ascensão, por sua vez, afirma que o princípio constitui uma homenagem à autonomia privada<sup>502</sup>. Ao aproveitar os negócios jurídicos, deve-se atentar à intenção negocial das partes.

Importante ressaltar que a aplicação desse princípio não requer prévia previsão legal, pois se insere, segundo Schmiedel, no contexto dos princípios gerais do direito<sup>503</sup>. Nessa linha, Câmara preconiza que o princípio da segurança das relações sociais, seja em um regime autoritário, seja em um democrático, será garantido em alguma medida em nome da preservação do sistema<sup>504</sup>.

---

*evitando-se sempre que possível, que se percam as consequências práticas que os figurantes dos negócios pretenderam alcançar. Os doutrinadores buscam justificar essa tendência em princípio geral de direito, a que são diversas denominações, cujo sentido, em suma, é o de ressaltar a necessidade prática de evitar o desperdício da atividade jurídica, tanto no plano do direito público como no campo do direito privado*". MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

<sup>501</sup> "Observa-se que, em razão da necessidade de segurança das relações jurídicas, impõe-se o respeito aos valores criados no mundo do direito. Com base nisso, o negócio jurídico, ainda que apresente defeitos - salvo se a gravidade destes seja insuperável em face de valores mais significativos - requer a própria preservação". SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, 2. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 93.

<sup>502</sup> "Mas há que contar também com o princípio geral do aproveitamento dos negócios jurídicos que leva a, quando possível, aproveitar os negócios, desde que o defeito de que enfermam possa ser superado. Também se chama o princípio da conservação dos negócios jurídicos. Trata-se ainda de uma homenagem à autonomia privada. Permite que, mesmo quando esta não pode ser na sua integralidade acolhida, à sua expressão se liguem efeitos que sejam quanto possível semelhantes aos pretendidos". ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, vol. II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 408-409.

<sup>503</sup> "(...) o princípio da conservação independe da ocorrência de norma jurídica expressa, eis que se insere no contexto de princípios gerais do direito". SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, 2. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 4.

<sup>504</sup> "Seja em uma sociedade sobre a qual paire um regime autoritário, seja um regime denominado democrático, o ordenamento jurídico guardará, em alguma medida, o valor da segurança das relações sociais - ne, que seja no grau mínimo, apenas para garantir a preservação do sistema". CÂMARA, Jacintho Arruda. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*. Revista Diálogo jurídico, nº 14. Salvador: CAJ (Centro de Atualização Jurídica), junho/junho, 2002. Acesso em 13.10.13. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf), p. 12.

Por exemplo, especificamente sobre a conversão<sup>505</sup>, que é umas das aplicações desse princípio, Luiz Roldão de Freitas Gomes defende que é cabível, mesmo quando não prevista em lei<sup>506</sup>.

Esse princípio tem sido aplicado pelo STJ, como se observa no julgamento do REsp nº 1.106.625/PR, relatado pelo Min. Sidnei Beneti, em 16.08.11. No caso, requereu-se declaração de nulidade de notas promissórias, por conterem juros superiores ao legalmente permitidos. O relator, antes de aplicar a sanção de nulidade, afirmou que deveria ser analisado se “*a invalidação do ato jurídico que tenha um objeto ilícito é medida que se impõem de forma total e inafastável ou se, tal como decidiu o Tribunal de origem, é possível, de alguma forma, salvá-lo*”. E, por fim, decidiu pela manutenção do negócio, com a sua redução, sob o fundamento da conservação dos negócios jurídicos<sup>507</sup>. Nos termos do relator:

De início é preciso ter presente que a ordem jurídica não é inimiga dos interesses individuais e do desenvolvimento econômico-social. **Ela não fulmina completamente os atos que lhe são desconformes em qualquer extensão. A teoria dos negócios jurídicos, amplamente informada pelo princípio da conservação dos negócios jurídicos, determina que mesmo as regras cogentes existem apenas ordenar e coordenar a prática dos atos necessários ao convívio social. Por isso o ordenamento somente sanciona quando e na medida em que os valores ou interesses impregnados na norma o exijam.**

Não se pode esquecer que contrato é apenas a veste jurídica de uma operação econômica, pelo que sobreleva o interesse da própria coletividade na manutenção dos efeitos dos negócios jurídicos

<sup>505</sup> Sobre a conversão, cf. item 3.5.3.5.3

<sup>506</sup> GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Invalidez dos atos jurídicos - nulidades - anulabilidades - conversão*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. n. 53. São Paulo: RT, p. 16.

<sup>507</sup> Foi exatamente o mesmo entendimento adotado no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 116.476/SP, também relatado pelo Min. Sidnei Beneti, em 24.04.12, em que aplicou o princípio da conservação dos atos jurídicos, deixando de aplicar sanção de nulidade em contrato de mútuo feneratício: “*AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS. USURA. REDUÇÃO PARCIAL DO NEGÓCIO JURÍDICO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. 1.- No contrato particular de mútuo feneratício, constatada prática de usura ou agiotagem, de rigor a redução dos juros estipulados em excesso, conservando-se, contudo, o negócio jurídico (REsp 1106625/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJE 09/09/2011)*”. STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 116.476/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgamento em 24.04.12.



realizados com vistas à estabilidade social e segurança jurídica. **Sempre que possível, portanto, deve-se evitar a anulação completa do ato praticado**, reduzindo-o ou reconduzindo-o aos parâmetros da legalidade<sup>508</sup>. (original sem negrito)

Na mesma linha o julgamento do Recurso Especial nº 1.058.114/RS<sup>509</sup>, em 12.08.09, relatado pela Min. Nancy Andrighi, nos autos de uma ação de revisão de contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia, em que se formulou, dentre outros, o pedido de vedação da cobrança da comissão de permanência<sup>510</sup>. A

<sup>508</sup> STJ, Recurso Especial nº 1.106.625/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgamento em 16.08.11.

<sup>509</sup> STJ, Recurso Especial nº 1.058.114/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 12.08.09.

<sup>510</sup> Excerto do acórdão a respeito do conceito de comissão de permanência: *“Definir a comissão de permanência talvez seja uma das tarefas mais árduas do Direito Bancário. Este encargo foi instituído pela Resolução 15/66 do Conselho Monetário Nacional (CMN) e regulado pelas Circulares 77/67 e 82/67, ambas do BACEN. Com efeito, há insegurança até quanto à sua definição, natureza jurídica e, principalmente, quanto aos componentes incorporados em seu cálculo. Com o advento da Lei 6.899/81, que concedeu o direito à correção monetária a partir do vencimento do débito e, algum tempo depois, com a edição da Resolução 1.129/86 do CMN, as instituições financeiras ficaram expressamente autorizadas a cobrar a comissão de permanência de seus devedores por dia de atraso, além dos juros de mora. No Parecer PGBC n.º 207/2008, acostado aos autos do REsp 1.061.530/RS, o BACEN, ao responder o convite para se manifestar naquele incidente de processo repetitivo, afirmou, expressamente, desconhecer os encargos que compõem a comissão de permanência: ‘Não é possível saber com antecedência os encargos que a instituição financeira deverá arcar para reequilibrar sua situação líquida após o atraso no pagamento, ante a existência de inúmeras variáveis (como a disponibilidade de crédito no mercado, os custos operacionais de cada instituição financeira, sua situação patrimonial, etc.), razão pela qual a permanência no inadimplemento gera diferentes encargos em cada contrato, a depender de suas especificidade e do momento em que o atraso no pagamento ocorre”* (grifo no original) *Instado novamente a se pronunciar sobre o tema poucos dias após o julgamento do indigitado processo, o BACEN trouxe aos autos o Parecer PGBC n.º 254/2008, no qual realiza ‘uma reapreciação da matéria, com a finalidade de desenvolvê-la de forma mais analítica’. Aqui, contrariando o que fora dito anteriormente, afirma categoricamente que a ‘comissão de permanência é a contraprestação devida pela indisponibilidade do dinheiro emprestado no período na inadimplência’, todavia, mais uma vez a autarquia reconhece que: ‘Não é possível afirmar de forma completamente padrão ou uniforme a quais custos estarão sujeitas as instituições financeiras para recompor a sua situação de liquidez em razão da inadimplência. O perfil diferenciado de cada instituição ensejará custos diferentes’.*(grifei) *A FEBRABAN, por seu turno, trouxe aos autos novo parecer, coerente com o emitido no REsp 1.061.530/RS, no qual sustenta que os encargos moratórios (juros de mora e multa contratual) devem ser cumulados com a comissão de permanência, pleiteando, assim, a modificação da orientação jurisprudencial do STJ. Porém, tal como feito pelo BACEN, demonstra desconhecimento quanto às peculiaridades que envolvem a comissão de permanência. Inicialmente, aduz a FEBRABAN, de forma bastante imprecisa, que ‘denomina-se comissão de permanência encargo que o banco cobra do mutuário a partir do momento em que este se torna inadimplente’. Ora, é notório que este conceito genérico serviria para definir todo e qualquer encargo incidente no período da anormalidade, afinal, não seriam todos eles encargos que os bancos cobram dos mutuários a partir do momento em que eles se tornam inadimplentes? Mais adiante, no parecer anexado, em aparente tentativa de esmiuçar o que integraria a comissão de permanência, a entidade representativa dos bancos destaca o seguinte: ‘Se no vencimento do empréstimo que o banco concedeu não ocorre o seu pagamento (porque inadimplente o devedor), o banco se vê obrigado a buscar no mercado os recursos necessários para honrar as operações projetadas e já comprometidas, incorrendo, para tanto, nos custos correspondentes, incluindo os custos de captação às taxas então vigentes e os demais custos fiscais e administrativos decorrentes da intermediação financeira’* (grifei) *Assim, considerando a imprecisão e obscuridade das informações colhidas, mostra-se*

decisão de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido para limitar a cobrança da comissão de permanência à taxa contratual dos juros remuneratórios e, em segundo grau, foi afastada a sua cobrança.

A questão principal do litígio, nos termos do Min. João Otávio de Noronha, autor do voto vencedor, dizia respeito “à validade e eficácia da referida cláusula ‘comissão de permanência’ nos contratos bancários destinados ao financiamento do consumo”. Asseverou o ministro que:

vigora, hoje, no moderno Direito Obrigacional, o princípio da conservação ou do aproveitamento dos negócios jurídicos, em que se insere a teoria da conversão, que está bem detalhada nos arts. 139 e 140 do Código Civil alemão, em parte reproduzida no art. 170 do Código Civil brasileiro, a dizer que, não obstante a nulidade do ato, se, em grande parte, for possível o seu aproveitamento, deve-se fazê-lo se isso não contrariar a vontade das partes.

Partindo dessa premissa, concluiu o ministro que prefere

sempre que possível, evitar a decretação da nulidade de negócio jurídico, quando ajustável às normas legais aplicáveis ou à interpretação dominante nos tribunais (...). A decretação da nulidade da cláusula será, então, medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento.

Nesse sentido, divergindo da relatora, decidiu pela validade cláusula de comissão de permanência pactuada.

Cabe aqui, novamente, confronto à teoria especial defendida pelos comercialistas. Eizirik afirma ser evidente a necessidade de um regime próprio das nulidades dos atos das sociedades anônimas exatamente para permitir sua preservação. Alega que a dinâmica atividade empresarial envolve inúmeras relações

---

*inquestionável a dificuldade de se definir com rigor técnico e critérios claros como é, e o que integra, o conceito de comissão de permanência”.*

jurídicas que requer estabilidade, de modo que não cabe a importação da teoria das invalidades do direito civil<sup>511</sup>.

Ora, é exatamente isso que defende o direito civil.

Nessa linha, Lamy Filho e Bulhões Pedreira, ao defenderem a necessidade da teoria especial, afirmam que é princípio básico do regime de invalidades dos atos societários a “*sanabilidade dos vícios ou defeitos das deliberações dos órgão sociais, mediante a sua convalidação ou ratificação*”<sup>512</sup>. No Brasil, desde o Decreto-Lei 2.627/40, é facultado expressamente às companhias corrigir os vícios ou defeitos de seus atos, ainda que já tenha sido proposta ação de anulação.

Conforme estabelecido por Valverde<sup>513</sup> e confirmado por diversos autores<sup>514</sup>, a assembleia geral pode, a qualquer tempo, rever seus atos viciados. Segundo ele, a sociedade pode cancelar ou anular uma deliberação anterior e ratificar os seus efeitos, ressaltados direitos de terceiros.

Na mesma linha, Menezes de Cordeiro, tratando do direito português, apresenta uma maneira de evitar a discussão judicial de uma deliberação defeituosa. Segundo ele, é possível que seja feita uma segunda deliberação com o mesmo conteúdo, mas corrigindo-se o vício que a contaminava. Essa segunda deliberação pode atribuir eficácia retroativa, desde que observados os direitos de terceiros<sup>515</sup>.

---

<sup>511</sup> “Assim, é evidente a necessidade de se reconhecer um regime próprio das nulidades dos atos das sociedades anônimas que permita a preservação da estabilidade de suas deliberações, impedindo que fiquem expostas à ameaça eterna de invalidação. A atividade empresarial, dada a dinâmica dos negócios, envolvendo inúmeros compromissos e obrigações, requer estabilidade para que não fique ameaçada a sua viabilidade. Daí decorre que não cabe a ‘importação’ da teoria das nulidades desenvolvidas no Direito Civil para o Direito Societário”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 581 e 584.

<sup>512</sup> LAMY FILHO, Alfredo. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*, vol. II: Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 700.

<sup>513</sup> “Pode, assim, cancelar ou anular deliberação anterior e ratificar todos os atos que interessam à sociedade. Ressaltados, 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”. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 104.

<sup>514</sup> Nesse sentido: LAMY FILHO, Alfredo. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*, vol. II: Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 700-701; EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 582; CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*, vol. iii. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 1192; BULGARELLI, Waldirio. *Anulação de Assembleia Geral de Sociedade Anônima*. Revista dos Tribunais, 1978, vol. 514, p. 57.

<sup>515</sup> “Compreende-se que possa ser tomada uma segunda deliberação com o mesmo conteúdo, mas que corrija o óbice antes verificado. A essa deliberação pode a assembleia atribuir eficácia retroactiva, ressaltados os direitos de terceiros. Fica claro, logo aqui, que não se trata de uma convalidação ou de uma sanção da primeira deliberação: antes ocorre uma segunda e própria deliberação, que visa produzir os mesmos efeitos jurídicos da anterior, mas agora sem a pendência da invalidação”.

Essa faculdade, além de prevista expressamente pelo parágrafo único do art. 285, da LSA, conforme tratado, é expediente já conhecido no direito civil<sup>516</sup>.

Outro exemplo clássico apontado pela doutrina comercialista para demonstrar a necessidade da teoria especial é a eleição de administradores. Suponha-se a hipótese de um diretor eleito pelo conselho de administração de uma companhia, que passa a exercer seu cargo e praticar diversos negócios jurídicos com terceiros. Caso anos depois de sua eleição viesse a ser descoberto que esta possui qualquer vício, seria um grande dano para a sociedade e para esses terceiros o questionamento da validade daqueles inúmeros atos praticados.

Com base nesse exemplo, Eizirik, na mesma linha da doutrina comercialista majoritária, afirma que seria extremamente desastroso, nesse caso, a regra civilista de retroatividade da sentença de invalidade, o que traria diversas inseguranças para a sociedade e aqueles com quem ela contratou<sup>517</sup>. Assim, o ideal é que se reconhecesse alguns efeitos dessa eleição inválida o que, repita-se, é plenamente salvaguardado pelo direito civil.

Também preocupam os comercialistas os defeitos de constituição da companhia, que posteriormente podem gerar sua nulidade ou anulabilidade. Colocam o problema da retroatividade dos efeitos da sentença, que, segundo eles, equivocadamente, implicaria na eliminação de todos os efeitos decorrentes da existência da sociedade<sup>518</sup>. Além do mais, seria uma onerosidade injustificável, além

---

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*, I volume: das sociedades em geral, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 762.

<sup>516</sup> Cf. item 3.5.3.5.

<sup>517</sup> “A inconveniência de se conferir efeitos retroativos à anulação de atos societários é especialmente evidente na eleição de administradores, tendo em vista seus poderes de tomar decisões em nome da companhia e representa-la perante terceiros. A atribuição de tais efeitos, numa decisão judicial tomada, digamos, 6 (seis) anos após a sua eleição, seria desastrosa, pois permitiria que se questionasse a validade de qualquer ato por eles praticado, trazendo enorme incerteza a todos os que contrataram com a sociedade no período”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 585.

<sup>518</sup> O exemplo da nulidade de constituição de companhia ainda é citado pela doutrina para defender a impossibilidade de aplicação de todas as regras do direito civil ao direito societário: “As companhias caracterizam-se por seu envolvimento direto, constante e sucessivo em uma infinidade de negócios jurídicos, que produzem efeitos imediatos e irreversíveis perante uma ampla gama de pessoas, como acionistas, investidores, empregados, prestadores de serviços, clientes, fornecedores, o Estado e a própria comunidade onde elas atuam. Por conta desta realidade, própria das sociedades, particularmente das de grande porte, a teoria das nulidades, tal como desenvolvida pelo Direito Civil, não lhes pode ser integralmente aplicada, sob pena de gerar insegurança jurídica, não só em prejuízo das próprias companhias e de seus acionistas, como também de todos os terceiros que com elas se relacionam. Basta imaginar os nefastos efeitos que teria a eventual declaração de nulidade absoluta da constituição de uma companhia, invalidando, com efeitos retroativos, todos os atos por ela praticados durante os diversos anos em que, apesar do vício em sua constituição, de fato existiu e

de uma demanda de tempo incompatível com a dinamicidade da empresa, que a sociedade tivesse que ser extinta a sociedade para posteriormente constituí-la novamente, com exatamente as mesmas características, seguindo novamente todas as formalidades, diferenciando-se apenas pelo vício corrigido. Haveria, ainda, o risco de surgir outros erros ou defeitos que novamente prejudicariam a sociedade.

Nesse caso, certamente seriam reconhecidas as propostas já apresentadas pelos comercialistas de que fosse determinada a dissolução da companhia<sup>519</sup>, em vez de ignorar sua existência, ou então o reconhecimento de uma sociedade em comum<sup>520</sup>.

Essa última opção é uma aplicação do mecanismo da conversão do negócio jurídico, mais adiante tratada. Caso a sociedade não possa ser reconhecida como aquele tipo societário que se pretendia, por um vício que contenha, será reconhecida como uma sociedade em comum. Ou seja, terá uma outra qualificação jurídica, mas com a preservação dos atos então praticados.

Porém, é importante ter a ciência de que nem sempre o ato viciado poderá ter defeito corrigido ou produzir todos os seus efeitos.

Ressalta-se que por mais que se seja conveniente para uma ou outra parte deixar o passado intocado, alguns atos precisam ser, sim, eliminados, pois não se pode privilegiar o ilícito, a fraude e os abusos. Alguns defeitos, tamanha sua gravidade, não podem ser suportados, inclusive quando envolverem terceiros. A estabilidade não pode operar a qualquer custo.

Leciona Hamid Charaf que nem mesmo o princípio da economia dos valores jurídicos é apto para violar valores mais caros<sup>521</sup>. É o caso das questões de ordem pública.

---

*participou ativamente da economia.*” (original sem negrito) EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, vol. III, p. 581.

<sup>519</sup> “A especialidade do regime de invalidade aplicável às companhias, portanto, assenta-se em grandes linhas, nas seguintes principais diferenças com relação ao direito comum: (...) 2º irretroatividade dos efeitos da invalidade, acarretando tão-somente a dissolução da companhia (em contraste com o art. 158, do Código Civil, que determina, primacialmente, a restituição das partes ao statu quo ante)”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidade das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 23.

<sup>520</sup> “**Da Sociedade em Comum - Art. 986, CC** - Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples”.

<sup>521</sup> “(...) nem mesmo o princípio da economia dos valores jurídicos é suficiente para justificar a conservação de um negócio realizado em oposição a valores que lhe são hierarquicamente superiores. À economia de valores contrapõem-se os próprios valores que a ordem jurídica se propõe a realizar, e, no confronto, acabam tendo maior peso os valores em si e não sua economia”. BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 194.

Nesse mesmo sentido, alguns autores de direito societário, como Eizirik, apesar de defenderem uma teoria especial, reconhecem que aos casos de nulidade, entendidos como aqueles que atingem direitos ou interesses que superem a órbita societária, infringindo a ordem pública e bons costumes, são aplicadas as regras do direito civil<sup>522</sup>. O que o autor quer dizer é que, diante desses valores hierarquicamente superiores, aquela ideia tão buscada de preservação de dos atos societários encontra seu limite. Algumas violações, por ferir tão gravemente determinados interesses, não podem ser mantidas.

É preciso tomar, então, cuidado, ao defender-se a teoria especial argumentando que no âmbito societário deve ser possível a “*ampla possibilidade de sanção do vício*”<sup>523</sup>, podendo levar à equivocada ideia de que o direito societário pretende preservar tudo a qualquer custo. A *ampla* possibilidade é admitida pelo direito civil; a *total*, por nenhum dos dois ramos.

### **3.5.3.3 – A proteção a terceiros de boa-fé, o registro e as publicações**

A proteção a terceiros de boa-fé é um dos mais antigos aspectos da relativização das normas de invalidade, amplamente reconhecida pela doutrina. Defende-se que os efeitos retrooperantes da sentença que pronuncia a nulidade ou a anulabilidade devem ser ao máximo mitigados quando se está diante de ato do qual participou terceiro de boa-fé ou em virtude do qual esse terceiro adquiriu direitos.

Confronta-se, também nesse ponto, a necessidade de uma teoria especial para o direito societário. Segundo alguns comercialistas, ela é necessária por possuir a característica essencial de irretroatividade dos efeitos da sentença para proteger os interesses dos que se relacionam com as companhias, especialmente se o fizeram com base na publicidade dos atos societários: exatamente como há muito assevera a doutrina civilista. Nos termos de Eizirik:

---

<sup>522</sup> “*Porém, há entendimento admitindo, em determinadas hipóteses, a existência de deliberações societárias nulas, sujeitas a todas as consequências do reconhecimento da nulidade absoluta no âmbito do Direito Civil*”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 585.

<sup>523</sup> “*A especialidade do regime de invalidade aplicável às companhias, portanto, assenta-se em grandes linhas, nas seguintes principais diferenças com relação ao direito comum: 3º) ampla possibilidade de sanção do vício, ainda que se trate, por vezes, de defeito que, segundo o direito comum, acarretaria a nulidade do ato (em contraste com o que determina o art. 146 do Código Civil, que veda a possibilidade de ratificação do ato nulo, mesmo que a requerimento das partes)*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidade das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 23.

Os efeitos da anulação de atos societários devem ser sempre *ex tunc*, a fim de se proteger os interesses de terceiros que, inclusive baseados na publicidade conferida a tais atos, contrataram regularmente com a companhia antes de prolatada a decisão anulatória. Uma das características essenciais do regime das nulidades no Direito Societário é o reconhecimento, como regra geral, da irretroatividade dos efeitos da anulação de determinada deliberação, para se proteger os múltiplos interesses dos que rotineiramente relacionam-se com a companhia<sup>524</sup>.

A doutrina civilista reconhece e propõe as mesmas soluções para essa situação, de modo que até os autores que defendem radicalmente a não produção de efeitos pelo ato nulo reconhecem a necessidade de proteger esses terceiros quando a invalidade acarretar violação de seus direitos.

Afirma o civilista Hamid Charaf Bdine Júnior que a proteção de terceiros é valor superior ao da invalidade pura. A importância da segurança de terceiros e a estabilidade do comércio fizeram os sistemas jurídicos desenvolverem a ponto de protegê-los, de modo que deve haver uma ponderação entre esses interesses de um lado e a invalidade de outro<sup>525</sup>.

Segundo Humberto Theodoro, a proteção a terceiros de boa-fé existe, ainda que não haja previsão expressa no ordenamento brasileiro. Assim, diante da anulação de um negócio jurídico, reconhece-se os direitos adquiridos por terceiros, inclusive para privilegiar a segurança jurídica<sup>526</sup>.

---

<sup>524</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 585.

<sup>525</sup> “O Código Civil estabeleceu regras em que os defeitos das invalidades não se produzirão, em nome da proteção de terceiros e também de interesses dos envolvidos no negócio, apontando, implícita ou expressamente, valores superiores do ordenamento jurídico, cuja proteção se sobreponha aos decorrentes da invalidade e da ineficácia dos negócios. A preocupação com a segurança dos terceiros, em relação à validade dos negócios com amparo nos quais atuam, justifica o prestígio conferido à segurança e à estabilidade do comércio. Em razão do reconhecimento da necessidade dessa proteção, os sistemas jurídicos foram gradativamente acrescentando regras ao ordenamento, destinadas a evitar a insegurança jurídica na circulação de bens e direitos. Para tanto, por certo, será necessário confrontar a causa da invalidade alegada para verificar se ela pondera ou não - em termos de valores a proteger - em relação à boa-fé do terceiro”. BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211.

<sup>526</sup> “Mesmo que não se encontre norma específica no atual Código brasileiro sobre os direitos adquiridos por terceiros frente a anulação do contrato em que se apoiou dita aquisição, há todo um sistema difuso no tratamento dos defeitos do negócio jurídico tendente a proteger a boa-fé e prestigiar a segurança no tráfico jurídico”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 632.

Conforme afirma Fernando Noronha, falar de boa-fé é desafio tão grande que seria insensatez tentar resolver o problema em duas ou três dúzias de páginas<sup>527</sup>. Naturalmente, não é objetivo deste trabalho esgotar o tema, mas esclarecer brevemente como a boa-fé deve ser parâmetro para o tratamento das invalidades.

Sobre a influência da boa-fé nas relações privadas e como princípio do direito civil, expõe Ana Alvarenga Moreira Magalhães que ela é requisito essencial para uma relação justa entre contratantes. Justifica-se, inclusive, constitucionalmente, pela necessidade de solidariedade social<sup>528</sup>.

A doutrina divide a boa-fé em subjetiva e objetiva<sup>529</sup>. A primeira diz respeito aos elementos internos, psicológicos, do agente. É um estado de ignorância sobre a situação jurídica suscetível de lesionar direitos de alguém. É a boa-fé de quem não tem conhecimento sobre a real situação jurídica. Contrapõe-se à má fé, que seria a conduta com intenção de prejudicar alguém. Assim, a subjetiva não representa um dever de conduta, mas a simples consciência de não lesar alguém, de maneira que não interessa para a boa-fé no âmbito dos contratos e demais atos jurídicos. A contratual é a objetiva<sup>530</sup>.

---

<sup>527</sup> “Atualmente, falar na boa-fé é desafio que seria insensatez acreditar poder resolver em duas ou três dúzias de páginas”. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 129.

<sup>528</sup> “Da afirmação dos objetivos sociais de liberdade, justiça e solidariedade é possível concluir a necessidade de serem as relações privadas - especificamente as relações obrigacionais - pautadas pela eticidade entre as partes e dirigidas a um fim concorde aos comportamentos socialmente esperados. Isso porque, sem uma conduta reta entre os pares sociais, sem uma relação proba entre as partes contratantes, o que se vê é a tangente da injustiça e a antinomia do solidarismo. Desta feita, a boa fé afigura-se como requisito essencial para a consecução do objetivo democrático, ao mesmo tempo em que reafirma a condição de dignidade do ser humano ao contrapor-se às condutas individualistas, já que prega a máxima valorização do outro. A boa-fé, portanto, materializa-se como princípio que permeia todo o direito civil, justificando-se constitucionalmente em vista da necessária adequação das relações privadas às exigências da solidariedade social. Da mesma forma, legitima-se a boa fé como um dos pilares de sustentação da dignidade da pessoa humana. Isso porque, ao mesmo tempo em que a liberdade contratual e a autonomia privada são inegavelmente conteúdos desta dignidade, não se pode jamais sublimar o fato de que a pessoa vive em sociedade, em um meio no qual as relações interpessoais são imprescindíveis”. MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 86.

<sup>529</sup> “(...) existem duas acepções da boa-fé, ou mesmo duas boas-fés, uma subjetiva e a outra objetiva”. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 129.

<sup>530</sup> “A primeira [boa-fé subjetiva] diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito, a segunda [boa-fé objetiva] a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como ele deve agir. Num caso, está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra, boa-fé princípio. A distinção interessa-nos, porque a boa-fé contratual é a objetiva -e, aliás, os contratos são o principal campo de aplicação da boa-fé objetiva. (...) a boa-fé subjetiva, ou a boa-fé crença, é um estado - um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetíveis de conduzir à lesão de direitos de outrem”. NORONHA, Fernando. *O direito*



Boa-fé objetiva é um dever de agir de determinada maneira, conforme padrões socialmente determinados, de acordo com a honestidade e a lisura, de modo a não frustrar a confiança de ninguém<sup>531</sup>. Explica Cláudia Lima Marques que a boa-fé objetiva é a atuação refletida, pensando na outra parte, respeitando seus interesses, expectativas e direitos, e com lealdade, sem abuso e lesão, sempre de modo a contribuir pelo mais modo mais justo de realizar as obrigações<sup>532</sup>.

Também denominada *boa-fé lealdade*, relaciona-se com o princípio da confiança por proteger as partes que apostam “legítimas expectativas” de que a outra parte atuou conforme os normais deveres de conduta. Ou seja, não se trata de proteção ao que confiou em situação aparente, como ocorre na subjetiva. É o padrão de comportamento de quem inspira e preserva a confiança entre as partes<sup>533</sup>.

Conforme aponta Magalhães, “*a confiança tutelada não é aquela surgida somente em função das características pessoais do cocontratante, mas dos próprios usos socialmente estabelecidos*”<sup>534</sup>. Acrescenta a autora que a teoria da confiança é fundada sobre critérios objetivos, sem análise da vontade íntima, dos atributos psicológicos do agente<sup>535</sup>, da mesma forma que a objetiva.

*dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 131-132.

<sup>531</sup> “*Se a boa-fé subjetiva é um estado, a objetiva, ou boa-fé como regra de conduta, é um dever - dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para, (...) não frustrar a confiança legítima da outra parte*”. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

<sup>532</sup> “*(...) significa uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem causar lesão ou vantagens excessivas, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes*”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed. São Paulo: Renovar, 2000. *Apud*: MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 89.

<sup>533</sup> “*Esta boa-fé objetiva também é designada de boa-fé lealdade, expressão que enfatiza o dever de agir que impende sobre cada uma das partes. Outra designação, que também lhe é dada, é a de boa-fé confiança, que realça a finalidade do princípio da boa-fé: a tutela das legítimas expectativas da contraparte, para garantia da estabilidade e segurança das transações. (...) Realmente, de forma similar à subjetiva, também a boa-fé objetiva tem na sua base uma ideia de confiança, a necessidade de tutelar esta. Só que, enquanto na boa-fé subjetiva se tutela a confiança de quem acredita numa situação aparente, na objetiva tutela-se a de quem acreditou que a outra parte procederia de acordo com os padrões de conduta exigíveis*”. NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

<sup>534</sup> “*Ressalta-se que a confiança tutelada não é aquela surgida somente em função das características pessoais do cocontratante, mas dos próprios usos socialmente estabelecidos*”. MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 94.

<sup>535</sup> “*Não obstante a racionalidade da argumentação, a teoria da confiança é fundada sobre raízes objetivas, que nada têm a ver com a análise da vontade íntima do agente*”. MAGALHÃES, Ana

Segundo Menezes Cordeiro, a ideia da confiança surgiu das manifestações da boa-fé e integra parte do conteúdo desta<sup>536</sup>. Em linhas gerais, a confiança, para Menezes Cordeiro, representa a situação em que uma pessoa adere a certas representações passadas, presentes ou futuras, que considera efetivas<sup>537</sup>.

Segundo Luhmann, é mais que a fé nas expectativas alheias. Representa um fato básico da vida social, é o que fornece ao ser humano a capacidade de se mover: “*uma completa ausência de confiança impediria o homem de levantar-se pela manhã*”<sup>538</sup>.

Assim é que a doutrina reconhece com tranquilidade que terceiros de boa-fé não podem suportar de modo absoluto o efeito retrooperante que a sentença de invalidade pode produzir. Pode ocorrer de pessoas sérias e diligentes celebrarem negócios e, em virtude deles, adquirem direitos e motivos para acreditar naquela aparência de validade que o ato continha. Confiaram que aquela relação jurídica e seus efeitos eram saudáveis e regulares quando, na verdade, traziam um defeito de origem. É o que leciona Zeno Veloso:

Deve ser louvado o magistério de Serpa Lopes, acudindo terceiros de boa-fé, que não podem suportar, de modo absoluto, sem atenuações, os impactos dos efeitos retrooperantes da nulidade ou da anulação de negócios jurídicos, em decorrência dos quais esses terceiros adquiriram direitos (...). A retroeficácia da sentença de nulidade ou anulação, bem como a sua expansão *erga omnes*, podem causar algumas questões delicadas, inclusive injustiças, sobretudo em relação a terceiros, quando se tratar de pessoas diligentes e sérias, que empregaram as suas economias para a conclusão de negócios, sem saber que a relação jurídica que lhes

---

Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 103.

<sup>536</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*, vol. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 1234.

<sup>537</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*, vol. II. Coimbra: Almedina, 1984, p. 1234.

<sup>538</sup> LUHMANM, Niklas. *Confianza*. Trad. Amanda Flores. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 1. *Apud* MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 93.

estava sendo transmitida, aparentemente robusta, sadia e boa, era deficiente, precária, trazia um vício de origem<sup>539</sup>.

Luiz Roldão de Freitas Gomes, no mesmo sentido, é categórico ao afirmar que a boa-fé é um dos diversos fatores que requerem a admissão de efeitos, muitas vezes, ao ato nulo. Afirma que terceiros nessa condição adquirem direitos convictos de sua validade e, em função da proteção da confiança, que deve reger as relações jurídicas, aqueles não podem ter seus atos privados de consequências<sup>540</sup>.

Segundo Marcos Bernardes, a aparência, associada à boa-fé, é apta a tornar realidade aquelas expectativas criadas. Como exemplo, afirma ser válida a compra feita por terceiro de boa-fé a proprietário aparente<sup>541</sup>.

Da mesma forma, António Menezes Cordeiro, ao dispor sobre as nulidades em seu capítulo “*reformulação da teoria da invalidade*”, no livro intitulado “*A Confirmação no Direito Civil*”, explica, no âmbito do direito português, que em determinados casos é preciso suavizar as consequências da nulidade. Enumera diversos casos de reconhecimento de efeitos ou possibilidade de extinção da nulidade, por exemplo, ao afirmar que o simulador não pode arguir a nulidade da simulação contra o terceiro de boa-fé. Segundo ele, o princípio da tutela da confiança contraria a lógica da nulidade, de modo que perante terceiros de boa-fé vale a desconsideração de certas nulidades e convalidação, mantendo “*em vida*” o negócio nulo<sup>542</sup>.

A boa-fé também é tranquilamente considerada na jurisprudência de todos os tribunais. Vale citar o entendimento do relator Des. Marcelo Rodrigues, do TJMG,

<sup>539</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 342-343.

<sup>540</sup> “*Hoje, como explana Lutzesco (ob. Cit.), fatores diversos incorrem para admitir-se efeito, às vezes, ao ato nulo, como a boa-fé de terceiros, que adquiriram direito na convicção de sua validade e a prevalência de interesses sociais que recomendam, em homenagem à confiança que deve presidir às relações jurídicas, muitas vezes não se vejam aqueles atos privados totalmente de consequências*”. GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Invalidade dos atos jurídicos - nulidades - anulabilidades - conversão*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. n. 53. São Paulo: RT, p. 11-12.

<sup>541</sup> “*A aparência jurídica, no entanto, em certas circunstâncias e quando combinada com a boa-fé de terceiros, adquire relevância jurídica e é recebida no mundo jurídico como realidade. É válida e eficaz, por exemplo, a compra feita por terceiro de boa-fé a proprietário aparente*”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª parte*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 71.

<sup>542</sup> “*Pois bem: nas ‘exceções’ acima apontadas, teremos de admitir que o princípio da tutela da confiança contraria a lógica da nulidade. Com efeito, quer o bloqueio de certas nulidades perante pessoas de boa fé, quer a convalidação por certos desaparecimentos supervenientes de vícios visam proteger a confiança de determinados interessados, com o reforço, daí derivado, da circulação dos bens. Prossequindo: o negócio nulo, nos casos previstos, mantém-se em vida: não a se, mas por força do princípio da confiança*”. CORDEIRO, António Menezes. *Da confirmação no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 104.

proferido no julgamento da Apelação nº 1.0024.10.183966-0/001<sup>543</sup>, nos de uma ação de revisão de rateio de despesas condominiais e anulação de assembleia, julgada em 12.07.06.

No caso, o autor alegou invalidade da convocação da assembleia, realizada mediante circular expedida aos condôminos e afixada nos elevadores. Afirmou que este formato estava em desconformidade com o que exigia o estatuto do condomínio. O relator, amparado naquele princípio, entendeu como válida a convocação, uma vez que durante anos essa foi a forma de convocação, nunca questionada pelos condôminos, que sempre compareciam às assembleias, inclusive aquele que ora questionava. Devido àquele comportamento reiterado e à evidente constatação de boa-fé na convocação, não poderia haver questionamento<sup>544</sup>.

O registro público é um dos claros exemplos da legítima expectativa sobre a validade e veracidade dos atos jurídicos. Ao deparar-se com um documento arquivado no Registro de Comércio, por exemplo, terceiros têm fundado motivo para acreditar em sua regularidade, vez que aquele passou pela análise da Administração Pública, no caso, das Juntas Comerciais, que têm a função de analisar todos os aspectos formais dos documentos que lhes são submetidos<sup>545</sup>. Ainda que essa análise não compreenda os aspectos materiais dos atos societários, perante terceiros forma-se uma aparência de regularidade que produz efeitos<sup>546</sup>.

Uma das funções do Registro Público de Empresas é dar “*garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das sociedades*”

---

<sup>543</sup> TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.10.183966-0/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, julgamento em 05.10.11.

<sup>544</sup> “*Noutras palavras, se durante anos e em assembleias anteriores o condômino admitiu como válida a convocação mediante envio de circular e afixação nos elevadores, a despeito da convenção prever em seu art. 6º que seriam por carta registrada ou protocolo (f. 22-TJ), não pode agora invocar nulidade desta prática, principalmente quando comprovado que compareceu às reuniões anteriores cuja convocação se deu desta mesma forma. Em resumo, deve ser prestigiada a boa-fé nas relações contratuais e o comportamento reiterado das partes, pelo que, se durante anos as assembleias eram convocadas desta forma e o apelante nunca a isso se opôs, não é agora que deve ser considerada inválida uma assembleia realizada, cuja convocação de se deu da mesma forma que as demais e era plenamente admitida como válida pelos condôminos. Registre-se que em convocações de forma idêntica a ora questionada o apelante compareceu normalmente, conforme f. 53/58-TJ*”. TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.10.183966-0/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, julgamento em 05.10.11.

<sup>545</sup> “**Art. 40, Lei nº 8.934/94** - Todo ato, documento ou instrumento apresentado a arquivamento será objeto de exame do cumprimento das formalidades legais pela Junta Comercial. § 1º Verificada a existência de vício insanável, o requerimento será indeferido; quando for sanável, o processo será colocado em exigência”.

<sup>546</sup> “(...) a nulidade ou anulação de uma modificação estatutária (devidamente arquivada e publicada) não pode ter eficácia retroativa quanto aos terceiros; estes, com efeito, agindo com a sociedade, tinham o direito de confiar na legalidade das suas deliberações, vistos que estas foram, justamente quanto à sua legalidade, verificadas pela autoridade competente”. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 559-560.

*empresárias*”<sup>547</sup>, de modo que podem servir, inclusive, de norte na escolha de terceiros para celebrar determinados negócios.

Menezes Cordeiro afirma que o registro comercial destina-se a tornar de conhecimento do público os atos comerciais. Uma vez publicados, todos sabem que daqueles atos decorrerão situações jurídicas inevitáveis, pela força da fé pública. Assim, não tem simples eficácia informativa, mas concretas, processual e substancialmente<sup>548</sup>.

Segundo o autor, o primeiro efeito do registro é o presuntivo, que se manifesta de duas maneiras. Primeiro, o ato que deveria ser registrado e não o foi não gera todos os seus efeitos. Segundo, e mais importante para este estudo, o ato indevidamente ou incorretamente registrado pode produzir efeitos, tal como emerge da aparência registral<sup>549</sup>. Ou seja, presume-se que existe determinada relação naqueles exatos termos em que ela é definida<sup>550</sup>. Desse modo, a nulidade do ato é inoponível a terceiros de boa-fé<sup>551</sup>.

Ao tratar das regras de registro do direito comercial português, comenta dispositivo normativo que tutela a confiança de terceiros, dispondo expressamente que a declaração de nulidade ou a anulação de deliberações sociais não prejudica os direitos adquiridos por terceiros de boa-fé. Afirma o autor que as deliberações sociais estão sujeitas a registro e não se pode exigir de terceiros que, ao contratarem com a sociedade, indaguem sobre a existência ou não de alguma ação de invalidação de alguma deliberação que se relacione com o negócio que está tratando com a sociedade.

---

<sup>547</sup> “**Art. 1º, Lei nº 8.934/94 - O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, subordinado às normas gerais prescritas nesta lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais, com as seguintes finalidades: I - dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta lei**”.

<sup>548</sup> “O registro comercial assenta na actividade de um serviço público expressamente destinado a publicitar, junto do público interessado, a ocorrência de actos comerciais. Publicitados tais actos, todos sabem, de antemão, que daqueles decorrerão situações jurídicas inevitáveis. Trata-se de um produto especialmente credível: há fé pública. Além disso, o registro é - ou tende a ser - obrigatório: nem sequer queda, em particular, um juízo de idoneidade ou de conveniência. Em suma: tudo isto explica que o registro comercial não se quede por uma mera eficácia informativa. Ele antes assume consequências concretas, a nível processual e a nível substantivo.” CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*, I volume: das sociedades em geral, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 532.

<sup>549</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*, I volume: das sociedades em geral, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 533.

<sup>550</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*, I volume: das sociedades em geral, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 533.

<sup>551</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito das Sociedades*, I volume: das sociedades em geral, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 537.

Sobre a questão, cita-se o julgamento da Apelação nº 0197901-85.2011.8.19.0001<sup>552</sup> pelo TJRJ, nos autos de um embargos à execução opostos por Fernando de Albuquerque (embargante) contra KXYZ Tecnologia e Informação S/A (embargada). Em execução de título contra sociedade da qual o embargante era sócio (sociedade), após a desconsideração da personalidade jurídica, ele foi citado. Então alegou sua ilegitimidade passiva para figurar como executado, vez que deixou de ser sócio três anos antes da formação do título.

Ocorre que a embargada, exequente, baseou-se em certidão emitida pela Junta Comercial em que ainda constava o nome do embargante no quadro societário o que, nos termos do desembargador, “*conferiu ao exequente a segurança necessária para deslocar a ação executiva com o fim de atingir o embargante*”.

Foi a falta de atualização das informações, de responsabilidade do embargante, que causou o problema e, segundo o desembargador, “*em consonância com o princípio da fé pública dos Registros Públicos não poderia ser imaginado pelo exequente*”. Reconheceu-se a ilegitimidade do embargante, mas não foi eximido de sua obrigação de comprovar sua saída da sociedade e atualiza-las perante a Junta Comercial.

Assim, não procede a afirmativa dos autores de direito societário de ser necessária uma teoria especial das invalidades, apartada do direito civil, em face da necessidade da proteção de terceiros que confirmam na regularidade dos atos societários registrado no Registro Público de Empresas<sup>553</sup>. Em se tratando de ato já registrado, a proteção é ainda maior e muito menos questionável, tendo em vista a presunção de veracidade e validade que o registro produz, conforme já apresentado.

Porém, importante ressaltar, conforme observa Hamid Charaf Bdine Júnior, que essa proteção a terceiros de boa-fé não é absoluta, justificável por si só. Como

---

<sup>552</sup> TJRJ, Apelação nº 0197901-85.2011.8.19.0001, Rel. Des. Gilberto Dutra Moreira, julgamento em 07.10.13.

<sup>553</sup> “*Essa diferença de regime com relação ao direito comum justifica-se em face do interesse na estabilidade das deliberações da companhia, aliado à tutela do interesse de terceiros, que com ela contratam confiando na regularidade do arquivamento de seus atos constitutivos e subsequentes alterações, fiscalizado pelo Registro do Comércio, conforme ensinamento de Ascarelli*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Anulação de assembleia de transformação de S/A*. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 262.

qualquer princípio, no momento de sua aplicação deve ser ponderado com os demais princípios e interesses em questão, devendo sobressair os de maior valor<sup>554</sup>.

O mesmo cuidado deve ser tomado com relação aos atos societários publicados. Vivante, no estudo das deliberações assembleares, afirma que se foi publicada uma deliberação que alterou o ato constitutivo da companhia e posteriormente aquela foi anulada, deve também ser publicada essa anulação, para ciência daqueles que tomaram conhecimento da alteração anterior. Defende, inclusive, que o administrador que demorar em cumprir essa obrigação deve ser punido<sup>555</sup>.

### 3.5.3.4 – Interpretação restritiva das normas de invalidade

Salienta Eizirik<sup>556</sup>, na linha da maioria dos autores comercialistas, que o ordenamento brasileiro, nas questões de nulidade, encontra-se atrasado em relação à tendência mundial e em desacordo com as exigências do direito societário.

Segundo o autor, o ideal, como já fazem alguns ordenamentos, é tratar os vícios das deliberações sociais e da constituição das companhias de maneira a harmonizar os interesses dos sócios com o *“funcionamento e certeza da atividade social, enumerando as hipóteses de invalidade, os sujeitos legitimados à impugnação, os prazos (mais curtos) para a sua propositura, bem como a possibilidade de correção das deliberações tomadas”*<sup>557</sup>.

---

<sup>554</sup> “O autor italiano [Alberto Trabucchi] alerta para a necessidade de se estabelecer limites à tutela da confiança e da aparência e invoca exemplo de nulidade fundada em violência ou falsidade em que não se justifica a prevalência do interesse do terceiro em prejuízo do interesse da vítima do negócio inválido. A observação é relevante. De fato, a tutela da confiança, assim como a dos interesses dos envolvidos nos contratos eivados de vício ou ilegalidade, só pode ser assegurada se houver um valor soberano que a justifique. Não se pode, antecipadamente em caráter absoluto, consagrar a invalidade ou a validade do contrato do negócio sem confrontar os valores a proteger: validar ou invalidar o negócio ou prestigiar seus efeitos são questões a serem solucionadas sempre tendo em conta os valores e princípios envolvidos no conflito”. BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 126.

<sup>555</sup> “Se a deliberação tiver provocado uma alteração no ato constitutivo que já tivesse sido publicada, deverá ser publicada também a parte da decisão que retira os respectivos efeitos: havendo demora em fazê-lo, os administradores devem ser punidos” (tradução livre da autora). No original: “Se la deliberazione avesse introdotto un cambiamento nell’atto costitutivo e il cambiamento fosse stato già pubblicato, dovrà pubblicarsi altresì il dispositivo della sentenza che gli toglie ogni effetto: ogni ritardo degli amministratori nel farlo sarebbe punito”. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, vol. II. Milão: Francesco Vallardi, 1923, p. 260.

<sup>556</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, vol. III, p. 583-584.

<sup>557</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, vol. III, p. 583.

Foi nesse sentido que se deu a reforma do Código Civil italiano de 2003. No Direito Comunitário Europeu, por sua vez, buscou-se limitar os casos de nulidade das deliberações para conservar os negócios jurídicos.

Diante disso, torna essencial o cuidado na maneira de interpretar as regras sobre invalidade. Segundo Eizirik, a interpretação das regras de invalidade devem ser sempre restritiva, de modo a proteger a atividade empresária e evitar os conflitos decorrentes da anulação de assembleia geral e suas deliberações. Assim, afirma que os aplicadores da lei deve sempre privilegiar as normas que permitam a preservação da atividade empresarial para que, sempre que possível, possam sanar as irregularidades. Por esse motivo, conclui que não cabe a teoria das invalidades do direito civil para o societário<sup>558</sup>.

Tem razão o autor ao defender regras mais restritivas de interpretação para as invalidades em matéria societária. Porém, conforme visto na nova leitura das invalidades feita pelos civilistas, é exatamente isso que se propõe para o direito civil. A grande preocupação atual é amenizar ao máximo os rigorismos de certas normas de invalidade, mitigando o quanto possível a eliminação retroativa de efeitos e alargando sempre a possibilidade de extinção de invalidades, devendo a interpretação e aplicação das normas privilegiar sempre a segurança jurídica, a estabilidade das relações, a manutenção dos atos praticados e efeitos surtidos, bem como a boa-fé das partes e de terceiros.

É o que anota Kliemann, ao afirmar que a doutrina civilista reconhece tranquilamente que o Código Civil de 2002 “*elegeu o princípio da manutenção do negócio jurídico como valor a ser protegido, claramente optando pelo caráter de excepcionalidade às hipóteses de desfazimento do negócio*”<sup>559</sup>.

O civilista Del Nero declara, nesse sentido, que se existirem duas ou mais regras jurídicas dispendo sobre determinado negócio jurídico e uma dela permita que

---

<sup>558</sup> “A interpretação das normas que tratam do regime das invalidades dos atos praticados pelas companhias **deve ser sempre restritiva**, visando a resguardar a atividade empresarial e a limitar as lides temerárias de anulação de assembleia e de deliberações nela adotadas. Incumbe aos aplicadores da lei **privilegiar, na interpretação de tais normas, aquelas mais consentâneas com a preservação da atividade empresarial, de sorte a permitir, sempre que possível, a sanção das irregularidades**. Tal orientação ganha maior importância entre nós pelo fato de não prever a Lei das S.A. um percentual mínimo de ações para impugnação de deliberações, o que incentiva a atuação de litigantes profissionais. (...) Daí decorre que não cabe a ‘importação’ da teoria das nulidades desenvolvida no Direito Civil para o Direito Societário”. (original sem negrito) EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, vol. III, p. 584.

<sup>559</sup> KLIEMANN, Ana Carolina. *O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 7, n. 26. Rio de Janeiro: Padma, 2006, p. 4.



o negócio valha e as outras imponham sua nulidade, é a primeira que deve prevalecer<sup>560</sup>.

Também nessa linha é a manifestação de Schmiedel, ao determinar que a “*salv guarda nos negócios jurídicos*”, que consiste em buscar o máximo de sua eficácia e o mínimo da sanção de nulidade é a ideia essencial do princípio da conservação<sup>561</sup>.

Não é outro o entendimento do STJ. Nos termos do ministro Sidnei Beneti, é preferível “*a interpretação que evita a anulação completa do ato praticado*”<sup>562</sup>, com fundamento no princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Mais uma vez, amplamente compatível a teoria civilista com o direito societário.

### **3.5.3.5 - Mecanismos práticos do princípio da conservação**

Após determinar as ideias gerais do princípio da conservação e seus desdobramentos, importante verificar alguns dos mecanismos que o direito civil criou para aplica-lo, que podem ser também utilizados no âmbito do direito societário.

São as chamadas medidas sanatórias, conceituada de maneira ampla por Schmiedel como determinados instrumentos jurídicos que visam resguardar a manifestação de vontade das partes, preservando-a da deficiência que contamina o ato e que o tornaria inválido<sup>563</sup>. São meios de aproveitar o ato e seus efeitos, consolidados abaixo:

---

<sup>560</sup> “(...) *entre duas ou mais regras jurídicas, uma das quais permite que o negócio jurídico resultante da sua incidência valha e a outra ou as outras só o fariam nulo, só aquela incide*”. DEL NERO, João Alberto Schutzer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 259-260.

<sup>561</sup> “*A salv guarda do negócio jurídico, ou seja, o fato de se aproveitar o mínimo dos elementos constitutivos do suporte fático para obtenção do máximo de eficácia, é a ideia essencial contida no princípio da conservação. Mediante o aperfeiçoamento de tais elementos supre-se o defeito que inquinava o negócio jurídico e impede-se que seja fulminado com a sanção da nulidade, do que decorre a eficácia pretendida*”. SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, 2. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 41.

<sup>562</sup> STJ, Recurso Especial nº 1.106.625/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgamento em 16.08.11.

<sup>563</sup> “*As medidas sanatórias são instrumentos jurídicos destinados a salvaguardar a manifestação de vontade das partes, preservando-a da deficiência que inquina o ato, tornando-o nulo ou anulável. A expressão que diz respeito, em especial, àquelas medidas que visam ao aproveitamento do negócio, mediante seu aperfeiçoamento, seja pela confirmação do anulável, seja pela preservação parcial do ato nulo, seja pela redução ou, ainda, pela conversão de um negócio em outro*”. SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, 2. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 60.

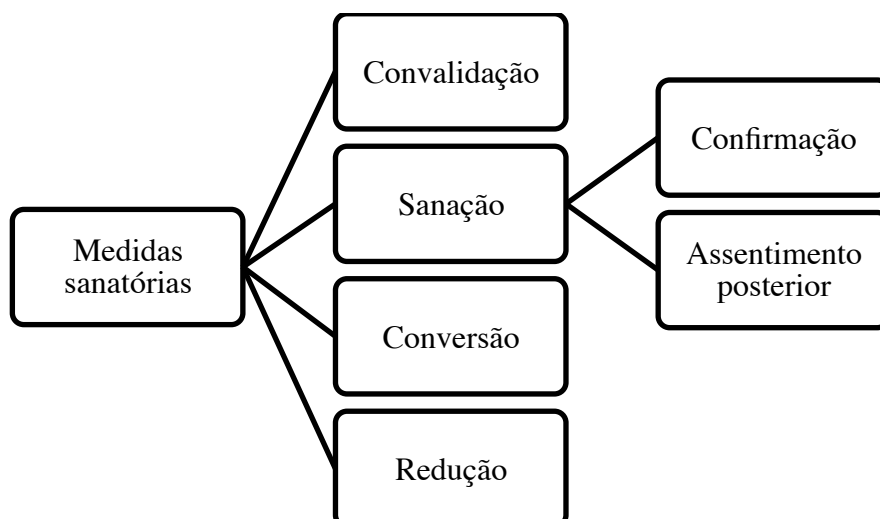


Figura 3 – Medidas sanatórias

### 3.5.3.5.1 - Convalidação

O primeiro deles, convalidação, convallescência ou convallescimento, é a extinção da invalidade pelo simples decurso do tempo, sem qualquer declaração de vontade ou nenhuma outra ação humana. Nos termos de San Tiago Dantas, convallescência é a “*consolidação do ato pelo decurso do tempo, sem que a parte prejudicada venha a pedir anulação*”<sup>564</sup>. É totalmente involuntária, ocorre até mesmo contra a vontade das partes.

Para os atos anuláveis, a lei determina os prazos em que devem ser impugnados os atos, sob pena de serem convalidados. É o que ocorre com as deliberações assembleares e do conselho de administração, transcorrido o prazo de sua impugnação judicial<sup>565-566</sup>.

Para os atos com defeito ensejador de nulidade, em regra, não corre a prescrição ou decadência. O art. 169, CC, dispõe expressamente que os negócios nulos não se convalidam pelo decurso do tempo<sup>567</sup>, o que, segundo Hamid Charaf Bdine Júnior, contraria a tendência que vinha predominando no sentido da

<sup>564</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito*. Parte geral. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1942-1945, p. 335.

<sup>565</sup> Há, porém, inconveniente lembrado por Menezes Cordeiro: “*Todavia: uma vez tentada, a ação de invalidação poderá pender durante anos, com tudo o que isso representa de incerteza e de publicidade negativa para a sociedade e os seus sócios*”. CORDEIRO, António Menezes. *SA: Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 235.

<sup>566</sup> Sobre o prazo decadencial de impugnação das deliberações do conselho de administração, cf. item 4.6.

<sup>567</sup> “*Art. 169, CC - O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo*”.

prescritibilidade do negócio nulo, que melhor atende ao interesse público pela segurança e estabilidade jurídica<sup>568</sup>.

Porém, a impossibilidade de convalidação não é uma regra invariável para todas as hipóteses de nulidade. Excepcionalmente, a lei determina expressamente hipóteses em que o ato nulo se sujeita à decadência.

Dentre essas hipóteses, encontra-se o art. 48, parágrafo único, que enuncia a decadência do direito de impugnar as decisões tomadas pelos órgãos de administração coletiva das pessoas jurídicas, quando presentes, mesmo se eivadas de nulidade (no caso de simulação). Neste dispositivo enquadram-se as deliberações do conselho de administração.

### 3.5.3.5.2 - Sanação

A segunda modalidade de extinção das invalidades, denominada sanação, ocorre em decorrência da atuação da vontade humana em corrigir aquele defeito. Por meio dela, há manifestação de vontade expressa ou tácita das partes, que preenchem o suporte fático do ato anulável, que passa a ser, desde o início, válido<sup>569</sup>. Decorre da “*consciência e a vontade de considerar o ato como válido, sabendo-se de sua invalidade*”<sup>570</sup>. A sanação pode ocorrer de duas maneiras: pela confirmação ou pelo assentimento posterior.

Confirmação<sup>571</sup> é negócio jurídico unilateral que opera por meio de uma manifestação de vontade, expressa ou tácita<sup>572</sup>. Nos termos de Menezes Cordeiro, compatíveis com o direito brasileiro, trata-se de “*instituto pelo qual o beneficiário*

<sup>568</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

<sup>569</sup> SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, 2. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 64.

<sup>570</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 270-271.

<sup>571</sup> “*Art. 172, CC - O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro*”; “*art. 173, CC - O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo*”; “*art. 174, CC - É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava*”.

<sup>572</sup> “*A confirmação do ato anulável constitui, em essência, negócio jurídico unilateral. Basta a manifestação de vontade, expressa ou tácita (arts. 173 e 174 do Código Civil, respectivamente) daquele que tem a legitimação para alegar a anulabilidade no sentido de confirmar o negócio jurídico anulável, independentemente da aceitação do outro figurante do negócio. Trata-se, portanto, de manifestação não receptícia de vontade. nada impede, no entanto, que seja realizada por meio de negócio jurídico bilateral. No entanto, se é expressa, o negócio jurídico da confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e vontade expressa de mantê-lo (Código Civil, art. 173)*”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 278.

*de uma anulabilidade decide sanar o negócio atingido, através de uma declaração a tanto dirigida*<sup>573</sup>. É uma opção do interessado, conforme aponta o autor, que poderia extinguir o negócio contaminado, mas decide, ao contrário, confirma-lo, dando fim ao vício que o atingia<sup>574</sup>.

Poderia ocorrer no caso de assembleia geral, reunião ou deliberação anulável, posteriormente ratificada por seus membros, mecanismo já aceito pela jurisprudência. É o que se nota, por exemplo, no julgamento da Apelação nº 1.0024.08.991954-2/005<sup>575</sup> pelo TJMG, nos autos de uma ação em que se pleiteava invalidação de uma deliberação de assembleia geral de condomínio edilício, tomada em desrespeito ao quórum convenção do condomínio. No caso, o desembargador reconheceu a possibilidade de sanção posterior do vício por meio de outra assembleia<sup>576</sup>.

Ainda que já proposta a ação de invalidade, as deliberações do conselho de administração anuláveis podem ser posteriormente confirmadas por outra, mediante aplicação desse instituto, ou por aplicação do art. 285, da LSA.

Diante do questionamento se a assembleia geral poderia sanar um deliberação do órgão administrativo, a resposta é negativa, por representar uma invasão de competência. Pode, entretanto, como reconhece a doutrina, não reconhecer sua eficácia, se o órgão administrativo agiu fora de suas atribuições legais<sup>577</sup>.

Porém, o STJ e os tribunais reconhecem a possibilidade de confirmação pela assembleia geral de uma deliberação do conselho de administração quando este se pronuncia sobre matéria de competência do órgão dos acionistas. Por exemplo, no julgamento do Recurso Especial nº 704.975/SP<sup>578</sup>, o relator Massami Uyeda

<sup>573</sup> CORDEIRO, António Menezes *Da confirmação no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2008, p.13.

<sup>574</sup> “(...) *um interessado - em regra: a pessoa prejudicada pelo vício - dispõe do poder de provocar o desaparecimento do negócio atingido. Mas admite-se a opção inversa: a de o mesmo interessado preferir confirmar o negócio jurídico, pondo cobro à fragilidade que o enfermava*”. CORDEIRO, António Menezes *Da confirmação no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 13.

<sup>575</sup> TJMG, Apelação nº 1.0024.08.991954-2/005, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, julgamento em 02.02.12.

<sup>576</sup> “(...) *a nulidade das deliberações assembleares, quando empreendidas em desobediência ao quorum qualificado exigido na convenção do condomínio edilício, possui caráter nitidamente relativo, visto que tal vício pode ser facilmente sanado, através de simples votação ulterior, da qual participe o número suficiente de condôminos*”. TJMG, Apelação nº 1.0024.08.991954-2/005, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, julgamento em 02.02.12.

<sup>577</sup> “(...) *Por fim, e segundo modesto Carvalhosa, ‘não tem a Assembleia Geral legitimidade para declarar as nulidades das deliberações tomadas pelo Conselho de Administração, dentro dos limites de competência deste, ainda que, no mérito ou na forma, sejam contrárias à lei ou ao estatuto. Terá a assembleia geral, no entanto, a prerrogativa de declarar ineficaz qualquer deliberação do Conselho de Administração fora de sua competência (art. 139)’*”. LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312.

<sup>578</sup> STJ, Recurso Especial nº 704.975/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgamento em 19.08.08.

concordou com o acórdão recorrido do TJSP que entendeu que a deliberação dos conselheiros a respeito de sua própria remuneração era *nula* por fraude à lei, mas que poderia ser *convalidada* pela assembleia geral<sup>579</sup>.

Em segundo lugar, existe a possibilidade do assentimento posterior para os atos anuláveis<sup>580</sup>. Se um ato foi realizado sem assentimento de alguém que o deveria ter dado, como é o caso dos pais, tutores e curadores para atos realizados por seus filhos, pupilos e curatelados, bem como a hipótese da outorga do marido ou da esposa em alienação de imóveis, pode aquele legitimado dar seu assentimento posteriormente, eliminando-se o defeito.

Poderia ser o caso, por exemplo, de um conselheiro que vota no lugar de outro sem procuração: o voto pode ser posteriormente confirmado pelo titular do voto, legitimado a votar, tornando-o válido.

Marcos Bernardes apresenta a diferença entre essas espécies de sanção. Apesar de se assemelharem com relação ao efeito, que é remover o vício que contamina o ato, se diferenciam porque a confirmação é ato realizado pelo próprio figurante do negócio, titular do direito, ao passo que o assentimento é dado por pessoa que não pratica o negócio, apesar de ser integrante dele<sup>581</sup>.

Os atos nulos não podem ser sanados, conforme determina expressamente próprio Código Civil<sup>582</sup>. Porém, diante de um negócio nulo que tenha produzido efeitos que se deseja resguardar, utiliza-se do mecanismo da repetição.

Por meio dela, as partes realizam novo negócio jurídico, com os mesmos objetivos do anterior, mas, dessa vez, eliminando-se os defeitos. A repetição não corrige o negócio anterior, tornando-o válido, mas cria outro, novo e perfeito. Por isso não se trata de uma medida sanatória.

---

<sup>579</sup> Excerto do voto do relator, que cita a decisão de segunda instância: “A deliberação é, portanto, nula de pleno direito, por fraude à lei. (...) Para que fosse possível cogitar da convalidação, seria preciso que a Assembléia Geral, como titular do direito subjetivo universal de anulabilidade, se pronunciasse, deliberando especificamente sobre a confirmação em cognição adequada, isto é, com a questão do vício comprometedor entrando em pauta de votação de aberta”. STJ, Recurso Especial nº 704.975/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgamento em 19.08.08.

<sup>580</sup> “Art. 176, CC - Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente”.

<sup>581</sup> “A concessão posterior do assentimento se parece com a confirmação apenas porque tem o mesmo efeito de remover a anulabilidade que inquina o negócio jurídico. são substancialmente diferentes porque a confirmação é ato próprio do figurante do negócio, que é titular do direito, enquanto aquele que dá o assentimento apenas integra o negócio, sem praticá-lo”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 281.

<sup>582</sup> “Art. 169, CC - O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”.

A repetição tratará de criar “*negócio jurídico novo, que não guarda relação com o anterior. Não há, a rigor, sanção da nulidade. Não há confirmação do negócio jurídico nulo*”<sup>583</sup>. Na lição de Marcos Bernardes, é “*como se o negócio jurídico nulo que se repete jamais houvesse existido*”<sup>584</sup>. Porém, é possível que sejam confirmadas as obrigações já adimplidas em decorrência do negócio nulo, evitando, assim, a necessidade de se apagar todos os efeitos já produzidos.

Como afirma Hamid Charaf Bdine Júnior, o negócio nulo gera reflexos significativos que precisam ser protegidos, para assegurar valores mais importantes ao sistema jurídico e social, bem mais dignos de reconhecimento do que qualquer norma que subtraia efeitos deles decorrentes<sup>585</sup>.

As partes celebrarão o novo negócio e declararão que aquelas obrigações que cumpriram fazem parte, na verdade, daquele novo negócio que ora celebram, integram a eficácia deste<sup>586</sup>.

Assim, há a possibilidade de que um negócio celebrado em substituição a um ato nulo anterior possa prever a retroatividade de seus efeitos para a data da celebração do primeiro, se a razão que justificava a nulidade foi superada<sup>587</sup>.

Segundo Marcos Bernardes, exclui-se a possibilidade da repetição de negócios nulos quando ele tiver por causa: “*(a) a ilicitude, imoralidade ou impossibilidade jurídica do objeto, (b) violação, direta ou indireta, de norma jurídica que, nessas espécies, a insanabilidade é absoluta*”<sup>588</sup>.

É o que se propõe para as deliberações dos órgãos sociais. Diante de uma deliberação do conselho de administração que contenha vício ensejador de nulidade, é possível que o órgão providencie nova reunião para que seja tomada deliberação, no

<sup>583</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

<sup>584</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

<sup>585</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205.

<sup>586</sup> “*Se (...) os figurantes declaram confirmar obrigações já adimplidas em decorrência do negócio nulo, deve-se ter tal declaração como se referida à ratificação de obrigações cumpridas antes do negócio jurídico, as quais se integram à eficácia do novo negócio. Tudo se passa como se antes da conclusão do negócio jurídico obrigações que dele resultariam fossem executadas pelos figurantes (por exemplo, o comprador que paga o preço, ou parte dele, antes do negócio concluído)*”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

<sup>587</sup> “*Um negócio celebrado em substituição ao nulo que o antecedeu pode prever a retroatividade de seus efeitos para o momento da realização do primeiro, desde que superada a razão que justificava o nulo*”. BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

<sup>588</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

mesmo sentido da anterior, mas dessa vez sem os defeitos da anterior. Isso é possível ainda que já tenha sido proposta ação de invalidade impugnando essa deliberação.

Aliás, a própria LSA permite a prerrogativa, conforme interpretação doutrinária do parágrafo único do artigo 285, aplicável para qualquer deliberação de qualquer órgão da companhia<sup>589</sup>.

### 3.5.3.5.3 - Conversão

Outro mecanismo é a conversão<sup>590</sup>, prevista no art. 170, do Código Civil<sup>591</sup>, sem correspondente no Código de 16. Del Nero apresenta como função dessa medida conferir eficácia a um ato que, a princípio, não poderia produzir efeitos<sup>592</sup>.

Trata-se de aproveitar todas as partes válidas de um ato inválido e transformar aquele conjunto em outro ato, que seja válido<sup>593</sup>. É uma espécie de mudança de *tipo*, *categoria jurídica* ou *qualificação jurídica*<sup>594</sup>.

<sup>589</sup> Conforme já enunciado nesta pesquisa, a doutrina entende que a prerrogativa do parágrafo único do art. 285 aplica-se para qualquer deliberação de qualquer órgão da companhia: “*O parágrafo único do artigo 285 da Lei nº 6.404/76 refere-se aos ‘atos constitutivos’ da companhia, mas a doutrina e a jurisprudência enunciam o princípio por referência a todos os atos dos órgãos sociais porque (a) os atos constitutivos compreendem (no caso de companhia constituída por assembleia) a assembleia de constituição; e (b) as mesmas razões que explicam a norma em relação à assembleia de constituição existem em todas as espécies de assembleia geral e de deliberações dos demais órgãos sociais*”. LAMY FILHO, Alfredo. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*, vol. II: Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 700.

**No mesmo sentido:** “(...) *é ampla a possibilidade de sanção das deliberações anuláveis, inclusive depois da propositura de ação anulatória, que, com a ratificação do ato viciado agora expurgado do defeito de que padecia, perderá objeto - ou, para usar a melhor linguagem técnica, será extinta por perda superveniente de interesse processual. Essa compreensão decorre da aplicação analógica da regra do parágrafo único do artigo 285, da LSA, proposta pela melhor doutrina*”. TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 288.

<sup>590</sup> A conversão não é hipótese de sanção pelos motivos expostos por Marcos Bernardes: “(a) *a sanção constitui negócio novo que preenche deficiência do negócio inválido. Na conversão não há ato novo; há aproveitamento de elementos de suporte fático destinado a um negócio na concretização de outro. (b) Pela sanção desaparece a invalidade do negócio jurídico; torna-se válido o que era inválido. Na conversão a invalidade do ato continua a existir. O negócio em que se converte é que é válido.*” MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 300.

<sup>591</sup> “**Art. 170, CC** - *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*”.

<sup>592</sup> “(...) *a finalidade da conversão do negócio jurídico consiste na atribuição ou no reconhecimento de alguma eficácia ao negócio jurídico, prima facie ineficaz lato sensu*”. DEL NERO, João Alberto Schutzer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 352.

<sup>593</sup> Alguns autores indicam como espécies de conversão a formal e a substancial. A formal seria aplicada nos casos em que o mesmo ato pode obter várias espécies, como é o caso do testamento, que pode ser público, cerrado, etc. Trata-se, em qualquer destas espécies, da mesma categoria jurídica: testamento. Nessa hipótese, se é feito determinado testamento, inadequado para a espécie escolhida, mas válido para outra, converteria-se uma na outra. Porém, certos autores, como Marcos Bernardes,

Por vezes, os agentes realizam atos que não correspondem exatamente ao que desejavam realizar, por conter determinado vício, mas, o ato praticado, em sua parte válida, pode corresponder a um outro tipo de ato. Este, sim, com todos os seus elementos de existência e requisitos de validade presentes, sendo, então, nele convertido.

Marcos Bernardes afirma que aproveita-se o ato inválido para buscar o mesmo fim inicialmente desejado, a exemplo da nota promissória que pode converter-se em confissão de dívida, caso não satisfeitos os requisitos daquele título de crédito<sup>595</sup>.

Esse expediente é possível porque, conforme explica Humberto Theodoro, “*um mesmo suporte fático pode apoiar diferentes negócios, conduzindo, por vias distintas, ao mesmo resultado prático, no todo ou em parte*”<sup>596</sup>. Se os atos realizados não se adequa perfeitamente a certa categoria, pode adequar-se validamente a outra, que produz efeitos iguais ou aproximados daqueles que se pretendia. Nesse sentido, Pontes de Miranda define que a conversão é o aproveitamento no suporte fático que não bastou a um negócio jurídico, mas é suficiente para outro<sup>597</sup>.

Atualmente, já se reconhece a possibilidade de conversão do ato nulo, expressamente prevista no art. 170, do Código Civil.

reconhecem como conversão propriamente dita apenas a substancial, pois, alterando-se apenas a forma, não se deu nova qualificação ao ato jurídico. Conversão substancial, por sua vez, refere-se ao conteúdo do ato em si, e não apenas à forma. Exemplos apontados por Marcos Bernardes seria a compra e venda nula, que poderia se converter em promessa de compra e venda; a constituição de sociedade eivada de defeito causador de nulidade, que poderia então ser convertida em outro tipo societário para cuja validade aquele defeito não seria comprometedora; e o título de crédito nulo por falta de requisitos essenciais ser convertido em confissão de dívida. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 297.

<sup>594</sup> “(...) qualificação jurídica de um fato nada mais é que o resultado de uma certa atividade, lógica e axiológica, em que, mediante a comparação entre elementos do fato e traços característicos de diversos modelos jurídicos, termina por afirmar-se que o fato ‘corresponde’ a um determinado modelo jurídico”. DEL NERO, João Alberto Schutzer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 31.

<sup>595</sup> “(...) consiste no expediente técnico de aproveitar-se como outro negócio jurídico válido aquele inválido, nulo, para o fim a que foi realizado. Assim, por exemplo, a emissão de uma nota promissória nula por não conter os requisitos formais previstos em lei pode ser convertida em uma confissão de dívida plenamente válida”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 293.

<sup>596</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 538.

<sup>597</sup> “A conversão é o aproveitamento do suporte fático, que não bastou a um negócio jurídico, razão de sua nulidade, ou anulabilidade, para outro negócio jurídico, ao qual é suficiente. Para isso, é preciso que concorram o pressuposto objetivo dessa suficiência e o pressuposto subjetivo de corresponder à vontade dos figurantes a conversão, se houvessem conhecido a nulidade, ou a anulabilidade”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, tomo I. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1954, p. 63.



Não é unânime a concordância da conversão do ato anulável, tendo em vista que para esses atos já admite-se a confirmação, motivo pelo qual não haveria sentido em aplicar-se a conversão. Porém, conforme aponta Marcos Bernardes, nas situações em que não é possível a confirmação pela própria parte que realizou o ato, como é o caso do agente relativamente incapaz, é possível a conversão.

Há, claro, limitação da conversão do negócio jurídico. Não será permitida, por exemplo, se for fundada no ilícito, ou seja, se tiver objetivo prático contrário ao ordenamento<sup>598</sup>. Mas, aplica-se pacificamente a conversão nos atos nulos, por exemplo, por incapacidade do agente ou forma<sup>599</sup>.

#### 3.5.3.5.4 - Redução

A redução é outra modalidade de aplicação do princípio da conservação, disposta no art. 184, do Código Civil<sup>600</sup>.

A nulidade pode ser total ou parcial, conforme o defeito atinja todo o ato ou apenas parte dele. No caso de nulidade parcial, dispõe o art. 184, CC, que a parte válida não será contaminada pela parte inválida, caso sejam separáveis.

Segundo Zeno Veloso<sup>601</sup>, aqui se aplica o princípio da acessoriedade, visto que a obrigação principal for nula, inválida também serão as obrigações acessórias.

Assim, será aplicada a redução quando aproveitar-se a parte válida do ato, eliminando-se aquela inválida. Esclarece o autor que o instituto retira a parte imprestável do ato, que se reduz à válida. Ressalta que nem sempre é possível decotar o negócio, e, ainda, deve ser observada a razoabilidade, a viabilidade econômica e a justiça no momento da sua aplicação<sup>602</sup>.

---

<sup>598</sup> BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209.

<sup>599</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 295.

<sup>600</sup> “**Art. 184, CC** - 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”.

<sup>601</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 111-112.

<sup>602</sup> “É o fenômeno da redução: decota-se a parte imprestável, e o negócio fica reduzido à parte válida. Isto, é claro, se for possível isolar e apartar, se for razoável, economicamente viável e justo segregar o que se apresenta inválido do restante”. VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 112.

### 3.5.4 – Prazos curtos para a impugnação judicial

Outro elemento que se diz caracterizador de uma teoria especial é a necessidade de prazos curtos para a impugnação judicial das deliberações, pela importância de conferir-se estabilidade aos atos societários<sup>603</sup> e evitar que fiquem anos sujeitos “*aos azares decorrentes da eventual propositura de uma ação anulatória*”<sup>604</sup>.

Lobo Xavier, ao comentar o prazo de 20 dias para proposição de ação de anulação das deliberações assembleares, previsto no Código Comercial português, discorre sobre essa necessidade. Segundo ele, é preciso haver obtenção de uma certeza sobre os efeitos das deliberações e de sua estabilidade, pelo fato de afetarem um público muito vasto. Deixar as deliberações por prazo indeterminado ou por um grande período de tempo suscetível a impugnação gera grandes danos à companhia<sup>605</sup>.

Valladão cita prazos de impugnação de deliberações sociais em alguns ordenamentos estrangeiros<sup>606</sup>, que deveriam servir de base para uma reforma na LSA, desatualizada nessa questão.

<sup>603</sup> “O sistema de invalidades, no direito societário, deve apartar-se do direito comum, entre outros pontos, quanto ao prazo de anulação das deliberações, que deve ser drasticamente encurtado, devido à necessidade de estabilidade daqueles atos, que não podem ficar por longo tempo expostos à invalidação, em face dos prejuízos que essas situações de incerteza pode acarretar ao regular funcionamento da empresa societária e, sobretudo, tratando-se de companhias abertas, do mercado de capitais”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações no direito societário italiano*. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 100.

<sup>604</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez de deliberações conexas de companhia*. In: FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 72.

<sup>605</sup> “Como é bom de ver, o regime descrito serve a rápida obtenção de uma certeza – variável embora conforme os casos – quanto à verificação dos efeitos a que tendem as deliberações da assembleia geral e à estabilidade dos mesmos: em breve tempo ficam os interessados – maxime os titulares dos órgãos da sociedade, contra a qual a acção anulatória deve ser proposta – inteiramente seguros a respeito da eficácia do acto (se este não for impugnado) ou, pelo menos, advertidos da possibilidade de tal eficácia vir a ser suprimida (caso o processo respectivo tenha sido efectivamente instaurado). O legislador procurou com isto atender a necessidades práticas que não é difícil compreender. Não se trata só de a certeza e a segurança relativamente às deliberações sociais serem requeridas de modo especial (...) pelo facto de tais actos se mostrarem susceptíveis de afectar um círculo de interessados potencialmente muito vasto – e, nas sociedades anónimas, a cada instante mutável. É que a possibilidade de os efeitos de uma deliberação da assembleia serem postos em causa sem qualquer limite de tempo, ou mesmo durante um prazo muito dilatado, poderia ocasionar os maiores danos à vida da corporação, e designadamente à própria gestão da empresa social”. XAVIER, Vasco da Gama Lobo. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 90-99.

<sup>606</sup> “(...) a AktG alemã de 1965 (tal como fazia a de 1937) prevê o prazo de 1 mês (§ 246,I); o Código das Obrigações suíço de 1911, o prazo de 2 meses (art. 706, n. 4); o Código Civil italiano de 1942, o prazo de 3 meses (art. 2.377); o Código de Sociedades Comerciais português de 1986, o prazo de 30 dias (art. 59º); a Lei de Sociedades Comerciais argentina de 1972, o prazo de 3 meses (art. 251); o Código Comercial boliviano de 1977, o prazo de 60 dias (art. 302); o Código Comercial venezuelano de 1955, o prazo de 15 dias (art. 290); Lei de Sociedades equatoriana de 1977, o prazo de 30 dias (arts. 229 e 291, 1º)”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Lineamentos da Reforma do Direito Societário Italiano em Matéria de Invalidez das Deliberações Assembleares*. In: NOVAES

De fato, é real essa necessidade de prazos menores e devia ser providenciada uma alteração na LSA para diminuir os prazos nelas previstos<sup>607</sup>. Porém, utilizar esse fato como elemento formador de uma teoria especial é inapropriado. Primeiro, porque duração de prazo, por si só, não é suficiente para fundamentar uma teoria especial. Individualizar uma teoria própria de invalidade requer fundamentos muito mais profundos e substanciais.

Segundo, porque essa tendência já se observa no Código Civil. Essa é, aliás, uma necessidade totalmente compatível com o contexto moderno, nos diversos ramos do Direito, inclusive. É inimaginável permitir, por exemplo, que um ato seja impugnado 20 anos após sua realização, como previa o Código de 16 e foi alterado pelo Código de 2002. A redução dos prazos é importante, assim, não só para o direito societário, mas também para o civil e as outras áreas do Direito.

### 3.6 - Sobre o enquadramento do direito societário no direito privado

Outro argumento a favor da aplicação da teoria geral dos fatos jurídicos às deliberações do conselho de administração é que estas são atos jurídicos e, por consequência lógica, se aplicam àquela teoria, que é tratada pelo direito privado, ao qual pertence o direito societário.

Neste momento, talvez surja o questionamento sobre a autonomia do direito comercial, questão antiga, trazida especialmente após a unificação do direito privado pelo Código Civil italiano de 1942<sup>608</sup> e, no Brasil, a introdução do Direito de Empresa

---

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 101, nota 3.

<sup>607</sup> Em uma de suas versões, o atual Projeto de Código Comercial, Projeto de Lei nº 1.572/11, determina um prazo de 6 meses de prescrição para anular ou declarar a nulidade de deliberação da assembleia, contado da sua publicação, e de 6 meses para deliberação de outro órgão da sociedade, contado do conhecimento do prejudicado (“**Art. 178 - Prescreve: I – em seis meses, a pretensão: e) de anular ou declarar a nulidade de deliberação de assembleia geral, contados da publicação da ata; f) de anular ou declarar a nulidade de deliberação de outro órgão societário, contados do seu conhecimento pelo prejudicado**”). Acesso em 30.04.14 Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/ecidadania/visualizacaoconsultapublica?id=81>

<sup>608</sup> “A codificação de 1942 unifica o regime jurídico da atividade econômica, não mais distinguindo entre atos de comércio e atos civil. Nos exatos dizeres de Ascarelli, ‘na codificação de 1942 não há um código comercial separado. Isso deve ser entendido não somente no senso da cessação de um corpo separado de lei (o que tinha um relevo meramente formal), mas sim naquele de uma unificação do direito das obrigações. Não há mais atos de comércio, não há mais contraposição entre ato civil e ato de comércio”. FÉRES, Marcelo Andrade. *Empresa e empresário: do código civil italiano ao novo código civil brasileiro*. In: RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). *Direito de empresa no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 43.

no Código Civil de 2002<sup>609</sup>. Apesar da histórica discussão e da referida unificação formal, o direito comercial é visivelmente um ramo próprio e independente<sup>610</sup>, com objeto e regras próprias<sup>611</sup>.

Ainda assim, o direito comercial pertence ao direito privado<sup>612</sup>, da mesma maneira que o direito civil, e o diploma normativo que regula a teoria geral do direito privado é, principalmente, o Código Civil.

Os atos jurídicos praticados por sociedades são atos jurídicos. Os contratos comerciais, por exemplo, são, antes de tudo, contratos. Sujeitam-se a determinados atributos especiais, mas não deixam de se regular pelas normas gerais dos contratos. Acordos de acionistas, por exemplo, são contratos que, apesar de regras especiais trazidas pela LSA, submetem-se à teoria geral dos contratos<sup>613</sup>. Da mesma maneira,

---

<sup>609</sup> “(...) com o advento do novo Código Civil, cuja intenção foi unificar o direito das obrigações, muitas das questões relativas ao direito comercial foram reguladas neste novo diploma legal, revogando-se a Parte I do Código Comercial Brasileiro, para abranger todo o tipo de atividade negocial, não apenas a mercantil”. BRUSCATO, Wilges. *Os princípios do Código Civil e o Direito de Empresa*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XLIV, nº 139, jul-set, 2005, p. 54-55.

<sup>610</sup> “Não obstante a unificação legislativa, persiste a autonomia didática e científica dos ramos jurídicos carreados ao Código Civil italiano. Assim, subsistem o Direito Comercial, o Direito Civil e o Direito do Trabalho”. FÉRES, Marcelo Andrade. *Empresa e empresário: do código civil italiano ao novo código civil brasileiro*. In: RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). *Direito de empresa no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 46; “Enfim, como bem coloca Waldério Bulgarelli, ‘parece ter ficado claro e suficientemente demonstrado, durante todas as discussões que há tantos anos se travam, em relação à autonomia do direito comercial, que a unificação das obrigações não abalou (...)’ a existência independente deste ramo do Direito”. BRUSCATO, Wilges. *Os princípios do Código Civil e o Direito de Empresa*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XLIV, nº 139, jul-set, 2005, p. 57; “A unidade da vida econômica moderna não permite uma disciplina única, por isso há a dicotomia entre direito civil e direito comercial. Há uma oposição entre os atos de conservação ou gozo dos bens e os atos de produção e de circulação, vale dizer, deve haver um tratamento distinto entre os bens tratados como objeto de propriedade ou de consumo e os bens empregados em um processo produtivo. O direito civil é um direito da produção e do consumo de bens no seu valor de uso, já o direito comercial disciplina a circulação de bens”. TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*, vol. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 25.

<sup>611</sup> “(...) o direito empresarial possui campo próprio e vasto de estudo, havendo princípios e institutos que lhe são característicos. Assim, sua autonomia científica, jurídica ou substancial, é o que de mais importante há em relação ao assunto. Daí as peculiaridades que devem envolver a apreciação judicial de suas questões”. BRUSCATO, Wilges. *Os princípios do Código Civil e o Direito de Empresa*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XLIV, nº 139, jul-set, 2005, p. 56.

<sup>612</sup> “Sabemos que o direito comercial constitui um complexo de normas jurídicas de direito privado que, historicamente, se formou a lareira do direito civil, com base nos estilos criados e constantemente respeitados pelos comerciantes”. REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 31. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 51.

<sup>613</sup> Nesse sentido: LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres*, vol. 2. São Paulo: Editora Singular, 2004, p. 1151; WALD, Arnoldo. *Do descabimento de denúncia unilateral de pacto parassocial que estrutura o grupo societário*. Revista de Direito Mercantil, nº 81, p. 13; BARRETO, Celso de Albuquerque. *Acordos de acionistas*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 37-38; MARTINS, Fran. *Acordos de acionistas: contrato plurilateral*. Revista da Faculdade de Direito, fortaleza, 29, jan-jun de 1988, p. 59.

obrigações dos empresários são, antes de mais nada, obrigações, matéria também do direito privado. Assim, indevida essa segregação exagerada do que não é segregável, o que acaba levando a conclusões inadequadas.

A partir da base em comum, parte-se para as peculiaridades em que vão ser identificadas as diferenças fundamentais entre os dois ramos. A atividade empresária, por sua natureza, caracteriza-se pela constante interação com o mercado<sup>614</sup>, de modo que seus atos merecem uma interpretação para atender a essa realidade, especialmente diante da necessidade de segurança e estabilidade das relações e proteção de terceiros<sup>615</sup>. Porém, essa necessidade, muitas vezes, e cada vez mais, também ocorre com o direito civil e outras áreas do direito.

Além disso, o direito societário, por vezes, apresenta contratos e relações bastante peculiares e típicos, que realmente necessitam de interpretação e tratamento diversos de situações do direito civil<sup>616</sup>. Isso não significa, porém, negar aquela base comum em que eles se fundamentam.

### 3.7 - A sanção administrativa

---

<sup>614</sup> “Na economia contemporânea, não se pode mais conceber a empresa de forma isolada. Essa visão, que a confina nas próprias fronteiras, desliga-a do funcionamento do mercado, reduzindo impropriamente a análise. A adoção dessa perspectiva não permite reconhecer o papel essencial desempenhado pelas *relações estabelecidas entre os entes que atuam no mercado*. A empresa não apenas ‘é’; ela ‘age’, ‘atua’, e o faz principalmente por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas *transações*. Sua abertura para o ambiente institucional em que se encontra é significativa a ponto de parte da doutrina afirmar que ‘[o]s modernos complexos produtivos não são tanto estoque de bens, mas feixes de relações contratuais’. A empresa cristaliza-se em sua atividade de interagir; e *empresa é agente econômico*. É preciso adquirir insumos, distribuir produtos, associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias, a abertura de mercados etc.; tudo exige que se estabeleçam *relações* com terceiros. Essa ação recíproca (empresa - outros agentes) interessa ao direito na medida em que dá à luz a *contratos e, conseqüentemente, a relações jurídicas*”. FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 23-24.

<sup>615</sup> “(...) a interpretação do negócio comercial, sob o ponto de vista do mercado, não pode desconsiderar os pressupostos de funcionamento do sistema (...), especialmente aqueles referentes à boa-fé, aos usos e costumes, custos de transação, necessidade de segurança e previsibilidade para o tráfico, tutela do crédito e, especialmente, que a função econômica do negócio deve pautar sua interpretação”. FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 218.

<sup>616</sup> “Apura a existência de um direito regido por ‘princípios peculiares’, que disciplina as relações dos empresários no mercado, cumpre analisarmos as conseqüências relevantes para a interpretação dos negócios empresariais. Sabemos que interpretar um contrato entre o fornecedor e o distribuidor é diferente de interpretar uma doação do pai para a filha que vai se casar. Ou ainda que o método de exegese de um testamento diverge daquele dos contratos que corporificam uma grande fusão”. FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 218.

Além da sanção judicial de invalidade, que pode ser aplicada apenas pelo Poder Judiciário, mediante ação própria, as companhias abertas ainda estão sujeitas a sanções da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Trata-se de sanção administrativa, por não ser a CVM instância judiciária<sup>617</sup>.

Conforme define sua lei criadora, Lei nº 6.385/76, a CVM é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda<sup>618</sup>. Cabe a ela, dentre outras atribuições<sup>619</sup>, regular as matérias previstas na LSA e na própria Lei nº 6.385/76, que também dispõe sobre o mercado de valores mobiliários, e fiscalizar as atividades e serviços do mercado e a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participam e aos valores nele negociados. Em suma, tem como competência “*disciplinar, regular e fiscalizar*”<sup>620</sup> o mercado de valores mobiliários.

Trata-se de competência bastante ampla, de modo que a CVM fiscaliza diversas atividades de todas as companhias abertas. Algumas delas estão expressamente

---

<sup>617</sup> Nesse sentido, a respeito da invalidade de voto proferido em deliberação assemblear: “*Note-se que há, em geral, dois tipos de sanções possíveis para a hipótese de voto proferido em conflito de interesse: (i) Sanção administrativa a ser aplicada pela CVM que, na sua função de fiscalizar a observância da Lei de Sociedades Anônimas, tem poderes para punir os infratores com as penalidades descritas no art. 11 da Lei nº 6.385/1976.(...); (ii) Sanção civil: anulação e/ou indenização dos danos ocorridos. No que toca a primeira consequência, ressaltamos competir exclusivamente à CVM punir a não abstenção e ao Judiciário anular e, se for o caso, determinar a indenização dos danos*”. BLOK, Marcella. *Conflito de interesses nas sociedades anônimas: critério de apuração formal ou substancial?* Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. Nova Série, ano XLIX, nº 153/154, janeiro/julho, 2010, p. 48-49.

<sup>618</sup> “**Art. 5º, Lei nº 6.385/76** - É instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária”.

<sup>619</sup> “**Art. 8º, Lei nº 6.385/76** - Compete à Comissão de Valores Mobiliários: **I** - regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações; **II** - administrar os registros instituídos por esta Lei; **III** - fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados; **IV** - propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado; **V** - fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório. § 1º O disposto neste artigo não exclui a competência das Bolsas de Valores, das Bolsas de Mercadorias e Futuros, e das entidades de compensação e liquidação com relação aos seus membros e aos valores mobiliários nelas negociados. § 2º Serão de acesso público todos os documentos e autos de processos administrativos, ressalvados aqueles cujo sigilo seja imprescindível para a defesa da intimidade ou do interesse social, ou cujo sigilo esteja assegurado por expressa disposição legal. § 3º Em conformidade com o que dispuser seu regimento, a Comissão de Valores Mobiliários poderá: **I** - publicar projeto de ato normativo para receber sugestões de interessados; **II** - convocar, a seu juízo, qualquer pessoa que possa contribuir com informações ou opiniões para o aperfeiçoamento das normas a serem promulgadas”.

<sup>620</sup> EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; e HENRIQUES, Marcus, *Mercado de Capitais - Regime Jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008. p. 25.

previstas, como as do art. 1º da Lei nº 6.385/76<sup>621</sup>. Outras, porém, estão sujeitas à fiscalização em virtude da abertura do art. 8º. Dessa maneira, é possível que a CVM tenha certa ingerência sobre as deliberações do conselho de administração, fiscalizando as reuniões e deliberações que tenham repercussões no mercado, conforme se depreende do inciso III desse dispositivo, que determina que:

compete à Comissão de Valores Mobiliário: **III - fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários**, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados”; (original sem negrito)

Ao verificar irregularidades, a CVM, por meio de um Processo Administrativo Sancionador (PAS), pode aplicar determinadas sanções previstas na Lei nº 6.385/76, para “*prevenir ou corrigir situações anormais do mercado*”, conforme dispõe o §1º do art. 9º<sup>622</sup>, que elenca algumas das possíveis penalidades. Outras delas estão previstas no art. 11<sup>623</sup>. Do primeiro dispositivo conclui-se que a sanção é aplicada independentemente da existência de dano, pois seu objetivo é normalizar o funcionamento do mercado. Em outras palavras, a sanção administrativa, assim, não tem caráter indenizatório<sup>624</sup>.

<sup>621</sup> “**Art. 1º, Lei nº 6.385/76** - Serão disciplinadas e fiscalizadas de acordo com esta Lei as seguintes atividades: **I** - a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado; **II** - a negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários; **III** - a negociação e intermediação no mercado de derivativos; **IV** - a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Valores; **V** - a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Mercadorias e Futuros; **VI** - a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários; **VII** - a auditoria das companhias abertas; **VIII** - os serviços de consultor e analista de valores mobiliários”.

<sup>622</sup> “**Art. 9º, §1º, Lei nº 6.385/76** - Com o fim de prevenir ou corrigir situações anormais do mercado, a Comissão poderá: **I** - suspender a negociação de determinado valor mobiliário ou decretar o recesso de bolsa de valores; **II** - suspender ou cancelar os registros de que trata esta Lei; **III** - divulgar informações ou recomendações com o fim de esclarecer ou orientar os participantes do mercado; **IV** - proibir aos participantes do mercado, sob cominação de multa, a prática de atos que especificar, prejudiciais ao seu funcionamento regular”.

<sup>623</sup> “**Art. 11, Lei nº 6.385/76** - A CVM pode impor as seguintes penalidades: **I** - advertência; **II** - multa; **III** - suspensão do exercício do cargo de administrador; **IV** - inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, para o exercício dos cargos; **V** - suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta Lei; **VI** - cassação de autorização ou registro, para o exercício das atividades de que trata esta Lei; **VII** - proibição temporária, até o máximo de vinte anos, de praticar determinadas atividades ou operações; **VIII** - proibição temporária, até o máximo de dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários”.

<sup>624</sup> É o que reconhece a doutrina: “(...) Nesse caso, não haveria a real necessidade de se constatar a existência de dano para a aplicação de sanção; bastar-se-ia que o preceito tivesse sido descumprido,

É comum, por exemplo, aplicação de multas pelo descumprimento de suas Instruções Normativas, ou impor a correção de atos em desconformidade com elas, sob pena de ficarem estes irregulares perante a autarquia e, em muitos casos, destituídos de efeito.

---

*já que se trataria de sanção administrativa sem qualquer cunho indenizatório”.* BLOK, Marcella. *Conflito de interesses nas sociedades anônimas: critério de apuração formal ou substancial?* Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. Nova Série, ano XLIX, nº 153/154, janeiro/julho, 2010, p. 48-49.



## CAPÍTULO 4 - OS VÍCIOS DAS DELIBERAÇÕES DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO

Visto o regime jurídico que se aplica ao direito societário e, conseqüentemente, às deliberações do conselho de administração, o próximo passo é verificar que vícios podem acomete-las.

A doutrina comercialista, ao analisar a regularidade da assembleia geral e suas deliberações, costuma dividir em três as espécies de vícios: (i) vícios da própria assembleia, que inclui sua convocação, instalação e quórum deliberativo, (ii) vícios das deliberações, que diz respeito à obediência à lei e ao estatuto quanto ao conteúdo da deliberação e (iii) vícios do voto, que podem acometer a manifestação de vontade de cada membro no momento da emissão do voto<sup>625</sup>. Ou seja, referem-se a cada uma das partes do processo de tomada de decisão. Pela completude desse raciocínio, que abrange todos os possíveis vícios e se aplica sem prejuízo às deliberações do conselho de administração, o mesmo foi utilizado nesta pesquisa.

A regra geral que pode ser estabelecida de imediato é aquela já verificada quando da diferenciação entre nulidade e anulabilidade, tranquilamente aplicável para as deliberações e reuniões do conselho de administração e para a assembleia geral<sup>626</sup>. Inobservado um requisito de validade, é preciso verificar qual o interesse tutelado

---

<sup>625</sup> Nessa linha, Valladão, ao comentar o art. 286, da LSA: “*Para logo se verifica que o legislador confundiu, na referida disposição legal, três espécies diversas de vícios, a saber: (a) vícios da própria assembleia - que pode ter sido irregularmente convocada (ou mesmo, não convocada) ou instalada; (ii) vícios das deliberações - que podem ter sido tomadas, todas ou algumas delas apenas, com violação da lei ou do estatuto; (iii) vícios do voto - que podem ter sido contaminadas por erro, dolo, fraude ou simulação (ou, ainda, pela incapacidade dos votantes, ou pela violação ao disposto no 1º do art. 115, no §1º do art. 134 ou no §2º do art. 228 da Lei de S/A)*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações conexas das companhias*. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 409; No mesmo sentido: “*Os princípios cardiais que regem o funcionamento da assembleia-geral, do ponto de vista de sua existência como tal, de sua regularidade e da validade e eficácia de suas deliberações, estão baseados nos seguintes pontos: (i) convocação, (ii) instalação; e (iii) deliberação*”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 349.

<sup>626</sup> “*(...) 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 emaradas 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*”. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 554-555. No mesmo sentido: “*(...) para se averiguar a natureza do vício que contamina determinada assembleia ou deliberação, importa perquirir o direito ou interesse tutelado pelo legislador. Se a deliberação violar direito ou interesse que extravase a órbita societária, o vício consistirá em nulidade absoluta, salvo quando a lei autorizar a prática do ato, subordinando-o, contudo, ao consentimento ou inação dos interessados, hipótese em que se cuidará de ineficácia*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 117.

pelo ordenamento, ao impor a exigência legal e, conseqüentemente, o interesse violado em cada situação. Via de regra, sendo interesse público, está-se diante de uma hipótese de nulidade. Se o interesse for privado, anulabilidade<sup>627</sup>. Conforme ensina Humberto Theodoro, essas questões serão analisadas no caso concreto: apenas diante da deliberação viciada e visualizado o prejuízo que ela causou é que se pode definir pela espécie da sanção<sup>628</sup>.

#### 4.1 - Vícios das reuniões

Conforme visto, as deliberações do conselho de administração, por seu caráter colegiado, precisam ser tomadas, validamente, segundo um procedimento, sujeito a uma série de regras. Esse procedimento envolve a convocação da reunião, sua instalação e a observância do quórum deliberativo. Nesse tópico serão abordados seus vícios, pressupondo-se a *existência* da reunião<sup>629</sup>.

Segundo abordado, a regularidade do procedimento visa a permitir que cada membro do órgão tenha conhecimento de todas as informações relacionadas à tomada da decisão, como o claro conhecimento da data, hora e lugar da reunião, dos assuntos que serão deliberados e das informações necessárias para votarem de maneira adequada. Ainda, tem como objetivo assegurar que o membro tenha pleno acesso à

---

<sup>627</sup> “Antes de mais nada, porém, é preciso ter em mente um dado fundamental. A Lei nº 6.404/76, seguindo tendência praticamente universal, disciplina tipos diversos de sociedades anônimas: as abertas e as fechadas (...). Ora, conforme adverte Comparato, as diversas disposições específicas, constantes da Lei de S/A, às companhias abertas ou fechadas, parecem demonstrar ‘que se instaurou, em tal matéria, uma verdadeira distinção de natureza entre esses dois tipos de sociedades anônimas. Num deles, predomina o caráter institucional, marcado por disposições de ordem pública, não derogáveis por deliberação dos acionistas, porque tendentes a proteger o interesse coletivo de investidores no mercado de capitais. No outro, prevalece o aspecto contratual, conferindo-se ampla liberdade de estipulação às partes para regular o funcionamento do mecanismo societário, de acordo com os seus interesses particulares. Ao examinar a matéria concernente à invalidade das deliberações, portanto, cumpre sempre observar se se cuida de companhia aberta ou fechada. Mas é óbvio que a ‘ampla liberdade de estipulação’, a que se refere Comparato, é muito relativa, pois existem inúmeras disposições de caráter cogente que se aplicam indistintamente a ambos os tipos de sociedades, notadamente no tocante à sua estrutura”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 87.

<sup>628</sup> “É que uma norma, mesmo sendo de direito privado, ao ser violada pode gerar uma repercussão social, que o legislador valoriza como intensa e, assim, lhe aplica a sanção da nulidade, em lugar da anulabilidade. É, pois, no momento, não da instituição da norma, mas da sua infringência, que se avalia a repercussão e se justifica, na ordem prática, a presença do interesse público ou particular, para aplicar-se a sanção da nulidade ou da anulabilidade”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 424.

<sup>629</sup> A absoluta falta dela foi tratada quando da discussão da inexistência das deliberações (cf. item 3.1.2).

reunião, pessoalmente ou por meio de seu representante. Por fim, a exigência do quórum assegura que cada membro só se vincula à deliberação se ela foi realmente tomada pela maioria. Em última análise, protege o interesse do conselheiro de participar de maneira eficiente do certame e apenas se vincular àquelas deliberações regularmente tomadas<sup>630</sup>.

Em qualquer caso de vício do procedimento da reunião, estão sendo infringidos os interesses daqueles conselheiros existentes à época, tratando-se de clara violação a apenas interesses privados. Tanto é assim que Lucena, ao afirmar que cabe ao estatuto regular as regras referentes às reuniões do conselho de administração, afirma que com exceção das exigências da lavratura do Livro de Atas de Reuniões do Conselho de Administração (art. 100, VI, LSA) e do arquivamento e publicação das atas destinadas a produzir efeitos perante terceiros (art. 142, §1º, LSA), “*tudo o mais, relativo à reunião, é ius dispositivum*”<sup>631</sup>.

Desse modo, todos os vícios de reunião são hipóteses ensejadoras de anulabilidade, conforme defende grande parte da doutrina, especialmente no estudo das assembleias gerais<sup>632</sup>.

A título de exemplo, e com base no que foi apresentado quando da discussão a respeito da validade das deliberações, estaria viciada a reunião (i) se convocada por pessoa ilegítima, por instrumento equivocado, sem obedecer ao prazo previsto no estatuto ou sem dar ciência a cada conselheiro, individualmente e por escrito, da data,

---

<sup>630</sup> Não é preciso que todos eles participem, bastando, para a instalação da reunião, a existência do respectivo quórum. Porém, é essencial que a todos sejam dadas ciência e oportunidade.

<sup>631</sup> LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 298.

<sup>632</sup> Nesse sentido: “*A razão de ser dessa disposição, (...) está, segundo tudo indica, no interesse tutelado pelo legislador. Perante uma determinada assembleia em concreto, na qual houve desrespeito às formalidades legais ou estatutárias relativas à convocação e instalação, não estão em jogo senão interesses dos próprios acionistas à época em que se realizou a reunião. A eles compete, pois, se assim o desejarem, propor a ação anulatória no prazo legal*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 89; “*Mas a lei não faz referência expressa a diversas outras anomalias relativas às formalidades da assembleia e que podem inquirar deliberações ou a própria reunião, tais como: (a) composição da mesa de forma contrária aos estatutos; (b) vedação ao ingresso de acionistas ou seu procurados ao conclave; (c) ausência de divulgação dos documentos obrigatórios; (d) desrespeito à vinculação das deliberações à ordem do dia; (e) inobservância às regras previstas nos §§1º e 2º do artigo 134; (f) aprovação de matérias sem que se tenha alcançado o quorum deliberativo imposto pela lei ou pelo estatuto. (...) entendo que essas hipóteses - e quaisquer outras que tenham a ver com o procedimento de deliberação - são casos de simples anulabilidade*”. (original sem negrito) TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 981-982.

hora, lugar, bem como sem especificar de maneira completa e clara a ordem do dia<sup>633</sup>; (ii) se instalada sem o quórum de primeira instalação previsto no estatuto; (iii) se realizada em local diverso do devido; (iv) quando for negada a participação de algum conselheiro; (v) se não for observada a ordem do dia; (vi) quando não for seguido o quórum legal ou estatutário das deliberações; (vii) quando os documentos relativos às matérias deliberadas não forem disponibilizados em tempo hábil aos conselheiros<sup>634</sup>; e (viii) quando não forem respeitadas outras formalidades previstas no estatuto ou lei<sup>635</sup>.

No julgamento da Apelação nº 1.0702.10.053745-6/006 pelo TJMG, o relator entendeu ser inválida<sup>636</sup> uma reunião de conselho de administração em virtude de um vício de convocação, inclusive, não podendo, por conta disso, subsistir as deliberações nela tomadas. No caso, o estatuto social da companhia determinava que as reuniões do órgão seriam convocadas por escrito, mas extraiu-se dos autos que um dos conselheiros não recebeu a convocação, apenas recebeu ligação telefônica e deu

---

<sup>633</sup> “A convocação é o chamamento oficial dos membros do órgão colegial para se reunirem. Obviamente, não há convocação regular, senão quando atendidas as exigências de legitimidade do poder de convocar, de regularidade de forma e de abrangência universal dos destinatários”. COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 190.

Sobre as deliberações assembleares, cuja lógica aplica-se ao conselho de administração: “Mas se houve convocação, ainda que defeituosa (feita por quem não tinha legitimidade, com antecedência ou número de vezes insuficientes, ou em jornais inapropriados etc.), o caso é de anulabilidade, e assim igualmente será se a reunião se instalar sem o quorum de instalação previsto em lei”. TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 981.

<sup>634</sup> “Recomenda-se que a documentação referente à reunião seja distribuída aos conselheiros com antecedência mínima de 7 (sete) dias, para que possam analisa-la e prepararem-se para discutir os temas agendados”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 266.

<sup>635</sup> É o que entende Valladão para as deliberações assembleares: “A ocorrência de defeitos na convocação ou instalação, porém, não esgota os casos de irregularidade que se podem classificar como vícios da assembleia. Dentre tais casos acham-se também, exemplificativamente, os seguintes: (a) inobservância da ordem do dia (art. 124, caput); (b) recusa de participação ao acionista (ou seu representante, cf. §§1º e 4º, do art. 126) na assembleia (seja de ingresso na própria reunião, seja de participação na discussão dos assuntos tratados, seja na votação desses assuntos quando o acionista também tiver direito de voto (...)); (c) inexistência de quorum legal ou estatutário das deliberações (arts. 129 e 136); (d) falta de lavratura da ata (art. 130); (e) ausência de publicação prévia dos documentos da administração (art. 133, ressalvada a hipótese do art. 294, II); (f) inobservância do procedimento e demais formalidades estabelecidas no art. 134, caput, e seus §§1º e 2º. Nas hipóteses acima apontadas, bem como em todas aquelas em que ocorrer, numa assembleia em concreto, a violação das disposições legais ou estatutárias relativas ao procedimento assemblear, dar-se-á a anulabilidade do conclave”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 91-97.

<sup>636</sup> O relator não deixou claro no seu voto qual espécie de invalidade atribuía a esse vício. Ao final, a reunião foi declarada nula, também devido a outros vícios. Nesse estudo, defende-se que o vício em questão, qual seja, irregularidade na convocação de um conselheiro, ensejaria anulabilidade.

ciência da reunião. Assim, o desembargador entendeu que esta padecia de vício formal, sendo, portanto inválida<sup>637</sup>.

Por envolver apenas interesses particulares é que dispensa-se a convocação em caso de comparecimento da totalidade dos conselheiros, da mesma forma que ocorre nas assembleias gerais, inclusive quando é o caso de convocação pública. Apenas aqueles que participarão do certame têm interesse em conhecer com antecedência o objeto da deliberação e, uma vez que todos estão presentes, presume-se que concordaram com a supressão da formalidade<sup>638</sup>.

Nesse sentido, o TJMG, no julgamento da Apelação nº 1.0024.08.991954-2/005, entendeu que o desrespeito ao quórum em deliberação de assembleia de condomínio era hipótese de anulabilidade, podendo, inclusive, ser posteriormente sanada<sup>639</sup>.

A doutrina, porém, não é unânime a esse respeito. Alguns autores afirmam que determinados vícios de reuniões ensejariam nulidade ou inexistência.

Por exemplo, no caso de deliberação aprovada sem o quórum devido, Ascarelli<sup>640</sup>, Bulhões Pedreira<sup>641</sup> e Pontes de Miranda<sup>642</sup>, no estudo das assembleias gerais, afirmam tratar-se de inexistência.

---

<sup>637</sup> “Vê-se que a comunicação ao conselheiro apelante Jose Flávio Neves Mohallem (fl. 237) não lhe foi entregue, tendo sido apenas lançada nota de que o convocado recebeu ligação telefônica dando ciência do agendamento. Nesse sentido, flagrante é o descumprimento do art. 13, §3o, do estatuto social, que prevê que o comunicado seja de forma escrita. (...) Do exposto, conclui-se que a reunião do Conselho de Administração realizada em 28/05/2010, padece de vício formal que a inquina de invalidade. Por conseguinte, a deliberação de nomear nova diretoria para a sociedade em referência não pode subsistir”. TJMG, Apelação nº 1.0702.10.053745-6/006, Rel. Des. Alexandre Santiago, julgamento em 19.03.14.

<sup>638</sup> Nesse sentido, a respeito das assembleias gerais: “O fundamento da dispensa de convocação pública é que somente os acionistas têm interesse em conhecer com antecedência os assuntos a serem discutidos. Comparecendo todos os acionistas à assembleia geral, presume a lei que concordaram com a omissão desse requisito legal. Tendo, com efeito, a convocação pública por objetivo proteger os interesses dos acionistas, não há por que negar validade à instalação da assembleia geral, se todos consentirem a respeito. E a presença da unanimidade dos acionistas dá a segurança de que não serão lesados seus interesses. Já o interesse de terceiros, na realização da assembleia, é indireto e se manifesta a posteriori, não tendo eles, pois, legitimidade para se oporem à sua realização por razões formais”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 2º vol.: artigos 75 a 137. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 561-562.

<sup>639</sup> “(...) a nulidade das deliberações assembleares, quando empreendidas em desobediência ao quorum qualificado exigido na convenção do condomínio edilício, possui caráter nitidamente relativo, visto que tal vício pode ser facilmente sanado, através de simples votação ulterior, da qual participe o número suficiente de condôminos”. TJMG, Apelação nº 1.0024.08.991954-2/005, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, julgamento em 02.02.12.

<sup>640</sup> “É evidente que, se não é conseguida a maioria necessária, a deliberação não existe”. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 553.

<sup>641</sup> Em parecer não publicado: “O quorum mínimo para as deliberações da Assembléia, inclusive o quorum qualificado exigido pela lei ou pelo estatuto, é requisito essencial para que exista a

Pontes de Miranda ainda afirma inexistente a deliberação tomada em reunião não convocada ou se sua publicação foi feita por pessoas indevidas; se o quórum de instalação não foi observado; se a convocação havia sido revogada<sup>643</sup>.

Ainda, em desacordo com o então apresentado, o STJ entendeu que a deliberação de assembleia geral a respeito de matéria não especificada na ordem do dia implica sua nulidade<sup>644</sup>.

Também em desconformidade com o que se defende neste trabalho e na doutrina majoritária, cita-se o julgamento pelo TJMG do Agravo de Instrumento nº 1.0702.12.064323-5/001<sup>645</sup>, ocorrido em 08.05.13, relatado pelo desembargador Alexandre Santiago. No caso, entendeu-se que o desrespeito a vício de forma de reunião do conselho de administração, qual seja, não ser conduzida pelo presidente do órgão, conforme determinava o contrato social da sociedade limitada em questão, é vício que justifica a nulidade da reunião<sup>646</sup>.

---

*deliberação da assembléia. Ainda que esta esteja regularmente convocada e instalada, a aprovação de uma proposta por acionistas cujos votos não alcançam o quorum mínimo exigido pela lei ou pelo estatuto não é deliberação do órgão porque esta não chega a existir. Não há, neste caso, deliberação social nula ou anulável, e sim deliberação inexistente".* PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Apud: TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). Direito das Companhias. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.*

<sup>642</sup> "São, pois, inexistentes as deliberações que tomaram acionistas: c) se houve a convocação regular, por pessoas legitimadas a isso e instalação com o quorum exigido, porém não houve a maioria para a deliberação". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo L. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1965, p. 287.

<sup>643</sup> "São, pois, inexistentes as deliberações que tomaram acionistas: a) em número suficiente para a reunião se não houve convocação, ou se foi feita publicação, com as finalidades exigidas, porém por pessoas que não podiam convocar a assembleia geral; b) se houve a primeira convocação regular, por pessoas legitimadas a isso, mas a reunião foi aberta (=disse-se estar instalada a assembleia geral) sem haver o quorum (...); d) se consta que todos os pressupostos de convocação e instalação foram observados, mas havia sido revogada, a tempo, a convocação". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo L. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1965, p. 287.

<sup>644</sup> "A votação de matéria não publicada na ordem do dia implica nulidade apenas da deliberação, e não de toda a Assembleia" STJ, Recurso Especial nº 1.152.849/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgamento em 07.11.13.

<sup>645</sup> TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0702.12.064323-5/001, Rel. Des. Alexandre Santiago, julgamento em 08.05.13.

<sup>646</sup> "Nesta seara, muito embora a convocação da reunião não tenha sido eivada de vício, pois contou com a presença de todos os 06 (seis) conselheiros, nem tenha sido maculada pela não utilização do voto de Minerva, porquanto não ocorreu empate nas votações, uma vez constatada a inobservância de formalidade expressamente prevista no Contrato Social - qual seja, cabe ao presidente conduzir os trabalhos na reunião - e até então observada, conforme atestam as atas de fls. 59/64-TJ, o decisum objurgado não merece reforma. Nessa linha de raciocínio, tenho ser forçosa a declaração da nulidade da reunião impugnada, haja vista que negligenciou a forma prescrita no Contrato Social, instrumento esse que é normativo, lei em sentido amplo, pois vincula os sujeitos envolvidos na relação. (...) Em face de todo o explanado, NEGO PROVIMENTO A AMBOS OS AGRAVOS DE INSTRUMENTO, mantendo, por conseguinte, a liminar que determinou a suspensão dos efeitos da reunião do Conselho de Administração realizada em 24/09/2012". TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0702.12.064323-5/001, Rel. Des. Alexandre Santiago, julgamento em 08.05.13.

Ressalta-se ainda que a doutrina conclui de maneira tranquila que invalidada uma reunião, o serão também todas as deliberações nela tomadas<sup>647</sup>, vez que a reunião é pressuposto da deliberação.

Compete ao Registro de Comércio verificar a regularidade formal da convocação, da instalação, do quórum deliberativo e da conformidade da matéria com a ordem do dia, devendo negar o arquivamento se detectar qualquer vício<sup>648-649</sup>.

## 4.2 - Vícios das deliberações

Superada a convocação, instalação e funcionamento da reunião, admitindo-se que todas as normas foram cumpridas, é preciso analisar as deliberações em si; mais especificamente, seu conteúdo. Podem elas serem passíveis de nulidade ou anulabilidade, conforme o vício que contenham.

Mais uma vez, vale a regra de que violação a interesses particulares são vícios que acarretam anulabilidade, enquanto infração a normas de ordem pública<sup>650</sup>, incluindo aquelas que infringem direitos de terceiros, terão como sanção a nulidade<sup>651</sup>.

---

<sup>647</sup> Nesse sentido: “Nula uma reunião (por falta de regular convocação, p. ex.), nulas são, por via de estrita consequência, todas as deliberações nela tomadas”. COMPARATO, Fábio Konder *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 189-190; “A disciplina geral de convocação e instalação das assembleias gerais acha-se estabelecida nos arts. 123 a 128 da Lei de S/A. A violação dessas disposições, portanto, ou de normas estatutárias que as complementam (v.g., art. 123, caput), acarreta a anulabilidade da assembleia geral, e, conseqüentemente, de todas as suas deliberações”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 88; “Não se confundem os vícios com os vícios de suas deliberações. Os descumprimentos de normas relativas à instalação, convocação e ao funcionamento da assembleia configuram vícios da assembleia e afetam todas as deliberações nela contidas”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 28.

<sup>648</sup> “**Art. 40, Lei nº 8.934/94** - Todo ato, documento ou instrumento apresentado a arquivamento será objeto de exame do cumprimento das formalidades legais pela Junta Comercial. § 1º Verificada a existência de vício insanável, o requerimento será indeferido; quando for sanável, o processo será colocado em exigência”.

<sup>649</sup> “Cabe ao Registro do Comércio proceder à verificação da regularidade formal da convocação e bem assim da conformidade da matéria discutida e deliberada com os itens constantes da ordem do dia. (...) ainda que esse exame seja estritamente formal, a regularidade da convocação e a consonância das deliberações com os itens da ordem do dia devem ser examinadas detidamente, para efeito de arquivamento ou de formulação de exigência à companhia”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 2º vol.: artigos 75 a 137. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 558.

<sup>650</sup> Nesse sentido, “**Artigo 56.º, Código das Sociedades Comerciais português - I** - São nulas as deliberações dos sócios: (...) **d**) *Cujo conteúdo, directamente ou por actos de outros órgãos que determine ou permita, seja ofensivo dos bons costumes ou de preceitos legais que não possam ser derogados, nem sequer por vontade unânime dos sócios*”.

<sup>651</sup> Nesse sentido, afirma Valladão sobre as deliberações assembleares: “Cumpra agora verificar, assim, quais os outros casos de nulidade verdadeira e própria. Está entre eles, evidentemente, a deliberação que atentar contra a ordem pública ou os bons costumes, por impossibilidade ou ilicitude do objeto

Assim, deliberações do conselho de administração sujeitas à nulidade seriam aquelas que contrariam normas de ordem pública ou afetem direito de terceiros, por estarem claramente extravasando a órbita societária, ou que estejam em desacordo com disposição legal cogente<sup>652</sup>.

Exemplo desse último caso seria, por exemplo, a deliberação que não respeite competências legalmente definidas, como uma eventual decisão do órgão acerca da alteração do estatuto, que constitui matéria reservada à assembleia geral. Ou então como no caso discutido no julgamento do Recurso Especial nº 976.587/SP<sup>653</sup> pelo STJ, relatado pelo Min. Fernando Gonçalves, em que adotou-se o entendimento de que era nula a deliberação do conselho de administração que instituiu a seus membros uma renda mensal vitalícia, considerada pelo STJ como remuneração. Isso porque a fixação de remuneração dos administradores é competência da assembleia geral, não podendo ser matéria de deliberação dos conselheiros.

Por outro lado, as deliberações que contrariam o estatuto ou regimento interno do órgão são passíveis de anulabilidade<sup>654</sup>. Isso porque esses instrumentos disciplinam questões internas, de modo que sua violação seria uma ofensa a direitos particulares.

(art. 145, II, do Código Civil). (...) São radicalmente nulas, outrossim, as deliberações que infrinjam as disposições legais que têm por objeto a proteção de interesses de terceiros, (...). Outra hipótese de nulidade absoluta ocorre no que tange às deliberações que objetivam dispor de direitos de terceiros ou dos acionistas enquanto terceiros. Finalmente, são nulas as deliberações que contrariam o interesse público (...). NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 106-110.

<sup>652</sup> É o que defende a doutrina a respeito das deliberações assembleares: “A deliberação da assembleia pode violar normas de ordem pública; tal o caso quando a deliberação tem um objeto ilícito”. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 537; “Se a deliberação era contrária a norma legal imperativa, a sentença a reduz em nula para sempre” (tradução livre da autora). No original: “Se la deliberazione annullata era contraria alle norme imperative nella legge, la sentenza la riduce nel nulla para sempre”. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, vol. II. Milão: Francesco Vallardi, 1923, p. 260.

<sup>653</sup> STJ, Recurso Especial nº 976.587/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgamento em 17.11.09. No mesmo sentido, julgamento do Recurso Especial nº 704.975/SP, que também entendeu nula a deliberação do conselho de administração que instituiu renda mensal vitalícia aos administradores: STJ, Recurso Especial nº 704.975/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgamento em 19.08.08.

<sup>654</sup> A respeito das deliberações assembleares: “Tratando ainda das relações dos acionistas para com a sociedade, resta dizer serem meramente anuláveis (...) as deliberações que violarem os estatutos. Nesta hipótese não se acham em questão senão os interesses dos próprios acionistas, que podem livremente renunciar à aplicação das regras estatutárias, normas meramente internas da corporação, nos casos concretos, inexistindo, outrossim, interesses outros (de ‘futuros acionistas’, relativos a direitos irrenunciáveis e inderrogáveis, etc.) que justifiquem a sanção de nulidade de tais atos. O campo da nulidade absoluta das deliberações, portanto, restringe-se à violação da lei e não dos estatutos”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 105; “O desrespeito ao próprio estatuto gerará apenas anulabilidade (...)”. TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 984.

É o que determina a legislação portuguesa: “Art. 58º, I, Código das Sociedades Comerciais português - São anuláveis as deliberações que: a) Violem disposições (...) do contrato de sociedade.”



Ainda, deliberações que desrespeitem direitos dos membros dos respectivos órgãos, no caso concreto, são anuláveis, ao passo que se criam uma disciplina restringindo aquele direito são passíveis de nulidade. Exemplo corriqueiramente dado pela doutrina a respeito das deliberações assembleares é a inobservância ao direito de preferência de acionista em uma determinada assembleia, hipótese de anulabilidade, enquanto a supressão definitiva desse direito deve ser declarada nula<sup>655</sup>. Igualmente, com relação ao direito de receber dividendos.

Esse raciocínio não é inteiramente aplicável ao conselho de administração, uma vez que esse órgão não dispõe sobre suas próprias prerrogativas, ao contrário do que ocorre com a assembleia geral. As deliberações administrativas têm como objeto o funcionamento da companhia e não os direitos dos conselheiros. Estes são definidos pelos acionistas.

Porém, as deliberações do conselho de administração podem, no caso concreto, desrespeitar direitos de diretores e acionistas e criar disciplinas ilegais, podendo, nesses casos, serem passíveis de nulidade ou anulabilidade.

Primeiro, conforme já mencionado, este órgão regula o funcionamento e outros aspectos da diretoria, conforme previsto nos incisos II, III, V e VI do art. 142, podendo fixar as atribuições dos diretores e permitir ou vedar-lhes a prática de atos ou contratos. No exercício dessas funções, poderia emitir uma nula, por exemplo, caso obrigasse os diretores a praticar crimes ou a realizar negócios proibidos por lei ou lhes atribuísse competências ilegais, criando uma disciplina contra a lei.

Anulável, por outro lado, seria uma deliberação de aumento de capital sem respeito ao direito de preferência dos acionistas, em uma companhia de capital autorizado.

### **4.3 - Vícios dos votos**

Pode ainda ocorrer de, apesar da perfeita convocação, instalação e funcionamento da reunião, bem como ausência de qualquer irregularidade no

---

<sup>655</sup> “Se, por exemplo, numa determinada assembleia for desrespeitado o direito de preferência (rectius, opção) do acionista (art. 109, IV), o ato será anulável; mas se, através de uma deliberação, ainda que unânime, forem reformados os estatutos para excluir tal direito, o ato será absolutamente nulo”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 103.

conteúdo da deliberação, ser viciado o voto emitido por algum conselheiro, o que pode influenciar na validade da deliberação do órgão.

Antes de abordar os casos, é preciso deixar claro que o voto inválido apenas tem o poder de prejudicar a deliberação se tiver contribuído para sua maioria<sup>656</sup>. Ou seja, sendo desconsiderado o voto, se ainda assim a contabilização dos demais resultar em quórum suficiente, não há nenhuma influência para a deliberação; se, por outro lado, o voto inválido for relevante para a formação da maioria, se for o caso de sua supressão, a deliberação também será inválida<sup>657</sup>; mais especificamente, será anulável, por insuficiência de quórum.

Dessa maneira pode contribuir apenas para a *anulabilidade* da *deliberação*, nunca nulidade, pois influencia apenas no seu quórum<sup>658</sup>.

Apesar disso, no plano da validade o voto pode ser *nulo* ou *anulável*<sup>659</sup>, vez que é manifestação de vontade do conselheiro, e com base nessa natureza deve ser

---

<sup>656</sup> Nesse sentido: “*Os vícios do voto, como se disse, só são relevantes para o efeito de invalidar a assembleia ou suas deliberações se, sem os votos viciados, não se tiver configurado a maioria necessária (simples ou qualificada, legal ou estatutária) para a regular formação daqueles atos.*” NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 113-114. No mesmo sentido: “*A nulidade ou anulação do voto só influirá na validade da deliberação da assembleia quando alterar a maioria necessária*”. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 553; “*Somente se o desprezo do voto conflitante conduziu a alteração da deliberação social seria esta inválida (anulável). Tem-se, aqui, a adoção do princípio de que não há nulidade sem prejuízo*”. BLOK, Marcella. *Conflito de interesses nas sociedades anônimas: critério de apuração formal ou substancial?* Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. Nova Série, ano XLIX, nº 153/154, janeiro/julho, 2010, p. 49; “*(...) o vício de voto pode privar de validade a deliberação para cuja aprovação ele concorreu, mas apenas se os votos maculados forem decisivos para a formação da maioria necessária. Em outras palavras, a invalidade do voto, qual seja a sua natureza, só contaminará a deliberação se a sua subtração gerar insuficiência de quorum deliberativo*”. TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 986.

<sup>657</sup> “*É o que se costuma chamar de prova de resistência, ou, para adotar a denominação mais feliz de Oliveira Ascensão, limiar da relevância da invalidade do voto sobre a invalidade da deliberação. Isso se explica não apenas pela falta de sentido em se anular uma deliberação que sem o voto viciado seria aprovada de qualquer forma, mas porque, como explica o professor de Lisboa, diferentemente do que sucede no contrato, onde o defeito de uma das declarações de vontade inquina a validade de todo o negócio, na deliberação social não há partes, mas sim a ‘manifestação de uma posição unitária da sociedade’*”. TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 986.

<sup>658</sup> “*Aqui se acha excluída a sanção de nulidade, na medida em que encontram-se em jogo unicamente interesses dos acionistas, aos quais a lei outorga remédio adequado para a sua defesa, sem necessidade de se comprometer a desejada estabilidade dos aludidos atos societários*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 117.

<sup>659</sup> “*Tais vícios poderão constituir motivo de anulabilidade, nulidade ou ineficácia do voto*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 114.

analisado. Está sujeito, portanto, aos vícios da vontade: erro, dolo, fraude, coação e estado de perigo, bem como pode ocorrer hipótese de simulação<sup>660</sup>.

Devem, ainda, serem observadas as regras de capacidade e legitimidade, além das regras de proibição de voto<sup>661</sup>, bem como o voto exercido de maneira abusiva.

A vontade, ao ser exteriorizada, pode apresentar defeitos que a viciam. O primeiro deles é o erro, que significa uma “falsa representação psicológica da realidade. Aquilo que a pessoa acredita ser a realidade, na verdade, não é”<sup>662</sup>. Nesse caso, a manifestação de vontade da pessoa se deu em virtude do desconhecimento dos

<sup>660</sup> Nesse sentido, Barros Leães analisa a validade das deliberações assembleares com base nas regras do Código Civil: “Ora, as deliberações tomadas em assembleias eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação estão inquinadas de vícios de consentimento, e, como tais, são anuláveis, em conformidade com o que preceitua o art. 147, II, do código civil”. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista do dividendo*. São Paulo: Imprensa, 1969, p. 340. (o autor refere-se ao art. 147, II, do revogado Código Civil de 1916: “Art. 147 - É anulável o ato jurídico: II. Por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (art. 86 a 113)”.)

No mesmo sentido: “O art. 286 menciona os casos de erro, dolo, fraude e simulação. Para logo se verifica não haver sido prevista a hipótese de coação, disciplinada no Código Civil como um dos defeitos do ato jurídico (arts. 98 a 101), e capaz de acarretar sua anulação (art. 147, II). Sobre essa omissão, no que diz respeito ao dispositivo legal correspondente, da lei revogada (art. 156 do Decreto-lei nº 2.627/40), assim se manifestou Valverde”: ‘A lei não menciona a coação, certamente tendo em vista a formação da vontade social (n. 511) e a sua natureza jurídica. Todavia, se um dia for possível provar que os acionistas, individualmente, que formaram a maioria, foram vítimas da coação de outros acionistas ou de terceiros, a possibilidade de se anular a deliberação é indiscutível, já que entre os vícios da vontade de inclui a coação”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 114-115; “O artigo 286 da LSA, em matéria de invalidade [de deliberação de assembleia geral] decorrente do voto, somente se referiu aos defeitos consistentes em erro, dolo, fraude ou simulação. (...) conforme reconhecido por toda a doutrina, é cogitável também o vício da coação”. TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 987; “Sendo a deliberação da assembleia geral um negócio jurídico unilateral, sua validade depende do preenchimento de diversos requisitos formais e substanciais. (...) será necessário que o consentimento manifestado não esteja viciado por erro, dolo ou coação e que a decisão seja inspirada no interesse social”. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 2º vol.: artigos 75 a 137. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 516.

<sup>661</sup> Essas hipóteses são reconhecidas na análise dos vícios de votos proferidos em deliberações assembleares: “(...) a invalidade da deliberação decorrente de irregularidade de voto renderá sempre anulabilidade, ainda que a mácula deste constitua caso típico de nulidade absoluta, como na hipótese de voto proferido por absolutamente incapaz ou por um impostor”. TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 987; “Mas outras hipóteses são, na verdade, muito mais corriqueiras: a da deliberação cuja maioria não pode prescindir do voto de quem se achava proibido de votar (LSA, arts. 115, §1º, 134, §1º, e 228, §2º), ou de quem exerceu de forma abusiva o direito de voto (art. 115), ou, ainda, se achava em conflito de interesse com a companhia (art. 115, §§1º e 4º)”. TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 988; “A invalidade do voto pode decorrer ainda de ter sido ele proferido: (a) com violação das hipóteses taxativas de proibição de voto, constantes dos §§1ºs dos arts. 115 e 134, e do §2º do art. 228; ou (b) abusivamente, em conflito com o interesse da companhia (art. 115, caput, e última hipótese de seu §1º)”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 117.

<sup>662</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

fatos reais, de modo que se tivesse conhecimento da verdade não teria expressado sua vontade daquela maneira<sup>663</sup>.

O dolo, por sua vez, se assemelha ao erro pela falsa percepção da realidade, mas se caracteriza por ser essa percepção intencionalmente causada por outra pessoa, em benefício próprio ou de terceiro<sup>664</sup>.

No caso dos conselheiros, pode o voto ser viciado por qualquer desses defeitos quando o membro tenha falso conhecimento a respeito da matéria a respeito da qual esteja deliberando. Por exemplo, caso ao se manifestarem sobre as contas da diretoria, tenham acesso a informações equivocadas, como balanços irregulares e pareceres desvirtuados, seja do conselho fiscal ou de auditores independentes<sup>665-666</sup>.

A tutela à falsa percepção do conselheiro, porém, não deve ocorrer de forma indiscriminada. A assimetria de informações e a possibilidade de equívocos no processo decisório são características inerentes ao ambiente empresarial<sup>667</sup>. Considere-

---

<sup>663</sup> “(...) a vontade que se exteriorizou é produto do erro, de modo que, se a pessoa conhecesse a realidade, não a teria expressado, ou a teria manifestado com outro sentido”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184.

<sup>664</sup> “O dolo, como se vê, implica, logicamente e em caráter essencial, erro de um dos figurantes provocado (=induzimento) ou estimulado (=fortalecimento ou manutenção) pelo outro, ou por terceiro, com seu conhecimento. No entanto, esse erro é diferente do erro invalidante, pois que, enquanto este é espontâneo (=a própria pessoa cria a falsa representação da realidade, sendo responsável pelo seu engano), no caso de dolo a falsa representação da realidade é resultante da astúcia maliciosa de outrem”. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 204.

<sup>665</sup> Ao se manifestarem sobre essas questões, os conselheiros se fundamentam também em tais pareceres. Exemplo: “ATA DE REUNIÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA JOÃO FORTES ENGENHARIA S/A, REALIZADA EM 26 DE MARÇO DE 2014. (...) (i) Entrando nos assuntos da ordem do dia, os Conselheiros confirmaram terem analisado as Demonstrações Financeiras e o Relatório da Administração da Companhia, encaminhados juntamente com o Parecer dos Auditores Independentes, referentes ao exercício de 2013. Foram então prestados alguns esclarecimentos pelo sócio da KPMG Auditores Independentes Ltda., Marcelo Luiz Ferreira, sobre esse primeiro ano de trabalho da referida empresa de auditoria na Companhia. Em seguida, todos os Conselheiros se manifestaram pela aprovação das Demonstrações Financeiras, do Relatório de Administração e das contas da Diretoria, relativas ao exercício de 2013, que deverão ser submetidos à Assembleia Geral Ordinária”. Acesso em 17.04.14 Disponível em: [http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CC0QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mzweb.com.br%2Fjoaofortes%2Fweb%2Fdownload\\_arquivos.asp%3Fid\\_arquivo%3DFC90DB0B-041F-4F08-9A58-64B66FA0F338&ei=TRxQU6zLMYrQsQTEo4HYAg&usg=AFQjCNGEjGUTyRX8sVc2Dw8dS4DcGbckew&sig2=norriGrLgv71AMo85-h2Iw&bvm=bv.64764171,d.cWc](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CC0QFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.mzweb.com.br%2Fjoaofortes%2Fweb%2Fdownload_arquivos.asp%3Fid_arquivo%3DFC90DB0B-041F-4F08-9A58-64B66FA0F338&ei=TRxQU6zLMYrQsQTEo4HYAg&usg=AFQjCNGEjGUTyRX8sVc2Dw8dS4DcGbckew&sig2=norriGrLgv71AMo85-h2Iw&bvm=bv.64764171,d.cWc)

<sup>666</sup> “No tocante ao erro e ao dolo, sua disciplina também se acha no Código Civil (arts. 89 a 97), devendo-se destacar ser comum a hipótese de voto do acionista viciado por erro acerca da situação econômico-financeira da companhia, constante de balanço irregular, ou mesmo em virtude de dolo dos administradores no que se refere a essa situação (sobretudo ante o que dispõe o art. 134, §3º, da Lei nº 6.404)”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 115.

<sup>667</sup> “Podemos dizer que o erro é possível dentro do sistema porque não é o ‘infalível’ mercado que determina as jogadas, mas sim a lógica do empresário. (...) Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos (ou

se ainda que a lei impõe ao conselheiro o dever de diligência, que lhe exige preparação adequada para a votação.

Não basta, portanto, que haja simples *equivoco*, um mau julgamento sobre as circunstâncias fáticas relacionadas ao objeto da deliberação; é necessário que o acesso à informação tenha se mostrado impossível a um administrador minimamente diligente ou lhe tenha sido, irresistivelmente, tolhida por outrem.

A fraude é um vício normalmente referido pela doutrina civilista como fraude contra credores, “*ato de disposição patrimonial pelo devedor, com o propósito de prejudicar o(s) seu(s) credor(es), em razão da diminuição ou esvaziamento do patrimônio daquele*”<sup>668</sup>. Não há que se pensar a fraude nesse mesmo molde para um vício de voto de conselheiro, até porque apenas a sociedade poderia cometer esse ilícito, conforme salienta Valladão, e não a assembleia ou o conselheiro. Desse modo, a doutrina comercialista aponta que a fraude, para fins desse estudo, significa fraude contra a lei, que enseja nulidade<sup>669-670</sup>.

Nesse mesmo sentido o entendimento do STJ, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.380.194/SC<sup>671</sup>, que indeferiu o pedido de reconhecimento de fraude à execução por meio de uma deliberação assemblear, sob o argumento de que a

---

lucros) que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. (...) Note-se, entretanto, que o empresário não é considerado pelo sistema de direito comercial como um tolo irresponsável e o direito não pode ter a função de corrigir ‘erros’ eventualmente praticados”. FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 93-94.

<sup>668</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodium, 2013, p. 671.

<sup>669</sup> “A hipótese de fraude dá o que pensar. É difícil imaginar como, em decorrência de um dos votos, possa ocorrer, por exemplo, uma deliberação em fraude contra credores, já que isto, a nosso ver, seria impossível, pela simples razão de que somente a sociedade - que não se confunde com a assembleia - poderia cometer esse ilícito. A assembleia, com efeito, poderia até autorizar, ou mesmo determinar que os administradores, v. g., promovessem a venda ou oneração fraudulenta de bens, mas tais atos, praticados pela companhia, é que seriam objeto de ação pauliana, e não a deliberação assemblear, ato meramente interna corporis. De maneira que, no que se refere à fraude, só pode se entender que o legislador quis se referir ao voto proferido em fraude à lei, caso em que ocorrerá nulidade do mesmo”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 116; “Naturalmente, não se empregou o vocábulo fraude no sentido de fraude a credores, que só pode ser consumada pela sociedade, através de sua administração, e não pela Assembleia, que não se relaciona com terceiros, como bem observou Valladão França, para quem o legislador quis se referir à fraude à lei. Como a fraude à lei cabe no conceito de violação à lei, expressamente mencionado no dispositivo em exame, creio que o termo foi utilizado na sua acepção mais lata, a designar toda manobra destinada a dissimular a verdade”. TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 987.

<sup>670</sup> “(...) o negócio in fraudem legis é o que foge da incidência da norma jurídica ou das obrigações legais, sendo realizado sob forma diferenciada. A nulidade por fraude é objetiva, não estando atrelada à intenção de burlar o mandamento legal”. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodium, 2013, p. 631.

<sup>671</sup> STJ, Agravo de Instrumento nº 1.380.194/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 06.12.11.

deliberação não teria o condão de configurar o instituto, que requer, segundo o CPC, alienação ou oneração de bens, o que jamais ocorre em uma assembleia geral<sup>672</sup>.

---

<sup>672</sup> Trata-se do Agravo de Instrumento nº 1.380.194/SC, julgado em conjunto com os Agravos de Instrumento nº 1.379.709/SC e nº 1.354.655/SC, pelo STJ, nos autos de uma ação de cobrança ajuizada por International Finance Corporation (IFC) contra a companhia WIEST S/A (WIEST) para cobrança de valores entregues a ela, a título de empréstimo, em virtude de contrato internacional celebrado entre as partes.

Em primeira instância, o pedido foi procedente e os recursos interpostos na ocasião, distribuídos diretamente ao STJ, não foram conhecidos e inadmitidos. Na fase de cumprimento de sentença, foi interposto o Agravo de instrumento nº 1.3654.655, que ensejou uma decisão de retratação do juiz de primeiro grau, em que, dentre outras decisões, indeferiu o pedido do IFC de reconhecimento de fraude à execução, que teria ocorrido por meio de deliberação assemblear da WIEST que fixou em R\$ 500.000,00 anuais a remuneração global aos administradores. Segundo o IFC trata-se de pagamento abusivo, desproporcional, com o objetivo de frustrar a obrigação da WIEST perante o IFC.

Após essa decisão, foi interposto o Agravo de instrumento nº 1.379.709/SC, em que o IFC afirmou que “*salta aos olhos a desproporcionalidade entre o nível de atividade empresarial da Agravada e o valor pago a título de remuneração*” a seus administradores, de modo que essa remuneração seria nada mais do que “*a transferência de patrimônio da Agravada para seus sócios-administradores, que ocorre ao mesmo tempo em que tramita demanda judicial capaz de reduzi-la à insolvência*”.

A decisão de retratação também suscitou a interposição do Agravo de instrumento nº 1.380.194/SC, pela WIEST, em que alega que “*(i) não foram esgotados outros meios menos gravosos para a constrição de bens da WIEST, antes de se decidir pela penhora de seu faturamento; (ii) a medida coloca em risco a continuidade da empresa e todos os cerca de 90 trabalhadores que dela dependem*” (Excerto do relatório. STJ, Agravo de Instrumento nº 1.380.194/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 06.12.11).

Com relação à penhora sobre o faturamento da WIEST, já é questão pacificada no STJ, de maneira que foi mantida. O que mais interessa a este estudo, porém, é o reconhecimento ou não de fraude à execução em virtude da deliberação assemblear.

Segundo o IFC, a deliberação configura fraude à execução, uma vez que foi fixada remuneração dos administradores em valor extremamente elevado no exato momento em que existia a demanda judicial em questão, demanda esta que poderia reduzir a WIEST à insolvência. O voto da relatora traz ponderação da IFC: “*A Wiest é, atualmente devedora de quantia milionária. Além disso, não se consegue encontrar quaisquer valores em suas contas bancárias, por meio de penhora on line, e, ainda assim, a Agravada remunera seus administradores na expressiva quantia acima indicada. Ora, que administração é essa que demanda tanto trabalho de seus administradores e, conseqüentemente, uma remuneração tão expressiva? O planejamento da rota de fuga dos credores e o esvaziamento do patrimônio da companhia?*”

Segundo a IFC, além de desvio patrimonial, a deliberação assemblear não estaria respeitando os parâmetros do art. 152 da LSA (“**Art. 152, LSA** - A assembléia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no Mercado”) que devem ser observados para a fixação da remuneração.

Analisando o instituto da fraude à execução, a relatora entendeu que a deliberação não se caracterizava como tal. Segundo ela, citando a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, as fraudes que o devedor pode praticar para fins de configuração de desvio patrimonial se dividem em três categorias, (i) fraude contra credores, (ii) fraude à execução e (iii) disposição de bem já constrito judicialmente, todas elas atinentes à tentativa de desvio de bens do devedor.

Segundo a ministra, em brilhante lição, a deliberação assemblear em questão, ao contrário, “*não estabelece a imediata transferência de um bem aos administradores, mas confere-lhes o direito de perceber, pelo seu trabalho, dada remuneração*”. Explica que o direito de materializa ao final do exercício financeiro ou mediante adiamento do pagamento. Eventual fraude pode até estar anunciada por meio da deliberação, mas não está materializada por ela. Só se concretiza com a distribuição do dinheiro futuramente.

A relatora afirmou que o art. 593 do CPC (“**Art. 593, CPC** - Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: **I** - quando sobre eles pender ação fundada em direito

Dessa maneira, fraude, quando se trata de deliberação assemblear ou de conselho de administração, só pode referir-se à fraude à lei.

Ainda, há a hipótese de coação, dividida em física<sup>673</sup> e moral, em que uma pessoa é forçada a manifestar-se em determinado sentido, devido a uma ameaça<sup>674</sup>, o que poderia ocorrer com um conselheiro ao emitir seu voto.

Estado de perigo, por sua vez, se configura quando “*se declara a vontade, assumindo obrigação excessivamente onerosa, por conta da necessidade de salvar a si ou alguém a que se liga por vínculo afetivo. O agente somente assume a obrigação por conta do perigo atual ou iminente*”<sup>675</sup>. Essa hipótese não se aplica ao estudo em questão, pois o conselheiro, ao emitir um voto, não assume obrigação.

---

*real; II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência; III - nos demais casos expressos em lei*”) considera fraude à execução alienação ou oneração de bens do devedor nas hipóteses elencadas no dispositivo. Considerou corretamente que o “*ato de distribuição de remuneração a administradores não pode ser caracterizado, em princípio, um ato de alienação ou oneração de bens*”, analogia que poderia configurar, segundo ela, um precedente perigoso.

A ministra ainda ponderou que não está afirmando que a AGO em questão não é passível de questionamento judiciais. Pode até ser demonstrado que a remuneração em questão foge dos padrões de mercado naquelas condições da WIEST. Afirmou, inclusive, ser até possível que se demonstre, em um processo regular, “*a existência de intuito de fraude na referida deliberação, implicando a nulidade da assembleia geral*”, podendo, inclusive, “*solicitarem medidas de urgência que impeçam, imediatamente, a distribuição do numerário destinado à remuneração dos administradores, caso apresentem fundamentos consistentes para isso*”. Porém, essas providências não podem ser tomadas incidentalmente em processo de execução. Dessa maneira, por unanimidade, negou-se provimento ao agravo, não sendo reconhecida a fraude à execução.

<sup>673</sup> “i) Coação física, a chamada vis absoluta, caracterizada por uma pressão resultante de uma força exterior suficiente para tolher os movimentos do agente, fazendo desaparecer sua vontade. Washington de Barros Monteiro, em clássico exemplo, lembra a hipótese de alguém cuja mão é tomada para assinar um documento. ii) Coação moral, também dita vis compulsiva, caracterizada pela existência de uma ameaça séria e idônea de algum dano (de ordem material ou moral), a ser causado ao declarante ou a pessoa afetivamente ligada a ele, viciando a sua vontade. José Roberto de Castro Neves menciona o exemplo de alguém que aceita vender uma casa, sob ameaça de serem revelados segredos de sua vida pessoal, como a existência de uma amante, sofrendo sérios prejuízos patrimoniais com a venda. Enquanto na hipótese de vis absoluta (coação física) o negócio é inexistente, porque não há qualquer declaração de vontade (nem mesmo qualquer vontade na vítima como assegura Caio Mário da Silva Pereira), no caso de vis compulsiva, isto é, na coação moral, o negócio é anulável, exatamente porque houve um vício, defeito, na declaração de vontade, decorrente da coação sofrida, uma vez que não se tolheu por completo a liberdade volitiva”. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodium, 2013, p. 659-660.

<sup>674</sup> “Coação é toda pressão física ou moral exercida contra alguém, de modo a forçá-lo à prática de um determinado negócio jurídico, contra a sua vontade, tornando defeituoso o negócio. É a coação, assim, o fator externo apto a influenciar a vítima no sentido de realizar, efetivamente, o negócio que a sua vontade (interna e livre) não deseja. Enquanto no erro o declarante se engana sozinho, espontaneamente, e no dolo é levado a se equivocar, por força de manobras ardilosas, na coação o agente sofre intimidação moral: ou pratica o ato ou sofrerá as consequências decorrentes da ameaça que lhe é imposta”. FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodium, 2013, p. 659.

<sup>675</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodium, 2013, p. 668.

A simulação ocorre no exercício de voto nas assembleias gerais quando há intenção de burlar as suas proibições e impedimentos. O exemplo que normalmente se aponta é o caso dos acionistas que, diante de uma situação de impedimento de voto, transfere suas ações para outra pessoa, desimpedida, para fazê-lo em seu lugar, afastando a proibição legal<sup>676</sup>. Pelo fato de os cargos do órgão administrativos serem preenchidos em decorrência de eleição e não de venda de ações, essa hipótese não se figura possível para o conselho de administração.

Ainda, o voto será viciado quando não respeitadas as regras da capacidade civil, devendo, nesses casos, seguir suas normas<sup>677</sup>, o que interessaria, por exemplo, no caso de incapacidade superveniente de um conselheiro. Conforme a causa, deve ser nulo ou anulável.

Do mesmo modo, as regras de legitimidade: precisa o votante ser conselheiro, regularmente eleito.

Se houve voto de alguém que não era conselheiro (como o conselheiro cujo mandato já tenha terminado) ou se um conselheiro votou por outro sem a devida procuração, o voto não deve ser contabilizado<sup>678</sup>. No segundo caso, porém, pode ser considerado se houver assentimento posterior do legitimado a votar<sup>679</sup>.

<sup>676</sup> “A simulação (arts. 102 a 105 do Código Civil), se dá comumente no intuito de elidir a proibição de os administradores votarem as próprias contas (§§1ºs dos arts. 115 e 134). Transferem eles suas ações para testas-de-ferro, que aprovam as demonstrações financeiras, burlando, assim, a proibição legal”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 115; “Quanto à simulação, ela poderá ocorrer para contornar as proibições e impedimentos de voto, mediante a transferência fictícia de ações a um testa-de-ferro”. TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 987.

<sup>677</sup> “O voto também pode ser nulo ou anulável, conforme a hipótese, em razão da incapacidade, absoluta ou relativa, do votante, regendo esses casos as disposições correspondentes da lei civil (arts. 145, I, e 147, I)”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 116.

<sup>678</sup> É a linha de Pontes de Miranda sobre o voto dos acionistas: “Se a pessoa que votou não era acionista, ou era absolutamente incapaz, ou não podia votar sem assentimento ou consentimento de outrem, a falta tem as consequências previstas pela lei que regula o ato do acionista. Se não era acionista, voto não houve. Se ele era absolutamente incapaz, nulo foi e é o voto. Se relativamente incapaz, há anulabilidade”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo L. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1965, p. 282.

<sup>679</sup> Sobre a representação indevida em deliberação assemblear já se manifestou o STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 649.711/BA (STJ, Recurso Especial nº 649.711/BA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgamento em 06.06.06).

No caso, a Kia Motors Corporation (Kia) ajuizou ação pretendendo declaração de nulidade de assembleia geral extraordinária da companhia AMB, da qual era acionista, juntamente com a companhia ET Participações e Empreendimentos S/A. Afirmou que na ocasião votou em nome da Kia o Jong Kun Lee (Lee), que não teria legitimidade para representá-la, vez que ele não era acionista, administrador ou advogado, em desconformidade, portanto, ao que determina o art. 126, §1º, da LSA (**Art. 126, §1º, LSA - O acionista pode ser representado na assembleia-geral por procurador constituído há menos de 1 (um) ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; na**



O voto dado por pessoa sem legitimidade, de fato, não pode ser computado. Conforme afirmou o julgado, é como se aquele que deveria proferir o voto não tivesse participado da reunião ou assembleia. Deve ser considerado nulo, podendo, conforme o caso, ser posteriormente ratificado por quem de direito.

Também são viciados os votos quando exercidos de maneira abusiva. A LSA definiu o voto abusivo no art. 115<sup>680</sup>, ao tratar das assembleias gerais, como “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”. Acrescentou que “o

---

*companhia aberta, o procurador pode, ainda, ser instituição financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos).*

No voto vencedor, o ministro Carlos Alberto Menezes Direito considerou que a Kia tinha nacionalidade estrangeira e não estava autorizada a funcionar no Brasil, sendo apenas acionista da AMB. Entendeu, então, que o Lee não poderia representar a Kia no Brasil, de acordo com a lei societária. Citou o art. 126, §1º, da LSA, que não foi observado no caso (“A empresa é estrangeira e não está autorizada a funcionar no Brasil, embora seja acionista da ré. Isso quer dizer que o Senhor Lee, sem sombra de dúvida, não representava a empresa no Brasil nos termos do Decreto nº 2.627/40. De igual forma, diante dessa situação de fato, a empresa estrangeira não poderia ser representada de acordo com a disciplina da Lei das Sociedades Anônimas. A Lei nº 6.404/76 estabelece no artigo 126 que o acionista ‘pode ser representado na assembleia geral por procurador constituído há menos de (1) um ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; (...)’ (§ 1º) e ‘a qualidade para comparecer à assembléia os representantes legais dos acionistas’ (§ 4º). É fácil perceber que o Senhor Lee não preenchia os requisitos exigidos pela lei de regência para comparecer à assembléia e praticar atos em nome da companhia estrangeira. Ora, se o Senhor Lee não preenchia as condições legais, evidentemente que os atos praticados por ele são nulos de pleno direito”).

Considerando ser a representação irregular hipótese de nulidade, entendeu o ministro ser nula também a assembleia e, conseqüentemente, as deliberações nela tomadas (“Ora, se o procurador não poderia praticar nenhum ato relativo à assembléia, porque presente nulidade de pleno direito, diante de dispositivo legal específico, também a assembléia está marcada por vício insanável, porquanto o Senhor Lee não podia nela representar a sociedade autora. (...) Tenha-se presente que essa circunstância, sob todas as luzes, macula a assembléia geral extraordinária considerando que a acionista autora da ação não estava presente, alcançando as deliberações nela tomadas com a participação do Senhor Jong Kun Lee, sendo desnecessário manejar fundamentação maior sobre se nula ou inexistente”). Segundo o ministro, é como se a Kia não estivesse na assembleia (“Tenha-se presente que essa circunstância, sob todas as luzes, macula a assembléia geral extraordinária considerando que a acionista autora da ação não estava presente”). Assim, o Tribunal, por maioria, decidiu pela nulidade da assembleia e suas deliberações.

Porém, diferentemente do entendimento que se extrai do acórdão, o que parece mais adequado seria, em primeiro lugar, analisar se o voto foi relevante para a formação da maioria. Apenas nesse caso é que prejudicaria a deliberação. No julgado, não ficou clara a participação da Kia no capital social da AMB e se este raciocínio foi de alguma forma aplicado; apenas afirmou o ministro que “porque presente nulidade de pleno direito”, qual seja, o problema na representação, “também a assembléia está marcada por vício insanável”, conseqüentemente “alcançando as deliberações nela tomadas”.

<sup>680</sup> “Art. 115, LSA - 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 e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (...) § 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”.

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

Para esses casos, a LSA elencou no §1º do dispositivo hipóteses de proibição de voto, nas quais se inclui o voto com conflito de interesses: (i) votação relativa ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social; (ii) aprovação de suas contas como administrador; (iii) deliberações que puderem beneficiá-lo de modo particular<sup>681</sup>; e (iv) quando tiver interesse conflitante com o da companhia.

Nas três primeiras hipóteses, conforme assinala Eizirik, a proibição é absoluta e “o acionista não pode votar, independentemente da sua intenção ou do mérito da deliberação. Caso manifeste seu voto, o presidente da mesa não o computará”<sup>682</sup>.

Na quarta hipótese, caso do conflito de interesses, a proibição *a priori* depende, conforme apontado em capítulo anterior, do entendimento a respeito de ser o conflito formal ou substancial. De qualquer forma, se proferido o voto, este é computado, pois, “no momento em que foi proferido, ainda não se poderia concluir pelo seu caráter abusivo”<sup>683</sup>.

Essa mesma lógica pode ser usada para o conselho de administração, de maneira que é possível que o conselheiro vote de maneira abusiva, causando dano à companhia, ao acionista e até a outro conselheiro, ou a obter vantagem a que não

---

<sup>681</sup> “O benefício particular é aquele que atende ao interesse do acionista distinto dos interesses dos demais. Assim, o seu interesse individual não abrange aqueles interesses que afetam todos os acionistas, como o existente na distribuição de dividendos, por exemplo, mas tão somente a sua situação própria. O entendimento dominante entre nós, tanto no regime anterior como no atual, da mesma forma que ocorre nos sistemas jurídicos francês e alemão, é no sentido de que o benefício particular constitui uma vantagem lícita, um favor concedido ao beneficiário, em sua condição de acionista, mas que rompe o princípio da igualdade entre os acionistas. Tal vantagem pode ser outorgada estatutariamente, mas o acionista beneficiário não pode votar, pois ela lhe trará benefícios “particulares”, não conferidos aos demais acionistas. Se a sociedade resolve atribuir uma bonificação a determinado acionista, ele não poderá votar naquela deliberação, pois ela estará a beneficiá-lo de modo particular, quebrando a regra de igualdade entre todos os acionistas. Da mesma forma, constituem exemplos de benefícios particulares: a concessão de opções de compra ou partes beneficiárias, a criação de planos de aposentadoria, e outras hipóteses em que se caracterize o favor a determinados acionistas, mas não a outros. Assim, há benefício particular quando o tratamento dado a determinado acionista não é equitativo, ainda que permitido pelo estatuto social, daí decorrendo a proibição absoluta de voto para o acionista beneficiário”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol I - arts. 1º a 120. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 658-659.

<sup>682</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol I - arts. 1º a 120. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 660.

<sup>683</sup> “O voto dado em situação de conflito de interesses é computado, uma vez que, no momento em que foi proferido, ainda não se poderia concluir pelo seu caráter abusivo”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol I - arts. 1º a 120. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 664.

tenha direito, causando prejuízo. O voto abusivo é ato ilícito, por consequência do art. 187 do Código Civil<sup>684</sup>, devendo o administrador reparar os danos causados<sup>685</sup>.

Exemplo clássico de deliberação em que pode haver conflito de interesses é aquela a respeito de negócio a ser celebrado pela companhia com o próprio administrador, em última análise, uma negociação consigo mesmo<sup>686</sup>.

O TJMG já se manifestou sobre o abuso de poder nas deliberações ao julgar a Apelação nº 1.0702.10.053745-6/006<sup>687</sup>, nos autos de uma ação que discutia a validade de deliberações de conselho de administração e assembleia geral, com o seguinte pronunciamento, citando Modesto Carvalhosa:

Entende-se configurado o abuso de poder quando o agente não exercer com moderação a prerrogativa que lhe é legalmente atribuída, fazendo-o contrariamente ao interesse de terceiros e com o objetivo de causar-lhes danos, seja cerceando-lhes o exercício de seus direitos, seja visando a alcançar, com o abuso, enriquecimento ilícito ou vantagem sem justa causa.

A antijuridicidade do abuso do poder engloba o desvio de poder, sendo uma forma abrangente desta última conduta antijurídica. É no abuso do poder que se insere o comportamento ilícito e danoso do

<sup>684</sup> “**Art. 187, CC** - Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

<sup>685</sup> “**Art. 927, CC** - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

<sup>686</sup> Esse tipo de negociação é denominada *self-dealing transaction* na doutrina norte-americana: “A negociação consigo mesmo ocorre quando o conselheiro negocia com a companhia diretamente ou por meio de uma terceira parte em que é majoritário ou sócio” (tradução livre da autora). No original: “A *self dealing transaction* can be said to occur where the director deals with his or her company either directly or through a third party in which the director has a major shareholding or is partnership of which the director is a member”. DAVIES, Paul. *Introduction to Company Law*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 162.

Segundo Eizirik, no caso de conflito de interesses, como a proibição do voto não é absoluta, é preciso, para anular a deliberação, que se demonstre: (i) a ocorrência do conflito de interesses; (i) a prova do dano atual ou potencial sofrido pela companhia; e (iii) que o voto conflitante tenha contribuído para a formação da maioria. Nos casos de proibição absoluta de voto não é preciso a demonstração de prejuízo. “Para a anulação da deliberação é indispensável a demonstração (i) do conflito de interesses; (ii) da prova do dano, atual ou potencial, sofrido pela companhia; e (iii) de que o voto do acionista com interesse conflitante tenha sido determinante para a formação da maioria”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol I - arts. 1º a 120. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 663-664. “No caso do voto vedado, não há necessidade de se provar o dano, pois a proibição é absoluta”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol I - arts. 1º a 120. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 664.

<sup>687</sup> TJMG, Apelação nº 1.0702.10.053745-6/006, Rel. Des. Alexandre Santiago, julgamento em 19.03.14

controlador, na medida em que é ele titular de um poder suscetível, por ato ilícito ser, de ser desviado ou abusivamente exercido<sup>688</sup>.

No caso, três famílias, Carneiro, Fernandes e Pereira constituíram a sociedade Carfepe S/A - Administradora e Participadora (CARFEPE), e posteriormente criaram Granja Planalto Ltda, Valle S/A (VALLE) e Moinho Sete Irmãos Ltda. Estas são diretamente controladas pela CARFEPE e indiretamente por uma *holding*, DELTA Administração e Participação Ltda (DELTA), da qual também são sócios os membros da família, cada uma delas com participação de 1/3 do capital.

Os membros das famílias sócios da DELTA celebraram um acordo de cotistas determinando que a administração da sociedade seria feita de forma igualitária entre eles e que os membros do conselho de administração da CARFEPE e da VALLE também seriam, proporcionalmente, membros de cada família. O acordo regula outros aspectos da diretoria da CARFEPE e da VALLE.

Posteriormente, os integrantes das famílias Carneiro e Pereira celebraram um novo acordo de sócios, regulando o voto nas assembleias da sociedade, que, segundo o desembargador, tinha o propósito de alijar a família Fernandes da administração.

Em 28.05.10 foram tomadas deliberações do conselho de administração e da assembleia geral que, segundo o TJMG, continham com abuso de poder. Segundo o relator, ficou demonstrado que as duas famílias se uniram na reunião de modo a colocar em prática o acordo e tirar da administração a terceira família, o que caracteriza nítido abuso de poder<sup>689</sup>. Consequentemente, decidiu pela nulidade da deliberação.

Finalmente, é preciso abordar a votação dos conselheiros quando existe acordo de acionistas que disponha sobre o assunto, o que não é raro em companhias fechadas e abertas<sup>690</sup>.

---

<sup>688</sup> TJMG, Apelação nº 1.0702.10.053745-6/006, Rel. Des. Alexandre Santiago, julgamento em 19.03.14.

<sup>689</sup> “A meu ver, restou demonstrada não apenas a intenção das duas famílias em se unirem para alijar os FERNANDES da gestão dos negócios do grupo, mas a perpetração de efetivos atos que realizaram mencionado interesse. Entendo que, à medida que as famílias Carneiro e Pereira se aproveitaram da oportunidade de, na condição de maioria, afastarem a família Fernandes dos cargos administrativos, colocando, então, em prática o acordo pelas duas celebrado em dezembro de 2009 para cercear o direito de voto dos integrantes do outro grupo familiar, que detém 33,33% dos votos da sociedade, tal conduta caracteriza nítido abuso de poder”. TJMG, Apelação nº 1.0702.10.053745-6/006, Rel. Des. Alexandre Santiago, julgamento em 19.03.14

<sup>690</sup> Exemplos: Acordo de acionistas da BROOKFIELD INCORPORAÇÕES S.A., de 17.04.08: “3.1. Sempre que (i) qualquer dos Acionistas Vinculados convocar os demais na forma da cláusula 3.2, ou

A Lei nº 10.303/01 incluiu os §§ 8º e 9º no art. 118, na LSA<sup>691</sup>, inserindo um mecanismo para obrigar os conselheiros eleitos em virtude de acordo de acionistas a exercer o voto em determinado sentido. Os acionistas signatários, nas chamadas reuniões prévias<sup>692</sup>, determinam antecipadamente o conteúdo do voto que esses administradores devem pronunciar em futura reunião do órgão.

Segundo os dispositivos, o presidente não computará voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado, e, ainda, faculta aos conselheiros eleitos em virtude de acordo de controle votem por conselheiro ausente ou, ainda que presente, deixe de votar.

Conforme aponta Carvalhosa, esses dispositivos impõem a regra de que os acordos produzem efeito não apenas com relação aos acionistas signatários (partes em sentido formal), mas também face aos administradores, que seriam partes em sentido substancial<sup>693</sup>.

---

(ii) a ordem do dia da Assembleia Geral ou Reunião do Conselho de Administração da BRP contiver quaisquer dos atos previstos na Cláusula 3.5, os Acionistas Vinculados deverão se reunir previamente a fim de deliberar sobre os votos a serem proferidos uniformemente pelos Acionistas Vinculados ou por seus representantes das referidas Assembleias Gerais e Reuniões do Conselho de Administração ('Reunião Prévias')". Acesso em 21.04.14 Disponível em: <http://siteempresas.bovespa.com.br/consbov/ArquivoComCabecalho.asp?motivo=&protocolo=292046&funcao=visualizar&Site=C>; Acordo de acionistas da PORTOBELLO S.A., de 15.04.11: "5.6 Exercício do Direito de Voto dos Representantes na Companhia. Os Representantes exercerão, e os Acionistas e o Bloco Gomes farão com que os Representantes exerçam, seus direitos de voto nas reuniões dos órgãos de administração da Companhia em conformidade com as disposições deste Acordo e em estrita observância das instruções de voto dadas pelo Representante do Bloco Gomes, de modo a assegurar o fiel e integral cumprimento deste Acordo e de tais instruções. O presidente da reunião do Conselho de Administração ou da Diretoria não computará qualquer voto proferido com infração ao presente Acordo". Acesso em: 21.04.14. Disponível em: <http://siteempresas.bovespa.com.br/consbov/ArquivoComCabecalho.asp?motivo=&protocolo=286244&funcao=visualizar&Site=C>

<sup>691</sup> "Art. 118, LSA - (...) § 8º O presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado. § 9º O não comparecimento à assembleia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada".

<sup>692</sup> "O acordo de voto em bloco geralmente disciplina o procedimento da 'reunião prévia', órgão deliberativo interno do acordo, a cujas decisões todos os convenientes ficam vinculados". EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol I - arts. 1º a 120. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 722.

<sup>693</sup> "O disposto nos §§8º e 9º do art. 118 desse diploma suscita a regra de que os negócios jurídicos - no caso o acordo de controle - produzem efeitos não apenas perante as partes que os subscreveram - partes em sentido formal -, mas também as que são partes deles em sentido **substancial**. A respeito, a sempre clássica lição de Santoro-Passarelli: 'Em contraposição às partes que intervêm na conclusão do negócio jurídico e que se chamam partes em sentido formal, as que o são relativamente aos efeitos dizem-se partes em sentido substancial'". CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 242.

Dessa maneira, os votos proferidos em contrário às determinações das reuniões prévias e acordos de acionistas são anuláveis<sup>694</sup>, por desrespeitarem negócio jurídico que os regula. Sendo partes do acordo, os administradores precisam observá-lo, nos termos da lei.

Ainda, conforme impõe a LSA, o voto não deve ser computado, o que significa que deve ser destituído de eficácia.

Por fim, em todos os casos de vício de voto, conforme já mencionado, “a maioria só se considera inatingida se, eliminado o voto inexistente, nulo ou anulado, ou eliminados os votos inexistentes, nulos ou anuláveis, não restam votos que a perfaçam”<sup>695</sup>. A deliberação, em qualquer caso, será simplesmente anulável<sup>696</sup>.

#### 4.4 - Distinção entre a deliberação e seus efeitos

É preciso diferenciar as deliberações e os efeitos delas decorrentes, como faz a doutrina ao tratar das deliberações assembleares.

Como explica Eizirik, a deliberação é um “ato jurídico colegial”, manifestação da vontade da companhia. Seus efeitos, porém, são as consequências daquela deliberação, com existência autônoma, que podem durar variados períodos de tempo<sup>697</sup>.

Exemplo claro é a deliberação assemblear que determina a criação de uma cláusula estatutária, chamada deliberação normativa<sup>698</sup>, que diferencia-se da cláusula

<sup>694</sup> Alguns autores falam em ineficácia do voto: “(...) o voto será ineficaz quando contrariar acordo de acionistas (acordo de voto, bem entendido) arquivado na sede da companhia (art. 118)”. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 117.

<sup>695</sup> “Em quaisquer dessas espécies, a maioria só se considera inatingida se, eliminado o voto inexistente, nulo ou anulado, ou eliminados os votos inexistentes, nulos ou anuláveis, não restam votos que a perfaçam”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo L. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1965, p. 282.

<sup>696</sup> No caso de deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia, a própria LSA afirma que aquela é anulável: “Art. 115, §4º, LSA - A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável (...)”.

<sup>697</sup> Eizirik, referindo-se às deliberações normativas: “Tal deliberação, ato jurídico colegial, é semelhante a uma decisão legislativa, uma vez que o seu efeito, o estatuto, como ocorre com a lei, destaca-se da deliberação. Enquanto a deliberação consiste numa manifestação de vontade de sujeitos determinados, os acionistas presentes à assembleia geral, as normas estatutárias produzidas passam a ter uma existência jurídica autônoma, posto que feitas para durar no tempo”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 588.

<sup>698</sup> Comparato classifica em três espécies as deliberações: (i) normativas, aquelas que aprovam ou reformam o estatuto social; (ii) Organizativas, as que elegem e destituem administradores e fiscais; e

estatutária em si: uma é efeito da outra. Segundo Eizirik, a deliberação pode ser anulável; a cláusula pode ser nula ou anulável, conforme seu defeito<sup>699</sup>.

Também aborda essa questão Valladão, afirmando que a cláusula estatutária ou deliberação que crie uma disciplina contra a lei é nula. Porém, a deliberação que no caso concreto violar direito irrenunciável ou inderrogável do acionista é anulável<sup>700</sup>.

É também o que defende Borba, ao afirmar que as cláusulas estatutárias contra a lei são nulas e sempre impugnáveis, já que sua vigência tem prazo indeterminado. Mas, atos concretos, ainda que baseados nessas cláusulas, são anuláveis, com impugnação sujeita a prazo<sup>701</sup>.

No mesmo sentido, Comparato diferencia as deliberações normativas das normas que produzem, afirmando que o artigo 286 não se refere às cláusulas estatutárias, mas às deliberações assembleares. Essas são atos ou negócios jurídicos e, como todos eles, podem ter sua validade impugnada sob o fundamento objetivo, subjetivo ou formal. Os estatutos, por sua vez, têm natureza jurídica diversa, de norma, de maneira que não se sujeitam às mesmas regras de validade que os negócios jurídicos. Para ele, porém, a invalidade das cláusulas são sempre absolutas, podendo

---

(iii) administrativas, as que aprovam ou rejeitam as contas dos administradores. COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 219.

<sup>699</sup> “Trata-se, tal deliberação, inequivocamente, de ato anulável, que poderá ser sanado mediante nova assembleia, convocada e realizada nos estritos termos da Lei das S.A., ou mediante o passar do tempo, até findar o prazo prescricional. As normas estatutárias irregularmente produzidas são, em tais hipóteses, objeto de sanção. (...) A regra estatutária contrária à norma superior é nula, não pode ser sanada, nem o decurso do tempo corrige a sua ilegalidade. Nesta hipótese, a única em nosso entendimento, verifica-se nulidade absoluta, posto que tal norma estatutária não pode integrar o ordenamento de determinada sociedade, por contrária à Lei das S.A., norma superior da qual retira seu fundamento de validade”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 588-589.

<sup>700</sup> “Mesmo no tocante a essa última hipótese - de deliberação que viole direitos irrenunciáveis ou inderrogáveis dos acionistas - a doutrina faz importante distinção: é nula a cláusula estatutária ou deliberação que crie uma disciplina em contraste com a lei; mas a deliberação que, no caso concreto, desrespeitar o direito irrenunciável ou inderrogável do acionista é apenas anulável. É que tal direito, embora irrenunciável a priori, pode não ser exercido na hipótese concreta pelo acionista”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Anulação de assembleia de transformação de S/A*. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 264-265.

<sup>701</sup> “Anotar-se, porém, que as normas estatutárias contra legem, ainda que exauridos os prazos de prescrição ou decadência, continuarão impugnáveis, posto que, como atos-regras que são, contêm uma irregularidade que se renova a cada dia, sendo assim insuscetíveis de prescrição. Sob esse aspecto, seriam disposições nulas. É bem verdade que os atos concretos praticados com base nos dispositivos estatutários ilegais são passíveis de prescrição ou decadência. A prerrogativa de arguir a ilegalidade da norma é que não prescreve ou decai, podendo assim ser alegada indefinidamente, para o efeito de retirá-la dos estatutos.” BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 557.

então ser questionado a qualquer tempo, não se sujeitando ao prazo do art. 286 ou qualquer outro<sup>702</sup>.

#### 4.5 - A ação de invalidade

Verificado um vício na reunião, deliberação ou voto, poderá ser ajuizada ação para a respectiva impugnação, cujos aspectos centrais serão analisados nesse tópico.

Em primeiro lugar, a legitimada passiva é, em qualquer caso, a sociedade, representada por seus diretores, conforme indicado no estatuto social. Isso porque o conselho de administração, conforme já discutido, é órgão da sociedade e suas deliberações são a ela atribuídas<sup>703</sup>.

<sup>702</sup> “Na verdade, como direito objetivo que é, como sistema normativo, o estatuto está submetido a regras de validade bem diferentes das que disciplinam os atos jurídicos. A invalidade de uma norma estatutária - como a norma legal, de resto - é sempre absoluta. Não há regras nulas e anuláveis, como em matérias de atos jurídicos”. COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 222-223.

<sup>703</sup> “A ação anulatória deve ser proposta contra a companhia, e não contra os conselheiros, porquanto as deliberações, depois de aprovadas em reunião, passam a ser atos da própria sociedade”. LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312; “Seja a suspensão requerida de deliberação adotada em assembleia geral, ou pelo conselho de administração, ou mesmo pela diretoria, será sempre dirigida contra a sociedade, da qual são órgãos aqueles. Sujeito passivo da suspensão de deliberações sociais será, destarte, sempre a sociedade, jamais, advirta-se, aqueles que com seus votos contribuíram para formar a vontade social”. FONSECA, Priscila Corrêa da. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 105.

É esse o raciocínio aplicado para as deliberações assembleares: “Não há qualquer controvérsia a respeito: legitimada, em qualquer hipótese, é a companhia. Não nos parece que, nos casos de abuso de direito de voto, por exemplo, o acionista controlador seja também legitimado passivamente, em litisconsórcio necessário com a companhia, pois a demanda objetiva a anulação da deliberação - que é atribuída, como se viu, à sociedade”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidade das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 125; “As ações de nulidade ou de anulação de deliberações da assembleia geral são dirigidas contra a sociedade por ações; portanto, há de figurar por ela quem a presenta. Não se há de demandar a Diretoria, mesmo se os atos aprovados pela assembleia geral forem atos da Diretoria (Supremo Tribunal Federal, 10 de outubro de 1949, R. De D. M., II, 557). Isso não afasta a possibilidade de litisconsórcio (sociedade por ações e Diretoria)”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*, tomo L. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1965, p. 256.

No direito português: “Em qualquer dos casos impugnem-se deliberações e não (simples) votações. O voto, por si só, não representa uma posição da sociedade. Além disso, não tem relevância (societária) quando desinserido da deliberação que origine. O ‘vício’ do voto comunica-se à deliberação, quando se enquadre nas previsões de nulidade ou de anulabilidade. A prova de resistência consiste em verificar se determinado voto tem relevância para a deliberação concreta. Não a tendo, tonam-se indiferentes, para o tema em estudo, quaisquer vícios que o possam afectar”. CORDEIRO, António Menezes. *SA: Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 228; “Artigo 60.º, Código das Sociedades Comerciais portugueses - 1 - Tanto a ação de declaração de nulidade como a de anulação são propostas contra a sociedade”.

“Pergunta-se se as ações de ineficácia ou de inexistência de deliberações sociais também são intentadas contra a sociedade. A resposta é positiva, por interpretação extensiva ou por aplicação analógica do preceito em causa, mas isso - naturalmente - na medida em que faça sentido admitir tais ações. A ineficácia paralisa a deliberação: não tem de ser declarada. Se houver interesse em fazê-lo, a ação será meramente declarativa. Quanto à inexistência: não deve ser considerada um vício



Conforme exposto, em se tratando de hipótese de nulidade, a legitimação ativa é ampla, cabendo a qualquer pessoa interessada. Assim, a ação poderia ser proposta por acionistas, conselheiros fiscais, diretores terceiros prejudicados e até por conselheiro que tenha votado favoravelmente à deliberação que se deseja tornar nula<sup>704</sup>. Acrescenta Valladão que quando se trata de companhias abertas, também tem legitimidade ativa a CVM, em virtude de sua função fiscalizatória<sup>705</sup>, não se confundindo essa iniciativa com a sanção administrativa, nem com sua função de *amicus curiae*.

Ressalva-se, porém, o que se preconiza a respeito da nulidade relativa. Em certos casos, apesar de estar-se diante de uma hipótese de nulidade, apenas são violados interesses pessoais, o que pode frequentemente ocorrer em companhias fechadas. Nesses casos, apenas os diretamente interessados podem alegar a nulidade, semelhante ao que ocorre com a anulabilidade<sup>706</sup>.

No caso de anulabilidade, o rol é mais restrito, por poder ser alegada apenas pelos juridicamente interessados (interessados diretos). Em primeiro lugar, no caso de vícios das reuniões, seriam legitimados aqueles conselheiros prejudicados com a inobservância das formalidades.

As deliberações aprovadas, por sua vez, poderiam ser impugnadas pelos conselheiros que votaram contra ela ou aqueles que não votaram por não terem

---

*autônomo. Assim, perante a “ausência” de certa deliberação, só faria sentido uma ação de simples apreciação negativa. Fatalmente: contra a própria sociedade”*. CORDEIRO, António Menezes. SA: Assembleia Geral e deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2009, p. 228.

<sup>704</sup> É o que defende Valladão a respeito das deliberações assembleares: “*Em se tratando de pretensão à declaração de nulidade dos mencionados atos, não há maiores dificuldades, visto que a legitimação para agir, nesta hipótese, abre-se, nos termos do art. 146, do Código Civil, a qualquer interessado, ou ao Ministério Público, quando lhe couber intervir, podendo, outrossim, ser pronunciada de ofício pelo juiz. Dessa forma, mesmo o acionista que votou favoravelmente à deliberação, por exemplo, está legitimado, no caso de nulidade, a propor a ação, ou, ainda, o acionista que vier a ingressar, posteriormente, na companhia. Na mesma situação estão os administradores da sociedade, a quem, precipuamente, se dirigem as deliberações assembleares, e que, nesta hipótese, não têm o dever de cumpri-las. Ou, ainda, terceiros (ou acionistas enquanto terceiros), de cujos direitos porventura a assembleia pretendeu abusivamente dispor*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 119-120; **No mesmo sentido**: “*A nulidade da deliberação [assemblear] pode ser invocada, de conformidade com o direito comum, por qualquer interessado e, portanto, até pelo acionista que votou a favor da deliberação*”. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 550.

<sup>705</sup> “*No que tange às companhias abertas, também a Comissão de Valores Mobiliários estará legitimada a agir, a nosso ver, relativamente a atos relacionados com sua competência fiscalizatória, disciplinada pela Lei nº 6.385/76*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 120.

“**Art. 1º, Lei nº 6.385/76 - Serão disciplinadas e fiscalizadas de acordo com esta Lei as seguintes atividades (...)**”

<sup>706</sup> Cf. item 3.5.2.

comparecido à reunião<sup>707</sup>. Não poderiam, portanto, ser impugnadas por aqueles que votaram favoravelmente. Parece desnecessário que o dissidente tenha que consignar em ata a sua divergência para que possa ingressar em juízo. Conforme afirma Priscila Corrêa da Fonseca, “*uma vez aprovada a matéria por maioria de votos, presume-se a presença de votos vencidos*”<sup>708</sup>.

Questiona-se se o conselheiro dissidente poderia arrepender-se de seu voto e impugnar a deliberação, por exemplo, como aponta Fonseca, no caso de “*deliberações que envolvam assuntos complexos que requeiram o exame de numerosos documentos*”, como análise de balanço, relatório e contas, em que é frequente a hipótese de erro<sup>709</sup>. Parece ser a melhor solução, como aduz a autora, ao estudar as deliberações assembleares, que não se negue àquele que contribuiu para a formação de certa deliberação o direito de impugná-la posteriormente, caso se convença de sua ilegalidade ou inconveniência<sup>710</sup>.

No caso de vício de voto, por sua vez, caso tenha sido relevante para a formação da maioria, este poderia ser impugnado por qualquer dos conselheiros, uma vez que, se a manifestação de vontade não ocorreu da maneira exata, deve haver a correção.

Acrescenta-se, em qualquer caso, a legitimidade ativa de terceiros prejudicados<sup>711</sup>.

Parece também adequado conferir legitimidade ativa aos diretores e conselheiros fiscais no caso de anulabilidade, caso tenham acesso ao conteúdo da reunião<sup>712</sup>.

---

<sup>707</sup> Raciocínio análogo no estudo das deliberações assembleares: “*Por derradeiro, tratando-se de pretensão à anulação da assembleia ou suas deliberações, a regra geral é a de que a legitimação ad causam só compete, em princípio, ao acionista que votou contrariamente, ou àquele que se absteve de votar no conclave (...)*”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 121; “*a anulação da deliberação [assemblear] pode ser invocada, nos prazos do artigo (...), pela sociedade ou pelo acionista que não votou a favor da deliberação*”. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 550.

“*a anulação da deliberação [assemblear] pode ser invocada, nos prazos do artigo (...), pela sociedade ou pelo acionista que não votou a favor da deliberação*”. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 550.

<sup>708</sup> FONSECA, Priscila Corrêa da. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 87.

<sup>709</sup> FONSECA, Priscila Corrêa da. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 88.

<sup>710</sup> FONSECA, Priscila Corrêa da. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 89.

<sup>711</sup> É o que se propõe para as deliberações assembleares: “*Na vida social se fazem frequentes as deliberações que afetam direitos e interesses de terceiros. Daí porque não se pode denegar-lhes legitimidade para impugnar tais deliberações. Aos terceiros, portanto, deve-se permitir o direito de suspender as decisões sociais sempre que demonstrem ‘um interesse suficiente’*”. FONSECA, Priscila Corrêa da. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 104.

É fato que algumas deliberações do conselho de administração são voltadas aos diretores, conforme se verificou no estudo de sua competência. Dessa forma, em certos casos, têm interesse direto em sua regularidade. Em algumas ocasiões, inclusive, o conselho de administração impõe aos diretores a prática de determinados atos. Ora, se essa imposição vier por meio de deliberação manifestamente contrária à lei ou ao estatuto, o diretor não tem obrigação de executar, não podendo, inclusive, ser responsabilizados por omissão<sup>713</sup>.

No caso dos conselheiros fiscais, defende-se a legitimidade ativa em virtude de sua função fiscalizatória<sup>714</sup>.

---

<sup>712</sup> Há quem defenda essa legitimidade ativa sob o argumento da aplicabilidade analógica do regime das deliberações assembleares ao conselho de administração: “Qualquer acionista, administrador ou fiscal poderá propor, contra a companhia, ação para anular as deliberações tomadas em reunião do conselho de administração, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação. Como lembrado por Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, citando os ensinamentos de Bonelli, ‘a tese que prevalece entre os autores é da aplicabilidade analógica às deliberações do conselho de administração da disciplina de invalidade das deliberações assembleares’”. LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312.

No âmbito das deliberações assembleares: “Mas a verdade é que não há como retirar dos administradores que não são sócios a legitimidade para o exercício das ações de nulidade e de anulação. Têm eles, por força dos deveres que lhes atribui a lei, a obrigação de zelar pela manutenção da ordem vigorante no seio da sociedade. Nesse sentido, por via de efeito, cabe-lhes impugnar judicialmente as deliberações contrárias à lei, ao estatuto ou ao contrato social. A legitimação, entretanto, não deriva da responsabilidade que lhes pode advir pela prática de atos executórios oriundos da deliberação impugnada. Em primeiro lugar porque, inegavelmente, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei”. FONSECA, Priscila Corrêa da. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 96-97; “Aliás, é preciso relevar que a ideia de que os administradores não têm a obrigação de dar execução às deliberações inválidas não justifica a exclusão da respectiva legitimidade para as ações a que nos referimos. É que outros, em seu lugar, poderão, na prática, levar a cabo a efetivação da deliberação. Explica-se, desse modo, a legitimidade do administrador pelo dever que tem de propugnar pelo bom andamento dos negócios sociais”. FONSECA, Priscila Corrêa da. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 97.

Valladão, por outro lado, é pela sua negativa: “À falta de previsão legal, não pode ser admitida, outrossim, a legitimação dos diretores, e, muito menos, dos conselheiros fiscais”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidade das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 123.

<sup>713</sup> Esse raciocínio é feito no âmbito das deliberações assembleares com relação aos administradores: “Ora, não há como se constranger os administradores a executarem deliberações contrárias à lei ou às cláusulas do estatuto e do contrato social, até porque, se o fizeram, por tais atos responderão (Lei nº 6.404/76, art. 158). (...) na hipótese de certeza acerca dos vícios que inquinam a deliberação, a não-execução desta não acarreta, para os administradores, qualquer responsabilidade (...)”. FONSECA, Priscila Corrêa da. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 97;

<sup>714</sup> “Tendo em vista que a responsabilidade do conselheiro fiscal, no direito brasileiro, cessa com a comunicação das irregularidades apontadas aos órgãos da administração e à assembleia geral (art. 165, §2º), o interesse do conselheiro pelo recurso ao Judiciário se mostra de difícil ocorrência. Mas não pode, todavia, se excluído. Ademais, não é incompatível com a função fiscalizatória concedida o poder de impugnar judicialmente deliberações inválidas. Assim, há de se conferir aos membros do conselho fiscal legitimidade para requerer o decreto de anulabilidade ou nulidade de tais deliberações”. FONSECA, Priscila Corrêa da. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 99.

Os diretores, bem como os conselheiros fiscais e de administração, devem agir em juízo isoladamente e não coletivamente, por meio do órgão social. Neste último caso, seria a sociedade demandando contra ela própria. Os órgãos sociais não possuem legitimidade ativa<sup>715</sup>.

É natural que a decisão judicial terá efeito contra todos os sócios e administradores, bem como contra a própria sociedade<sup>716</sup>, ressalvados, conforme já apontado, direitos de terceiros<sup>717</sup>.

Havendo mais de uma ação de invalidade a respeito da mesma deliberação, devem ser reunidas em conexão, nos termos da legislação processual civil<sup>718-719</sup>.

O direito de ação pode ser exercido de maneira abusiva (*culpa in petendo*). Eizirik aborda a questão ao tratar das deliberações assembleares, apontando que as

<sup>715</sup> “Ainda relativamente à legitimatio ad causam dos administradores é de se indagar se eles devem ser guinados ao pólo ativo da relação processual, isolada ou coletivamente. Ou seja, é o administrador pessoalmente que exerce o direito de ação, ou é o colegiado que integra que deve fazê-lo? A opinião dominante na doutrina é a que nega aos órgãos administrativos a legitimidade ativa. Entende-se que um órgão da sociedade não poderia demandar contra esta, já que, em última análise, dela faz parte, posto que teríamos, no caso, a sociedade na posição de demandante e demandada. Daí porque apenas se faculta aos administradores, em nome próprio, a titularidade do direito de ação”. FONSECA, Priscila Corrêa da. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 97-98.

Menezes Cordeiro aponta legislação e jurisprudência portuguesa com possibilidade em sentido contrário: “As acções podem ser propostas pelo órgão de fiscalização ou, na sua falta, por qualquer gerente - 57.º/2. Explicam os tribunais que, neste âmbito, o conselho fiscal tem personalidade judiciária para intentar acções: não para impedir a confirmação da sua validade”. CORDEIRO, António Menezes. *SA: Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 228-229; “Artigo 59.º, Código das Sociedades Comerciais português - I - A anulabilidade pode ser arguida pelo órgão de fiscalização ou por qualquer sócio que não tenha votado no sentido que fez vencimento nem posteriormente tenha aprovado a deliberação, expressa ou tacitamente”; “Artigo 60.º, Código das Sociedades Comerciais português - (...) 3 - A sociedade suportará todos os encargos das acções propostas pelo órgão de fiscalização ou, na sua falta, por qualquer gerente, ainda que sejam julgadas improcedentes”.

<sup>716</sup> Nesse sentido, a respeito das deliberações assembleares: “Anulada a deliberação, ainda que a pedido de um sócio, deverá ser considerada anulada perante todos” (tradução livre da autora). Original: “Annullata la deliberazione, anche a richiesta di un socio, la si dovrà ritenere annullata per tutti (...)”. VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, vol. II. Milão: Francesco Vallardi, 1923, p. 260.

<sup>717</sup> É o que determina expressamente o Código das Sociedades Comerciais português, no seu art. 61.º: “1 - A sentença que declarar nula ou anular uma deliberação é eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na acção. 2 - A declaração de nulidade ou a anulação não prejudica os direitos adquiridos de boa-fé por terceiros, com fundamento em actos praticados em execução da deliberação; o conhecimento da nulidade ou da anulabilidade exclui a boa-fé”.

<sup>718</sup> “Art. 103, CPC - Reputam-se conexas duas ou mais acções, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.

“Súmula nº 235, STJ - A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

<sup>719</sup> Menezes Cordeiro, sobre a questão no direito português: “Pode acontecer que, perante uma deliberação social, especialmente se controversa, surjam diversas acções de invalidade. Por razões de racionalização processual óbvias e visando prevenir soluções judiciais díspares, o artigo 60.º/2 determina a sua apensação”. CORDEIRO, António Menezes. *SA: Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 228; “Artigo 60.º, Código das Sociedades Comerciais português - (...) 2 - Havendo várias acções de invalidade da mesma deliberação, devem elas ser apensadas, observando-se a regra do n.º 2 do artigo 275.º do Código de Processo Civil”.

“*sociedades são muitas vezes vítimas de raiders, que impugnam sem fundamento as deliberações sociais*”<sup>720</sup>.

Nesses casos, deve haver responsabilização dos autores pelos danos causados, nos moldes da legislação e jurisprudência nacional<sup>721</sup>. Do mesmo modo, na hipótese de litigância de má fé, aplica-se as respectivas regras do instituto<sup>722-723</sup>.

<sup>720</sup> EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 581. Completa o autor que cabe, nesses casos: “*a condenação do autor como litigante de má-fé e sua responsabilização por culpa in petendo*”.

<sup>721</sup> Para a elaboração deste estudo não foram encontrados julgados a respeito do uso abusivo do direito de ação em ações de invalidade de deliberações de órgãos sociais, mas em outros contextos, por exemplo, no julgamento da Apelação nº 2008.068256-9, pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 14.10.10, nos autos de uma ação de indenização por danos morais ajuizada por Terezinha Moraes Machado (autora) contra América do Sul Leasing S/A Arrendamento Mercantil (ré). A autora alegou que comprou em fevereiro de 1996 um automóvel BMW (bem) de Luís Carlos de Souza. Em maio, o bem foi apreendido por oficial de justiça, em razão de decisão proferida em ação de busca e apreensão ajuizada pela ré. A autora afirmou que na ocasião da apreensão do veículo sofreu grave constrangimento diante de pessoas. Opôs embargos de terceiros para reaver o bem e, para tanto, pagou honorários advocatícios e caucionou a ação com uma casa de propriedade de seu filho. Por isso, requereu a condenação da ré à indenização por danos morais e materiais. Em primeiro grau, o pedido foi julgado parcialmente procedente. A ré apelou, sob o argumento de ter agido de boa-fé ao promover a busca e apreensão do bem, afirmando ausência dos requisitos da responsabilidade civil subjetiva. Em segundo grau, o relator deu parcial provimento ao recurso, somente para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais. Entendeu que houve abusividade do pleito judicial, havendo má-fé quando do ajuizamento pela ré da ação de busca e apreensão do bem, pois este jamais foi de sua propriedade e nem objeto de arrendamento mercantil. Nos termos do voto: “*comprovada a inexistência de arrendamento mercantil do veículo adquirido por Terezinha Moraes Machado, é de fácil verificação o abuso de direito de ação, pela apelante, geratriz do dano moral infligido à autora, em razão da busca e apreensão do veículo legalmente adquirido, por se tratar de dano in re ipsa, conforme a jurisprudência deste Tribunal., a exemplo do seguinte julgado: ‘Há responsabilidade civil do banco pelos danos morais causados em razão da apreensão de veículo objeto de contrato de financiamento celebrado entre as partes, pois efetuada após a consignação extrajudicial dos valores devidos, sendo despicienda a comprovação do dano, porque presumido (in re ipsa) (Ap. Cív. n. 2005.031770-4/000000, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. 14-9-2009).’ Assim, correta a sentença reconhecedora do dever da ré de indenizar a autora pelos danos morais*”. Concluiu o relator que a ré deveria ser ‘*exemplarmente punida*’, pois, para garantir o recebimento de valores devidos, promoveu busca e apreensão de veículo sobre o qual não havia nenhum gravame, tampouco estava em seu nome, com registro de arrendamento mercantil em favor de seu cliente. (TJSC, Apelação nº 2008.068256-9, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julgamento em 14.10.10).

<sup>722</sup> “**Art. 17, CPC** - *Reputa-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidentes manifestamente infundados. VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório*”. “**Art. 18, CPC** - *O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou*”.

<sup>723</sup> Menezes Cordeiro aborda a questão no direito português, a respeito das deliberações assembleares: “*As ações de anulação ou de declaração de nulidade de uma deliberação social podem ser abusivas. Assim sucederá, nos termos gerais quando, por defrontar a confiança ou a materialidade subjacente, elas se apresentem contrárias à boa fé. A jurisprudência tem sancionado ocorrências desse tipo. Assim: RPt-Dez.-1993: foi omitida, indevidamente, a exibição de determinados documentos, antes da assembleia geral; todavia, verificou-se que o sócio impugnante exercera plenamente o seu direito à informação: a sua pretensão é abusiva: contraria a materialidade subjacente. STJ 10-Mar.-1994: visando certa deliberação aprovar contribuições dos sócios, não como sócios mas como terceiros, de*

Acrescenta-se que o Judiciário não pode fazer análise de oportunidade e conveniência a respeito das deliberações, mas tão somente de sua legalidade<sup>724</sup>.

Vale ressaltar, como aponta Bulgarelli, que a minoria, seja da assembleia ou dos administradores, não tem o condão de impugnar deliberações válidas, sob o simples argumento de sua discordância, por vigorar o princípio majoritário. O controle de legalidade dos atos da administração visa a verificar as infrações à lei e ao estatuto, e não munir a minoria de um poder que acabaria por impedir um fluido funcionamento da companhia<sup>725</sup> e sobrepor seus interesses particulares em detrimento

---

*tal modo que só ficam a ela vinculados os que aceitaram, é abusivo o pedido da sua anulação: de novo se contraria a materialidade subjacente. Esta dimensão é importante. As sociedades tornam-se facilmente vítimas de raiders que impugnam, sem fundamento, as mais diversas deliberações sociais*". CORDEIRO, Antônio Menezes. SA: Assembleia Geral e deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2009, p. 229; "Além das situações de abuso, podemos ainda computar as hipóteses de condenação do seu autor como litigante de má fé e de ele incorrer em responsabilidade civil por culpa in petendo. Ambas as eventualidades devem ser reconduzidas aos princípios gerais que norteiam esses institutos". CORDEIRO, Antônio Menezes. SA: Assembleia Geral e deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2009, p. 230.

<sup>724</sup> "Se as anuladas o foram por vícios formais, estas deles não padecem; sua impugnação, portanto, só poderia advir dos critérios de conveniência e oportunidade, os quais, obviamente, refogem à competência do Judiciário". BULGARELLI, Waldírio. Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 157; "Pergunta-se se o juiz tem jurisdição de mérito ou apenas, de legalidade: no primeiro caso, ele apreciaria a oportunidade e a valia de determinada deliberação; no segundo, estarão em jogo, apenas, juízos de legalidade. À partida, a jurisdição será, aqui, de mera legalidade. Desde logo porque o juiz apenas pode invalidar deliberações; não as pode substituir por outras, mas 'oportunas'. De segunda porque não lhe são pedidos juízes técnicos, no plano da gestão: apenas uma verificação de conformidade com as regras aplicáveis. Todavia, o juiz poderá ter de concretizar conceitos indeterminados. Assim sucederá em três eventualidades exemplificativas: - na de a própria acção de invalidação ser abusiva; - na de se jogar a violação da boa fé; - na de estarem em causa votos abusivos". CORDEIRO, Antônio Menezes. SA: Assembleia Geral e deliberações sociais. Coimbra: Almedina, 2009, p. 231.

Nesse sentido, julgado do STJ, ao manifestar-se sobre a possibilidade de uma sociedade outorgar certa garantia a terceiro: "Nesse passo, leciona Oscar Barreto Filho, com remissão à doutrina de Seabra Fagundes, não caber ao Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos, isto é, questão acerca de 'critérios variáveis que se contêm na apreciação subjetiva dos administradores, a quem cabe decidir acerca da conveniência e oportunidade do ato'. No caso, trata-se de pactuação acessória pela qual a companhia, que não é devedora na avença principal, figura como dadora em penhor mercantil acessório à cédula de crédito bancário, emitida por empresa com quem mantém estreita relação". STJ, Recurso Especial nº 1.377.908/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgamento em 21.05.13.

<sup>725</sup> "(...) as deliberações tomadas pela maioria, em assembleias gerais regularmente convocadas e instaladas para atender aos negócios normais da sociedade são válidas e, portanto, inatacáveis pela minoria. O poder desta, entenda-se, não é de sobrepor-se ao da maioria, mas o de, em defesa da sociedade, insurgir-se contra a violação da lei e do estatuto, e, mais especificamente, de alguns direitos inderrogáveis. O controle da legalidade dos atos da administração e da assembleia foi criado para se evitar a violação da lei, e não para dotar a minoria de um poder soberano na sociedade, impedindo a sua marcha normal". BULGARELLI, Waldírio. Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 156.

do social<sup>726</sup>. Essa conclusão, aliás, é uma das decorrências da premissa de que o Judiciário só pode analisar questões formais, apenas de legalidade.

Por fim, acrescenta-se que é possível que, verificada a invalidade da deliberação, seja requerida a suspensão de sua eficácia e impedimento de realização de outros atos societários nela fundamentados, seja mediante antecipação de tutela<sup>727</sup> ou medida cautelar, desde que observadas as respectivas regras processuais<sup>728</sup>.

#### 4.6 - Prazo para propositura da ação

A LSA regula nos arts. 285 a 288, sob o título de “*prazos de prescrição*”, os prazos para propositura de ação judicial para anular a constituição da companhia, as deliberações da assembleia e outras ações como a contra peritos e subscritores do capital para reparação civil pela avaliação de bens; de credores não pagos contra acionistas e liquidantes. Não há, porém, menção a ação para impugnar deliberações do conselho de administração, mas tão somente ação contra os administradores<sup>729</sup>, que possuem objetos completamente diferentes. A ação a que se refere o art. 287, II, “b”,

<sup>726</sup> “(...) não pode, é evidente, a minoria sobrepor o seu interesse pessoal ao interesse social”. BULGARELLI, Waldírio. *Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 157.

<sup>727</sup> “É legítima, em sede de antecipação de tutela, a sustação dos efeitos das deliberações tomadas em reunião do Conselho de Administração da Sociedade Anônima, quando prova inequívoca conduz à verossimilhança dos fatos alegados, com evidente risco de ocorrência de lesão grave ou de difícil reparação, já que não observada norma legal reguladora do caso concreto, qual seja a convocação do Conselho Fiscal”. TJMG, Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.481506-3/000, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, julgamento em 31.03.05.

<sup>728</sup> “É viável para a A ou para os acionistas minoritários da D-1 obter medida judicial tendente a: (i) suspender a eficácia da deliberação tomada no Conselho de Administração da D em 21.12.2006 até sua anulação por sentença; (ii) impedir a realização da assembleia da D-1, convocada para o dia 23.1.2707; e (iii) em última instância anular e suspender a eficácia de deliberações que venham a ser tomadas na referida assembleia? **R.:** Não nos resta a menor dúvida que sim, quer mediante antecipação de tutela, eis que estão presentes todos os elementos previstos para tanto no art. 273 do Código de Processo Civil, quer mediante a promoção de medida cautelar inominada, com fundamento no art. 798, do mesmo diploma legal. Mas não podemos deixar de observar que a realização da assembleia mencionada no item (ii) implicará a consumação da fraude à lei, o que não acreditamos que a CVM ou o Poder Judiciário deixarão ocorrer”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Atos e operações societárias em fraude à lei, visando à tomada ilícita do controle de companhia aberta - abuso do poder de controle e conflito de interesses caracterizados - invalidade*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XLV, nº 143, jul-set, 2006, p. 269.

<sup>729</sup> “**Art. 287, II, “d”, LSA** - a ação contra os administradores ou titulares de partes beneficiárias para restituição das participações no lucro recebidas de má-fé, contado o prazo da data da publicação da ata da assembléia-geral ordinária do exercício em que as participações tenham sido pagas”.

trata-se da ação de responsabilidade civil pessoal contra os administradores, por danos causados à companhia, conforme previsto pelo art. 158, da LSA<sup>730-731</sup>.

Também não se confunde a impugnação das deliberações com a anulação disposta no art. 156, §2º, da LSA, que determina ser anulável o negócio jurídico praticado em contrariedade ao 1º do mesmo artigo, ou seja, negócio entre administrador e companhia em não razoáveis ou não equitativas, sem equivalência às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros. Nesse caso, está sendo anulado o próprio negócio praticado e não a deliberação do órgão.

Diante da omissão legal, a doutrina se divide sobre qual seria o prazo para o ajuizamento da ação de anulação. Alguns autores, como Modesto Carvalhosa e Lazzareschi Neto, sustentam que o prazo seria de três anos, por aplicação analógica do prazo previsto para impugnação dos atos dos administradores<sup>732</sup>. Não parece ser a posição mais correta.

Primeiramente, é importante esclarecer que o art. 156, §2º, da LSA e o art. 287, II, “b” tratam de ações diferentes.

O primeiro refere-se a um negócio jurídico celebrado com infração ao §1º do mesmo dispositivo, motivo pelo qual é anulável. O que o dispositivo anuncia é a possibilidade de se “*promover a declaração judicial de desconstituição do negócio jurídico*”<sup>733</sup>, como afirma o próprio Carvalhosa ao comentar o artigo. O prazo para tanto não está previsto no art. 287, da LSA.

---

<sup>730</sup> “**Art. 158, LSA** - O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: **I** - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; **II** - com violação da lei ou do estatuto”.

<sup>731</sup> “Os administradores, qualificados como órgãos da companhia, não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da companhia e em virtude de ato regular de gestão. Respondem, porém, pelos danos causados à sociedade quando procederem: (i) dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; ou (ii) com violação da lei ou do estatuto. A ação contra os administradores prescreve em 3 (três) anos, contados da data da publicação da ata da assembleia que aprova o balanço referente ao exercício em que ocorreu a violação (inciso II, alínea “b”, item 2). Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador pelos danos causados ao seu patrimônio”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 609.

<sup>732</sup> “De acordo com o mesmo autor [Modesto Carvalhosa], nesse caso o prazo prescricional da ação anulatória seria de três anos: ‘Nesse caso, cabe analogicamente a aplicação do prazo de prescrição previsto para os atos dos administradores, que é de três anos (art. 287)’”. LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 312.

<sup>733</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 393.



Bastante diferente é o que trata o artigo 287, II, “b”, da LSA: *responsabilidade civil do administrador “por atos culposos ou dolosos, no caso de violação da lei, do estatuto ou da convenção de grupo”*.

Ou seja, no primeiro caso, trata-se de desconstituição de negócio jurídico e, no segundo, de responsabilidade civil.

De qualquer forma, parece mais adequado entender que não cabe aplicação analógica do prazo de nenhuma das duas ações judiciais, o que, inclusive, geraria insegurança jurídica.

O prazo da ação da responsabilização do administrador é o que parece menos aplicável pela diferença da natureza entre elas: trata-se de responsabilidade civil, enquanto a impugnação da deliberação do órgão administrativo seria a invalidação de ato jurídico.

Porém, argumenta-se ainda que o tema prescrição e decadência é questão de ordem pública, de modo que suas normas devem ser interpretadas restritivamente, afastando-se a interpretação por extensão ou analogia, conforme afirma Cahali<sup>734</sup>.

De qualquer modo, não é necessário recorrer à analogia para suprir esse silêncio da LSA. Cahali, em lição precisa, ao abordar os prazos de decadência da

---

<sup>734</sup> “Quando se diz que a prescrição é de ordem pública, tem-se em mente significar que foi estabelecida por considerações de ordem social, e não no interesse exclusivo dos indivíduos. Ela, assim, existe independentemente da vontade daqueles a quem possa prejudicar ou favorecer. A lei que a cria é rigorosamente obrigatória. Em razão de sua natureza, as jurídicas sobre prescrição devem ser interpretadas estritamente, repelindo-se a própria interpretação extensiva ou analógica”. CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 24.

Apesar desse entendimento, observa-se em alguns julgados a aplicação analógica de prazo de prescrição: Exemplos: “*Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECORRENTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. POUPANÇA. COBRANÇA DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS BRESSER E VERÃO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. 1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65*” (original sem negrito). (STJ, REsp 1070896/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgamento em 14.04.10); “*Ementa: PENSÃO POR MORTE Pleito de anulação do ato de concessão do benefício Impossibilidade A Administração Pública pode anular seus próprios atos quando ilegítimos ou ilegais, mas não dispõe de prazo indefinido para fazê-lo - ‘(?)’ o STF já decidiu que a regra é a prescribibilidade. Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. 20.910/32)?*” (Hely LOPES MEIRELLES) - **RECURSO À ANALOGIA: Se a lei local não possuir norma específica de prescrição administrativa, é de todo razoável recorrer à analogia, para evadir a situação de imprescribibilidade - CONSIDERAÇÃO, EX HYPOTHESE, DE INCIDÊNCIA DA LEI PAULISTA Nº 10.177, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1998: Ainda que, de modo hipotético, se pretendesse incidente, na espécie, a Lei estadual nº 10.177/1998 (cfr. inc. I, art. 10), contornando-se, assim, sua problemática textual adstrição ao exercício da tutela administrativa, já se teria superado, no caso dos autos, o prazo decenal que nela se inscreve Precedentes deste Egrégio Tribunal. Reexame necessário e recurso voluntário desprovidos, com observação**” (original sem negrito). (TJSP, Apelação nº 0000260-15.2013.8.26.0037, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, julgamento em 15.04.14).

LSA, afirma que havendo divergência entre essa e o Código Civil, predomina a lei especial. Porém, sendo essa omissa, aplica-se a lei geral, exatamente conforme determina o art. 1.089, do CC<sup>735-736</sup>.

Aplica-se às deliberações do conselho de administração o art. 48, parágrafo único<sup>737</sup>, do Código Civil, que determina que decai em três anos o direito de anular as decisões dos órgãos de administração coletiva das pessoas jurídicas, quando eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude ou quando violarem a lei ou estatuto, redação bastante semelhante à do art. 286, da LSA, que dispõe sobre a anulação de deliberações assembleares.

Com relação à nulidade, é comum a afirmação de que, por ser defeito grave que acomete a ordem pública, é imprescritível ou, nos termos de Agnelo Amorim, está sujeita a ação perpétua<sup>738</sup>. É o que defende a grande maioria dos autores<sup>739</sup>.

<sup>735</sup> “**Art. 1.089, CC** - A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código”.

<sup>736</sup> “Em sede de sociedade anônima, havendo divergência dos textos [Código Civil e LSA], prevalecem as disposições da Lei 6.404, como lei especial, que não se derroga pela lei geral, de resto expressamente preservada aquela pelo codificador. Nos casos omissos na Lei 6.404, aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código Civil, conforme determina este em seu art. 1.089”. CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 298-299.

<sup>737</sup> “**Art. 48, CC** - Se a pessoa jurídica tiver administração coletiva, as decisões se tomarão pela maioria de votos dos presentes, salvo se o ato constitutivo dispuser de modo diverso. **Parágrafo único**. Decai em três anos o direito de anular as decisões a que se refere este artigo, quando violarem a lei ou estatuto, ou forem eivadas de erro, dolo, simulação ou fraude”.

<sup>738</sup> “Antes, porém, torna-se mister examinar um assunto de natureza terminológica, que deve ser analisado antes de qualquer outro, para que o problema que temos em vista fique bem equacionado. É o que diz respeito à manifesta impropriedade da expressão ‘ações imprescritíveis’, pois tal expressão não corresponde, com exatidão, ao sentido em que ela é utilizada comumente. Costuma-se usar tal expressão com o objetivo de designar aquelas ações que não estão sujeitas, direta ou indiretamente, a qualquer prazo (prescricional ou decadencial). Esse objetivo não corresponde, todavia, à compreensão lógica e gramatical da expressão. ‘Imprescritível’ significa ‘que não prescreve’ ou ‘não sujeito a prescrição’. Deste modo, lógica e gramaticalmente, a expressão abrange, não só: a) as ações não sujeitas nem a prescrição nem a decadência, como também b) as ações sujeitas a decadência (indiretamente, por força da extinção do direito a elas correspondente), pois estas últimas também são ‘ações que não prescrevem’. A expressão em foco tem, por conseguinte, uma compreensão mais ampla do que o sentido em que é utilizada, pois abrange uma categoria de ações (aquelas sujeitas a decadência) que não se tem em mente abranger quando se faz uso dela. Talvez a anomalia decorra da confusão que muitos fazem entre os institutos da prescrição e da decadência, ou da dificuldade que há em distingui-los. Mas, como a precisão dos conceitos é fundamental nos domínios do direito, há necessidade de se substituída a expressão ‘ações imprescritíveis’ por uma outra que corresponda com exatidão à idéia que se pretende exprimir e concilie a realidade com a lógica. Para esse fim não vemos outra melhor do que a expressão ‘ações perpétuas’, que submetemos, neste momento, à apreciação dos doutos”. AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Acesso em 25.04.14 Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf), p. 30-31.

<sup>739</sup> Inclusive a doutrina comercialista: “A pretensão à declaração da nulidade dos atos ou negócios jurídicos é, geralmente, considerada imprescritível, ou, quando menos, prescritível no prazo maior de vinte anos, aplicável às ações pessoais (...). O mesmo princípio vale para os casos de nulidade das

Contribui para esse entendimento o art. 169, do Código Civil, que afirma que o ato nulo não convalesce com o tempo<sup>740</sup>. Ainda, argumenta-se no sentido de ter a ação de nulidade natureza da declaratória e esta é perpétua<sup>741</sup>.

Outros autores, ao contrário, afirmam que toda ação deve estar sujeita a um prazo<sup>742</sup>, vez que nenhum ato jurídico deve ficar sujeito a questionamento a qualquer tempo. Fundamentam juridicamente essa posição com base no art. 205, CC, que anuncia um prazo geral de prescrição, aplicável quando a lei não fixe prazo menor. Segundo tais autores, em que se destaca Clóvis Beviláqua, a imprescritibilidade seria contraditória com a norma geral de prescritibilidade, atualmente a do art. 205, CC.

Porém, o conflito é apenas aparente<sup>743</sup>.

Conforme afirma Marcos Bernardes, embora seja uma característica recorrente, comum à maioria das hipóteses de nulidade, a prescritibilidade não é uma regra essencial ao conceito. O ordenamento, em algumas situações, afirmou expressamente a prescritibilidade do ato nulo, impondo determinados prazos para sua impugnação. Nesse sentido, é exata a lição do autor: *“porque pode haver hipóteses em que a nulidade é sanável pelo decurso de tempo, a prescritibilidade não constitui uma característica própria da nulidade”*<sup>744</sup>.

Exemplo claro é a hipótese do art. 48, parágrafo único, do Código Civil, que determina que decai em 3 anos o direito de anular as decisões provenientes de órgãos de administração coletiva das sociedades, inclusive quando eivadas de simulação, que é um caso de nulidade. Além desse, há o exemplo do art. 206, § 3º, VII, do Código

---

*assembleias e suas deliberações”*. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 126.

<sup>740</sup> **Art. 169, CC** - *O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”*.

<sup>741</sup> Nesse sentido: *“Preferível, por isso, é o entendimento de que a ação declaratória de nulidade é realmente imprescritível, como, aliás, toda ação declaratória deve ser (...) Isso porque se a ação ajuizada for, do ponto de vista técnico, simplesmente declaratória, sua finalidade será apenas a de certificar uma situação jurídica da qual pende dúvida, o que jamais poderia ser objeto de prescrição”*. GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 1: parte geral. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 435-436.

<sup>742</sup> José de Oliveira Ascensão, ao trabalhar as diferenças, no direito português, entre nulidade e anulabilidade, não trouxe como caráter distintivo o fato de as anulabilidades serem convalidáveis, enquanto as nulidades não seriam. Para ele, o ato nulo também é suscetível de convalidação. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, vol. II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 384.

<sup>743</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 272.

<sup>744</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

Civil<sup>745</sup>, que determina o prazo de 3 anos para alegar nulidade por violação de lei, além do próprio artigo 286, da LSA, também em relação à simulação.

Humberto Theodoro afirma que ao instituir uma prescrição geral aplicável a toda e qualquer ação no art. 205, do Código Civil, está instituída uma prescrição geral aplicável também aos negócios passíveis de nulidade. O autor fundamenta sua posição na necessidade de estabilidade das relações jurídicas e paz social, que são importantes para a ordem pública, motivo pelo qual não há razão para excluir o negócio nulo da força da prescrição<sup>746</sup>.

Apesar da força desse argumento, parece mais correto entender no sentido de Marcos Bernardes, de que a alegação da nulidade só está sujeita a prazo quando a lei determinar<sup>747</sup>. Nos demais casos, pode ser alegada a qualquer tempo, sob o risco, inclusive, de se convalidarem determinados atos absurdos pelo decurso do tempo, conforme alerta Agnelo Amorim<sup>748</sup>.

---

<sup>745</sup> “**Art. 206, Código Civil - Prescreve: § 3º - Em três anos: VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei (...)**”

<sup>746</sup> “Com efeito, ao instituir o direito civil moderno uma prescrição geral aplicável a toda e qualquer ação, pessoal ou real (art. 205), devendo ficar excluídas da eficácia extintiva pelo decurso do tempo somente as pretensões excepcionalmente consideradas imprescritíveis, há de ter-se como regra a prescritibilidade. Nessa conjuntura de preocupação com a segurança e estabilidade das relações jurídicas, valores erigidos como necessários à paz social e, por isso, também tratados como relevantes para a ordem pública, não há razão para excluir-se o negócio nulo do alcance da força saneadora da prescrição”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 428.

<sup>747</sup> Segundo Agnelo Amorim: “O problema da identificação das denominadas ‘ações imprescritíveis’ tem sua solução grandemente facilitada com a fixação daquelas duas regras, já deduzidas acima, destinadas a identificar as ações ligadas à prescrição ou à decadência. Sendo a imprescritibilidade um conceito negativo, pode ser definido por exclusão, estabelecendo-se como regra que: são perpétuas (imprescritíveis) todas aquelas ações que não estão sujeitas nem prescrição nem a decadência. Por aí se verifica, facilmente, que são perpétuas (imprescritíveis): a) todas as ações meramente declaratórias; e b) algumas ações constitutivas (aquelas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei). Quanto às ações condenatórias, não há, entre elas, ações perpétuas (imprescritíveis) pois todas são atingidas, ou por um dos prazos especiais do art. 206 ou pelo prazo geral do art. 205”. AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Acesso em 25.04.14 Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf), p. 31.

<sup>748</sup> “Entretanto, para demonstrar, de início, e independentemente de qualquer outra consideração, que existem ações imprescritíveis no direito brasileiro, basta atentar para as conclusões absurdas a que conduziria a adoção de ponto de vista diferente. Assim, por exemplo, um contrato firmado por um menor de oito anos, ou por um louco judicialmente declarado como tal, ou a compra e venda de um imóvel de alto valor feita por instrumento particular, apesar de serem atos nulos, passariam a produzir todos os seus efeitos, como se válidos fossem, e não poderiam mais ter sua nulidade decretada, após o decurso do prazo geral de prescrição, e depois de atravessados, com referência aos incapazes, os obstáculos legais que se opõem à fluência dos prazos prescricionais. Outro exemplo: O casamento que um pai contraiu com sua própria filha, apesar de ser ato nulo, passaria a produzir efeitos, como se válido fosse, e também não poderia mais ter sua nulidade decretada, depois que se consumasse o prazo prescricional geral. Ora, ninguém pode admitir conclusões tão estapafúrdias, nem mesmo invocando o texto legal. Assim, forçoso é concluir, desde já, no sentido da existência de, pelo menos,

Questiona-se, ainda, se o prazo em questão seria de fato prescrição ou decadência<sup>749</sup>. A doutrina majoritária, a partir da análise dos prazos trazidos pela LSA, entende que se trata de decadência<sup>750</sup>. Cahali, por exemplo, afirma tratar-se de decadência, embora a LSA esteja “*atrelada ainda à ambígua terminologia do antigo Código Civil*”<sup>751</sup>.

É antiga a discussão referente à diferença entre prescrição e decadência. Segundo Agnelo Amorim Filho, estão sujeitas a prescrição apenas as ações condenatórias<sup>752</sup> e a decadência as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei<sup>753</sup>.

Ações condenatórias, para o professor, são aquelas por meio da qual o autor pretende obter do réu uma prestação, enquanto as constitutivas visam à criação de um novo estado jurídico, bem como a modificação ou extinção de um estado jurídico

*algumas ações imprescritíveis (...)*”. AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Acesso em 25.04.14 Disponível em:

[http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf), p. 30.

<sup>749</sup> Sobre a importância de diferenciar os dois institutos: “*Por que razão há prazos de prescrição e prazos de decadência? Por que há ações que conduzem à prescrição e ações que conduzem à decadência, quando seria muito mais simples unificar os conceitos e dar uma só denominação aos principais efeitos da incidência do tempo sobre as relações jurídicas? É exatamente porque os dois institutos, embora tendo fundamentos comuns, divergem quanto ao objeto e quanto aos efeitos. (...) Realmente, ao conceituarem a decadência, doutrina e jurisprudência, na sua grande maioria, embora não forneçam critério seguro para distingui-la da prescrição, acentuam um fato de importância capital: o efeito imediato da decadência é a extinção do direito, ao passo que o da prescrição é a cessação da eficácia da ação (entenda-se: da pretensão)*”. AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Acesso em 25.04.14 Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf), p. 17.

<sup>750</sup> “(...) inúmeros indícios apontam para a interpretação segundo a qual os arts. 285 e 286 cuidam de prazos de decadência”. NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 128.

<sup>751</sup> “*Arelada ainda à ambígua terminologia do antigo Código Civil, a lei societária se refere a ‘prescrição’, em hipóteses de ações desconstitutiva que, pela nova metodologia legal, estariam sujeitas à decadência*”. CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 296.

<sup>752</sup> Nesse sentido, o STJ: “(...) independentemente de ser o ato impugnado nulo ou anulável, a solução mais consonante com a legislação de regência é aquela no sentido de que, diante de pretensão condenatória, não se pode falar em imprescritibilidade”. STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.232.422/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 17.06.10.

<sup>753</sup> “1ª) - *Estão sujeitas a prescrição (indiretamente, isto é, em virtude da prescrição da pretensão a que correspondem): - todas as ações condenatórias, e somente elas; 2ª) - Estão sujeitas a decadência (indiretamente, isto é, em virtude da decadência do direito potestativo a que correspondem): - as ações constitutivas que têm prazo especial de exercício fixado em lei*” AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Acesso em 25.04.14 Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf), p. 33.

existente. As primeiras ações estão relacionadas com os *direitos a uma prestação*, que são suscetíveis a violação, enquanto as segundas correspondem a *direitos potestativos*, aos quais não cabe infração<sup>754</sup>.

Direito a uma prestação, segundo Amorim Filho, é a primeira classe de direitos subjetivos, que compreende aqueles que “*tem por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo*”. Há sempre dois sujeitos nessa relação, um obrigado a sujeitar-se ao outro, como é o caso do direito de crédito<sup>755</sup>.

Direitos potestativos, segundo o autor, é a categoria que compreende os poderes conferidos por lei a certas pessoas influírem, com uma declaração de vontade, em situações jurídicas de outras independentemente da vontade dessas<sup>756</sup>. Como

---

<sup>754</sup> “*Lança-se mão da ação condenatória quando se pretende obter do réu uma determinada prestação (positiva ou negativa), pois, ‘correlativo ao conceito de condenação é o conceito de prestação’. Deste modo, um dos pressupostos da ação de condenação é ‘a existência de uma vontade de lei que garanta um bem a alguém, impondo ao réu a obrigação de uma prestação. Por consequência, não podem jamais dar lugar a sentença de condenação os direitos potestativos’* (CHIOVENIDA, op. cit., 1/267). Já a *ação constitutiva* (positiva ou negativa) cabe quando se procura obter, não uma prestação do réu, mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou a extinção de um estado jurídico anterior. Por aí se verifica, de pronto, que as duas mencionadas espécies de ação correspondem exatamente, com rigorosa precisão, àqueles dois grandes grupos nos quais CHIOVENIDA divide os direitos: as ações condenatórias são meios de proteção daqueles direitos suscetíveis de violação (‘direitos a uma prestação’); e as ações constitutivas são meios de exercício daqueles direitos insuscetíveis de violação (‘direitos potestativos’). Quanto às *ações declaratórias*, têm elas por objetivo conseguir uma ‘certeza jurídica’. Ou, segundo a conceituação de CHIOVENIDA: ‘verificar qual seja a vontade concreta da lei, quer dizer, certificar a existência do direito (já direito a uma prestação, já direito potestativo), sem o fim de preparar a consecução de qualquer bem, a não ser a certeza jurídica’”. (original sem negrito) AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Acesso em 25.04.14 Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFIC%20PRESCRICaO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFIC%20PRESCRICaO%20e%20DECADENCIA-2.pdf), p. 9.

<sup>755</sup> “*A primeira compreende aqueles direitos que tem por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo. Recebem eles, de CHIOVENIDA, a denominação de ‘direitos a uma prestação’, e como exemplos poderíamos citar todos aqueles que compõem as duas numerosas classes dos direitos reais e pessoais. Nessas duas classes há sempre um sujeito passivo obrigado a uma prestação, seja positiva (dar ou fazer), como nos direitos de crédito, seja negativa (abster-se), como nos direitos de propriedade*”. AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Acesso em 25.04.14 Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFIC%20PRESCRICaO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFIC%20PRESCRICaO%20e%20DECADENCIA-2.pdf), p. 3.

<sup>756</sup> “*A segunda grande categoria é a dos denominados ‘direitos potestativos’, e compreende aqueles poderes que a lei confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas*”. AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Acesso em 25.04.14 Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFIC%20PRESCRICaO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFIC%20PRESCRICaO%20e%20DECADENCIA-2.pdf), p. 3.

Agnelo Amorim ainda apresenta as possíveis maneiras de exercer os direitos potestativos: “*Os direitos potestativos se exercitam e atuam, em princípio, mediante simples declaração de vontade do seu titular, independentemente de apelo às vias judiciais, e em qualquer hipótese sem o concurso da*

exemplo, o professor cita exatamente invalidação de atos jurídicos anuláveis<sup>757</sup>, em que se enquadra as deliberações do conselho de administração.

Nesse mesmo sentido, Valladão afirma que os prazos dos arts. 285 e 286 da LSA são de decadência por se tratar de ação constitutiva, dentre outros argumentos<sup>758</sup>.

Nessa linha, não se pode defender a aplicação do art. 205, do Código Civil, para a ação de invalidade das deliberações do conselho de administração, pois tanto o art. 205 quanto o art. 206 são aplicáveis apenas para ações condenatórias, sujeitas a prescrição<sup>759</sup>.

Com relação ao início da contagem do prazo, o art. 48, parágrafo único, do Código Civil, não faz nenhuma referência. Conforme entendem o STJ e a melhor

*vontade daquele que sofre a sujeição. Exs.: os direitos de revogação do mandato, de aceitação da herança, de dar vida a um contrato mediante aceitação da oferta, de escolha nas obrigações alternativas. Em outros casos, que compõem uma segunda categoria, os direitos potestativos também podem ser exercitados mediante simples declaração da vontade do seu titular, sem apelo à via judicial, mas somente se aquele que sofre a sujeição concordar com tal forma de exercício. Se não houver concordância, o titular do direito potestativo pode recorrer à via judicial para exercitá-lo. (...) Finalmente, há uma terceira categoria de direitos potestativos que só podem ser exercidos por meio de ação. A ação, aqui, já não tem caráter simplesmente subsidiário, ou facultativo - mas obrigatório - como forma de exercício do direito". AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Acesso em 25.04.14 Disponível em:*

[http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf), p. 7-8.

<sup>757</sup> *"Como exemplos de direitos potestativos podem ser citados os seguintes: o poder que tem o mandante e o doador de revogarem o mandato e a doação; o poder que tem o cônjuge de promover a separação; o poder que tem o condômino de desfazer a comunhão; o poder que tem o herdeiro de aceitar ou renunciar a herança; o poder que têm os interessados de promover a invalidação dos atos jurídicos anuláveis (contratos, testamentos, casamentos, etc.); o poder que tem o sócio de promover a dissolução da sociedade civil; o poder que tem o contratante de promover a resolução do contrato por inadimplemento (art. 475, do Cód. Civil), ou por vícios redibitórios (art. 441) (...)". (original sem negrito) AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Acesso em 25.04.14 Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf), p. 3.*

<sup>758</sup> *"(...) os prazos fixados nos arts. 285, caput, e 286 contêm algumas características que a doutrina atribui aos prazos de decadência, a saber: (a) o direito à anulação da constituição da companhia ou à impugnação da assembleia ou suas deliberações só pode ser exercido dentro de determinado prazo; (b) referido direito nasce conjuntamente com a violação do direito do interessado; e (c) trata-se de prazo para a propositura de ação constitutiva, e não condenatória". NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. Invalidade das Deliberações de Assembléia das S/A. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 130.*

<sup>759</sup> *"Convém acentuar que não existe, com referência às ações declaratórias e às constitutivas, qualquer dispositivo fixando prazo geral para aquelas não atingidas por prazos especiais, de vez que os 206 e 205 só se aplica às ações condenatórias". AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Acesso em 25.04.14 Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf), p. 32.*

doutrina<sup>760</sup>, o cômputo do prazo de decadência deve iniciar quando do conhecimento do fato que ensejou o direito a ser pleiteado. É o que se depreende do voto da ministra Nancy Andrichi, no julgamento do Recurso Especial nº 546.077/SP<sup>761</sup>.

Assim, o prazo deve ser contado ou de quando se teve efetivo conhecimento da reunião ou deliberação viciada ou, nos casos das deliberações sujeitas a publicação, nesta data, o que ocorrer primeiro. Afinal, um dos objetivos da publicação é exatamente dar ciência ao público do acontecimento de determinados fatos, havendo presunção de conhecimento deles.

É essa a lógica utilizada pela doutrina com relação às deliberações assembleares. O art. 286, à primeira vista, alterou o início da contagem do prazo do dia da publicação para o dia da deliberação, divergindo da regra do antigo Decreto-Lei nº 2.627/40, que determinava expressamente no parágrafo único do art. 156 que a contagem iniciava-se com a publicação<sup>762</sup>.

A doutrina atual, porém, entende que a interpretação que deve prevalecer para o dispositivo vigente é que o prazo inicial da ação de anulação das deliberações

---

<sup>760</sup> Orlando Gomes utiliza como um dos critérios diferenciais da prescrição e decadência a origem da ação, esclarecendo como se dá o início da contagem do prazo: “Partindo-se do pressuposto de que prescrição visa à ação, enquanto a decadência tem em mira o direito, pode-se distinguir uma da outra tomando-se em consideração a origem da ação. Quando é idêntica à origem do direito, nasce ao mesmo tempo que este. Então, o prazo para exercê-lo, por meio da ação, é extintivo. Trata-se, nesse caso, de decadência. Quando é distinta da origem do direito, nasce posteriormente, e, de modo mais preciso, quando o direito, já existente, é violado por outrem, o qual, por ação ou omissão, cria obstáculo ao seu exercício, trata-se de prescrição”. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 452.

<sup>761</sup> Excerto do acórdão: “A decadência é causa extintiva de direito pelo seu não exercício no prazo estipulado pela lei, cujo termo inicial deve coincidir com o conhecimento do fato gerador do direito a ser pleiteado” STJ, Recurso Especial nº 546.077/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgamento em 02.02.06.

É sempre esse o entendimento a respeito da decadência, inclusive, em alguns casos, expressamente pela lei: STJ, Agravo regimental no recurso em mandado de segurança nº 2974/AC, Rel. Des. convocado Campos Marques, julgamento em 20.08.13: “(...) 2. *Decadência afastada em razão do termo inicial para o cômputo do prazo do para impetração do mandado de segurança não se iniciar com a publicação do edital do concurso, mas, sim, com o conhecimento do ato que concretiza a ofensa ao direito líquido e certo dos impetrantes*”. (original sem negrito); Recurso Especial nº 442368/MT, Rel. Min. Jorge Scartezini, julgamento em 05.10.04. “3 - Baseando-se o pedido de indenização na ocorrência de vício de qualidade de produto não durável (entrega de sementes de algodão de qualidade inferior à contratada), o prazo decadencial para o ajuizamento da ação é o previsto no art. 26, I, da Lei nº 8.078/90. Tratando-se de vício oculto, porquanto na aquisição das sementes ele não era detectável, a contagem do prazo iniciou-se no momento em que aquele se tornou evidente para o consumidor, nos termos do art. 26, § 3º, da Lei nº 8.078/90” (original sem negrito).

<sup>762</sup> “Art. 156, Decreto nº 2.627/40 - 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 simulacra. **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”.



assembleares continua sendo a data da sua publicação, apesar da literalidade da lei, que refere-se à data da assembleia geral<sup>763</sup>.

Em primeiro lugar, pela necessidade de se proteger terceiros e muitos acionistas que somente tomam ciência de deliberação no momento da publicação da ata<sup>764</sup>. A preocupação é minorada no âmbito das deliberações do conselho de administração, uma vez que a maioria delas têm conteúdo restrito aos membros do órgão.

Conforme afirma Martins de Andrade, citado por Fran Martins, a contagem do prazo a partir da deliberação assemblear “*contraria tão frontalmente os princípios de equidade que sempre presidiram à elaboração das regras acerca da prescrição que só se explicaria por erro de composição do texto final da lei*”<sup>765</sup>.

Em segundo lugar, Fran Martins cita o testemunho do deputado Luiz Braz, que apresentou emenda ao Projeto de Lei que instituiu a LSA e, ao final de sua redação, afirmou: “*Salienta-se, todavia, o acerto do dispositivo, ao estatuir que o prazo será contado da publicação da deliberação ou da ata, de modo a espancar dúvidas*”, o que indica que o Projeto previa a mesma data inicial já prevista no Decreto-Lei 2.627/40<sup>766</sup>.

---

<sup>763</sup> “É de se salientar, por fim, que o prazo do art. 286, conforme a melhor interpretação, conta-se a partir da publicação da deliberação” NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 130; “Embora o artigo disponha que o prazo prescricional de 2 (dois) anos conta-se da deliberação impugnada, a sua redação constitui lapso do legislador. O prazo deve ser contado da data da publicação do ato inquinado, a partir de quando se produz a sua eficácia”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 593; “O prazo da prescrição do art. 156 começa, de fato, a correr da data da publicação da deliberação. Por isso, o art. 156 não diz respeito ao problema da disciplina das deliberações não publicadas; estas são disciplinadas no art. 50, parágrafo único (direito atual: art. 135, §1º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), quando se trata de deliberação que modifica os estatutos”. ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 556.

<sup>764</sup> “Como muitos dos legitimados somente tomam ciência da deliberação quando de sua publicação, é a partir dela que se deve contar o prazo, sob pena de promover o tratamento desigual entre os que participaram e os que não participaram da assembleia”. EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, p. 593.

<sup>765</sup> MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas; lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, volume 3: artigos 206 a 300*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 530.

<sup>766</sup> MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas; lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, volume 3: artigos 206 a 300*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 530-531.

## CONCLUSÃO

A doutrina comercialista, ao estudar a invalidade das deliberações assembleares, tema tão caro ao direito societário, defende a necessidade da formulação de uma teoria especial em virtude das peculiaridades da atividade empresária. Segundo os autores, a especialização desse ramo do direito requer um regime jurídico próprio em matéria de invalidade, apartado do regime comum, visando a conferir maior estabilidade aos atos societários.

Mas, em verdade, não se alcançou uniformidade no tratamento da teoria especial. Ausente um marco legal bem definido, coube à doutrina, historicamente, propor soluções interpretativas aos embaraços criados pela teoria clássica das nulidades.

As soluções revelam-se díspares; houve quem, por exemplo, defenda a inaplicabilidade das sanções de nulidade em matéria societária; e houve quem admita nulidades e anulabilidades. Também se verificam divergências sobre os efeitos das referidas sanções, negando-lhes retroatividade, ou acolhendo-a em certos casos. Não fosse o bastante, há divergência quanto aos legitimados ativos para a propositura da ação de anulabilidade e declaração de nulidade.

Portanto, não houve, e como se demonstrou, ainda não há, previsibilidade razoável sobre como seria sua aplicação – o que continua trazendo incertezas às companhias, seus acionistas e administradores.

Além disso, deve-se considerar que o direito comercial, e por conseguinte, o direito societário, não se resume a uma divisão estanque da realidade jurídica. Apesar de sua autonomia, o direito comercial relaciona-se a todo momento com os demais elementos, fáticos e técnicos, que informam o direito privado, não sendo possível que se negligencie de tal interação.

Ainda, foi possível constatar que a doutrina civilista, ao perceber a necessidade de conferir segurança aos atos jurídicos de maneira geral, como conclamavam os comercialistas, passou, igualmente, a privilegiar ao máximo a estabilidade das relações jurídicas, pautada em princípios como da boa-fé e da conservação dos atos jurídicos.

Doutrina e jurisprudência têm relativizado os antigos dogmas da rígida teoria das invalidades, interpretando-a de maneira muito mais conforme à dinâmica realidade atual. Não só no direito civil, mas outras áreas, como o direito

administrativo, direito constitucional e até processo penal, têm se preocupado muito mais com a segurança jurídica e outros princípios do que com a legalidade pura e simples.

Na jurisprudência, percebe-se essa flexibilização de maneira clara, na medida em que os julgadores, em muitos casos, deixam de aplicar sanções a atos irregulares quando a abstenção se mostra mais adequada do que a literalidade da lei. Diga-se o mesmo para a preservação de efeitos de atos inválidos. Possuem os magistrados discricionariedade para harmonizar os conflitos dos interesses e valores conflitantes casuisticamente.

Diante de tantos encontros entre a teoria especial proposta para o direito societário e a teoria geral, do modo como é atualmente interpretada, questiona-se porque a doutrina comercialista ainda não buscou uma conciliação. De fato, tão vastos e de tamanha qualidade são os estudos sobre a matéria, além da grande importância dos nomes que os subscrevem, que é difícil, à primeira vista, contrapor-se às suas conclusões, ainda voltadas à segregação.

Porém, após esta pesquisa, parece inevitável concluir que a teoria especial societária perdeu importância. Os desenvolvimentos da teoria geral implicaram a incorporação dos mesmos princípios defendidos pelos comercialistas desde o século XIX, motivo pelo qual não restam diferenças significativas entre os seus respectivos objetivos no atual estado da técnica. E a teoria geral, como esclarecido, além de apresentar formulação mais consistente que a especial, é respaldada por uma regulação mais precisa.

Logo, a fim de favorecer uma aplicação mais técnica do direito, propõe-se a superação da teoria especial das invalidades societárias, de modo a identificá-la à teoria geral do fato jurídico, cujo marco legal está no Código Civil.

Consequentemente, o regime jurídico das deliberações do conselho de administração deverá ser submetido ao regramento comum do direito civil - que, na verdade, pertence hoje ao direito privado em geral.

Tal regime reporta-se à teoria dos fatos jurídicos, que é analisada com base em três planos: existência, validade e eficácia.

O primeiro analisa a entrada ou não dos fatos que ocorrem no mundo ao universo jurídico, se cumprem todos os elementos de existência previstos pela norma jurídica. O segundo verifica se os fatos existentes estão em conformidade com os

requisitos que o ordenamento propôs para que sejam considerados válidos ou se, ao contrário, contêm algum defeito invalidante. Em regra, se o vício afeta a ordem pública, será imposta a sanção de nulidade; se ofende interesses privados, anulabilidade.

Quanto às nulidades, admite-se ainda a sua distinção entre absolutas e relativas. Relativas seriam as sanções aplicadas aos vícios transgressores da ordem pública, mas cujos efeitos interessam, exclusivamente, aos particulares. Disso decorre a limitação à legitimidade ativa para propositura da ação, que não caberá a qualquer terceiro ou ao Ministério Público; e a possibilidade de sanação e sujeição a prazos de decadência ou prescrição. Absolutas, ao contrário, seriam as sanções dirigidas a atos cujos efeitos e interessem transcendem a esfera particular, o que implica ampla legitimidade ativa, a impossibilidade de convalescimento pelo decurso do prazo ou por medidas sanatórias.

Por fim, o terceiro plano, da eficácia, retrata os fatores necessários à produção de todos os efeitos jurídicos previsto pelo ordenamento ou pelas partes; se produzirá apenas alguns deles; ou se produzirá efeitos anormais ou, até, eficácia nenhuma.

As sanções de nulidade (absoluta ou relativa) e anulabilidade só podem ser aplicadas judicialmente, mediante sentença. Os efeitos da decisão judicial terão, a princípio, caráter retroativo, mas deverão ser modulados casuisticamente.

Foram identificadas quatro hipóteses nas quais se impõe a preservação dos efeitos dos atos jurídicos inválidos, inclusive nulos: (i) quando a lei expressamente a determina; (ii) se constatada a inobservância do respectivo prazo de decadência ou prescrição; (iii) em situações nas quais se configurem fatos consumados, isto é, a impossibilidade prática de retorno ao *status quo ante*; (iv) na medida em que necessária à tutela dos interesses de terceiros de boa-fé.

O conselho de administração atua, essencialmente, por meio de suas deliberações, que podem ser espécies de atos ou negócios jurídicos, conforme a natureza da matéria posta a exame dos conselheiros. Porém, não é comum seu estudo sob essa perspectiva.

A LSA regula as deliberações do conselho de administração de forma lacônica. Além de trazer a competência do órgão, que indica o conteúdo de duas deliberações, traz algumas regras sobre as atas e determina que os votos serão tomados por maioria. Deixa suas demais características a cargo do estatuto social, o

qual deverá trazer as regras de convocação, instalação e funcionamento, e, facultativamente, quóruns qualificados para matérias consideradas estratégicas pelos acionistas.

São regidas por um conjunto de normas, determinadas pela lei e pelo estatuto, que visam a salvaguardar interesses públicos, como da segurança do mercado de capitais; de terceiros, como credores; e privados, como dos próprios conselheiros e acionistas.

O conselho de administração compõe-se de uma pluralidade de conselheiros, sujeitos ao regime geral dos administradores da companhia, competentes para deliberação conjunta em reunião e, excepcionalmente, para o exercício de atribuições individuais, como a fiscalização de atos da diretoria.

O procedimento deliberativo do conselho de administração pode conter defeitos (i) nas reuniões; (ii) nas deliberações; e (iii) nos votos.

Os vícios nas reuniões sempre afetam interesses privados, pois as respectivas formalidades, em síntese, visam a permitir aos conselheiros a ciência e oportunidade de participação da reunião, não só com a presença física, mas com o apossamento de todas as informações necessárias à formação de uma opinião. Dessa maneira, a infração a tais formalidades ensejam sempre anulabilidade da reunião. Anulada uma reunião, são conseqüentemente anuladas as deliberações nela tomadas, uma vez que a primeira é pressuposto da segunda.

Os vícios das deliberações podem infringir a ordem pública ou privada, a depender de seu conteúdo. Assim, sua sanção será nulidade, no primeiro caso; ou anulabilidade, no segundo.

Também podem ser viciados os votos, manifestações de vontade que são, e como tal devem ser analisados. Sujeitam-se aos defeitos da manifestação de vontade, devendo ainda serem observadas as regras de capacidade e legitimidade, as hipóteses de proibição de voto e o seu exercício de maneira abusiva.

Em se tratando de companhia aberta, a CVM, implementando seu poder de fiscalização, ao tomar conhecimento de qualquer deliberação tomada com algum defeito em seu procedimento, pode intervir. Por não ser instância judiciária, a autarquia não pode aplicar a sanção de invalidade. Porém, pode aplicar as sanções previstas na Lei nº 6.385/76 aos conselheiros responsáveis pelo simples descumprimento da LSA ou das instruções normativas da CVM, ainda que não tenha

havido prejuízo à companhia. Afinal, a sanção administrativa não tem natureza indenizatória.

Além disso, a CVM pode rejeitar o ato em si, prevenindo a produção de efeitos perante a autarquia e perante terceiros. Determinadas decisões do conselho de administração, para se efetivarem, precisam da sua aprovação, como é o caso do registro da emissão de valores mobiliários.

Ainda, diante de irregularidades, podem os legitimados ativos ajuizarem ações de invalidade perante o Judiciário. A LSA não disciplina o prazo de decadência para tanto, mas, tendo em vista que o art. 1.089, do Código Civil, impõe que nos casos omissos da legislação especial devem ser aplicadas as suas disposições, a solução para a questão está no art. 48, parágrafo único, do Código Civil, que determina decair em três anos o direito de anular as decisões dos órgãos de administração coletiva das pessoas jurídicas.

O prazo decadencial se aplicará aos defeitos sujeitos à anulabilidade ou à nulidade relativa. Não incidirá, porém, em vícios que atraiam a sanção de nulidade absoluta.

Ainda que proposta a ação, é plenamente possível, a qualquer tempo, a correção ou extinção dos defeitos, quando cabível. Isso para evitar que a companhia se submeta à morosidade e insegurança do Judiciário.

Entende-se que a omissão da LSA sobre o prazo de decadência da impugnação das deliberações do conselho de administração, bem como os longos prazos do art. 286 da LSA trazem muita insegurança para os atos societários, o que incita a doutrina comercialista a, equivocadamente, continuar defendendo uma teoria especial. Dessa maneira, desejável uma alteração legislativa para corrigir essas falhas, de maneira a harmonizar, inclusive, com a tendência estrangeira de reduzir a exposição da companhia à impugnação de suas deliberações.

Nesses termos, sugere-se, por fim, nova redação ao art. 286 da LSA, para que dele passe a constar:

**Art. 286.** O direito à invalidação das deliberações de órgãos colegiados da companhia decairá em 6 (seis) meses, contados da efetiva ciência da parte interessada, ou da publicação da respectiva ata de deliberação, o que ocorrer primeiro.

§ 1º - Exceto no caso de simulação, as deliberações sujeitas à sanção de nulidade absoluta podem ser impugnadas a qualquer tempo.

§ 2º - Ainda depois de proposta a ação, é lícito à companhia, por deliberação do respectivo órgão, providenciar a sanção do vício para que sejam preservados os atos válidos já praticados, sempre que possível.

§ 3º - Os vícios de voto só prejudicarão a deliberação se tiverem sido determinantes para a formação da maioria.

Assim, em suma, além dos dispositivos da legislação especial que regula as sociedades por ações, em matéria de invalidade, o que se propõe é que seja aplicado o Código Civil.

Verificada uma irregularidade em qualquer etapa do processo de tomada de decisão do conselho de administração, seja relativo à reunião, à deliberação em si ou ao voto de qualquer dos conselheiros, pode ser proposta pelo interessado ação para que se discuta judicialmente o vício.

Em cada caso, devem ser verificados os interesses atingidos e, principalmente, a possibilidade de correção dos vícios e preservação do máximo de atos praticados. Não sendo o caso, será aplicada, por sentença, a respectiva sanção de invalidade.

É desejável que o prazo para tanto, quando aplicável, seja reduzido, em conformidade com diversos ordenamentos estrangeiros, para que os atos societários não fiquem por longo tempo passíveis de questionamento.

Para evitar que o decurso do prazo prejudique interessados, que não tenham ciência da deliberação, especialmente porque nem todas as deliberações do conselho de administração são publicadas, a contagem do prazo inicia-se do efetivo conhecimento da irregularidade. Afinal, a redução do prazo não pode ser usada em benefício daqueles que dolosamente pretendam deixar convalescer atos irregulares.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AGRAWAL, Anup; CHADHA, Sahiba. *Corporate Governance and Accounting Scandals*. Acesso em 08.11.13 Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=595138>.

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Acesso em 25.04.14 Disponível em: [http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod\\_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICaO%20e%20DECADENCIA-2.pdf](http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICaO%20e%20DECADENCIA-2.pdf), p. 30-31.

APPENDINO, Fabio. *O instituto do direito de voto em um contexto de dispersão acionária*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; MOURA AZEVEDO, Luís André N. de (coord). *Poder de controle e outros temas de direito societário e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ASCARELLI, Tulio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*, vol. II. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Luís André Negrelli de Moura. *A oferta pública para aquisição de controle sob a perspectiva da companhia aberta ofertante*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). *Direito Societário – Desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BAINBRIDGE, Stephen M., *Why a Board? Group Decisionmaking in Corporate Governance*. *Vanderbilt Law Review*. Acesso em: 03.03.13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=266683>



BARRETO, Celso de Albuquerque. *Acordos de acionistas*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C.; *The modern corporation and private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1999.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1970, t. III.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Servanda Editora. Campinas: Servanda Editora, 2008.

BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Efeitos do negócio jurídico nulo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BHAGAT, Sanjai; BLACK, Bernard S., *The Uncertain Relationship Between Board Composition and Firm Performance*. *Business Lawyer*, vol. 54, 1999. Acesso em 09.11.13. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=11417>

BLOK, Marcella. *Conflito de interesses nas sociedades anônimas: critério de apuração formal ou substancial?* *Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Nova Série, ano XLIX, nº 153/154, janeiro/julho, 2010.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRUSCATO, Wilges. *Os princípios do Código Civil e o Direito de Empresa*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLIV, nº 139, jul-set, 2005.

BULGARELLI, Waldirio. *Anulação de Assembleia Geral de Sociedade Anônima*. *Revista dos Tribunais*, vol. 514: 57, 1978.

\_\_\_\_\_. *Estudos e pareceres de direito empresarial: o direito das empresas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*. Revista Diálogo jurídico, nº 14. Salvador: CAJ (Centro de Atualização Jurídica), junho/junho, 2002. Acesso em 13.10.13. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf)

CAMPOS, Luiz Antônio de Sampaio. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza. *Sociedades Anônimas e Mercado de Capitais*, vol iii. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. III, livro II, parte III.

CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de acionistas: homenagem a Celso Barbi Filho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 2º vol.: artigos 75 a 137. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, 3º vol.: artigos 138 a 205. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *As poison pills estatutárias na prática brasileira – alguns aspectos de sua legalidade*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). *Direito Societário – Desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CEREZETTI, Sheila Christina Nedes. *Administradores independentes e independência dos administradores (regras societárias fundamentais ao estímulo do mercado de capitais brasileiro)*. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira. *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011.

CRISTIANO, Romano. *Órgãos da sociedade anônima*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

COMPARATO, Fabio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no Direito Civil*, vol. II. Coimbra: Almedina, 1984.

\_\_\_\_\_. *Da confirmação no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito Europeu das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito das Sociedades*, I volume: das sociedades em geral, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. *SA: Assembleia Geral e deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 2009.

CORREIA, Eduardo. *A Conversão dos negócios jurídicos ineficazes*, In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. XXIV, 1948, p. 360. Apud: MATTIETTO, Leonardo. *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRISTIANO, Romano. *Órgãos da sociedade anônima*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1982.

CUNHA, Rodrigo Ferraz Pimenta da. *O exercício de voto na sociedade anônima*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). *Direito Societário – Desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito*. Parte geral. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1942-1945.

DAVIES, Paul. *Introduction to Company Law*, 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DAVIES, Paul; GOWER, Laurence Cecil Bartlett. *Principles of modern company law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2008.

DAVIES, Paul; HOPT, Klaus. *Boards in Europe - accountability and convergence*. ECGI Working Paper Series in Law. Law Working Paper n°. 205/2013 - abril, 2013. Acesso em 14.09.13. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract\\_id=2212272](http://ssrn.com/abstract_id=2212272)

DEL NERO, João Alberto Schutzer. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1 Salvador: JusPodivm, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. vol 1. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*, vol I - arts. 1º a 120. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

\_\_\_\_\_. *A Lei das S/A comentada*, vol. II - arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

\_\_\_\_\_. *A Lei das S/A Comentada*, vol. III. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna; PARENTE, Flávia; e HENRIQUES, Marcus, *Mercado de Capitais - Regime Jurídico*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, vol. 1. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodium, 2013.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Empresa e empresário: do código civil italiano ao novo código civil brasileiro*. In: RODRIGUES, Frederico Viana (coord.). *Direito de empresa no novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Sociedade em comum: disciplina jurídica e institutos afins*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Valle. *Subsídios para o estudo das nulidades*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, ano XIV, n° 3. Belo Horizonte, 1963.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Sociedades Mercantis*, vol. 4. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito Ltda, 1958.

FILHO, Calixto Salomão. *O novo direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIUZA, César. *Ensaio crítico acerca da teoria das nulidades*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 32, 1999. Acesso em: 13.04.13 Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/view/1874/1569>>

FONSECA, Priscila Corrêa da. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

FORGIONI, Paula Andréa. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 1: parte geral. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Invalidade dos ato jurídicos - nulidades - anulabilidades - conversão*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. N. 53. São Paulo: RT.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Civil*, 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Apud* GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. 1: parte geral. 15. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Civil*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. vol. 1: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GORGA, Érica. *Changing the Paradigm of Stock Ownership: From Concentrated Towards Dispersed Ownership? Evidence from Brazil and Consequences for Emerging Countries*. 3rd Annual Conference on Empirical Legal Studies Papers. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1121037> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1121037> Acesso em: 23.01.14

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2006.

HOPT, Klaus J., *Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance after Enron*. ECGI Law Working Paper n° 05/2002; Janeiro, 2007. Acesso em 09.11.13. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=356102>

HOPT, Klaus J.; LEYENS Patrick C. *Board Models in Europe. Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy*. Working Paper n°. 18/2004. Janeiro, 2004. Acesso em 03.09.12. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=48794>

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KRAAKMAN, Reinier; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; HERTIG, Gérard; HOPT, Klaus J.; KANDA, Hideki; ROCK, Edward B. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. New York: Oxford University Press, 2009.

KERSHAW, David. *Company Law in Context – text and materials*. New York: Oxford University Press, 2009.

KLIEMANN, Ana Carolina. *O princípio da manutenção do negócio jurídico: uma proposta de aplicação*. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 7, n. 26. Rio de Janeiro: Padma, 2006.

LAMY FILHO, Alfredo. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S.A.: pressupostos, elaboração, aplicação*, vol. II: Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

\_\_\_\_\_. *In*: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Do direito do acionista do dividendo*. São Paulo: Imprensa, 1969.

\_\_\_\_\_. *Pareceres*, vol. 2. São Paulo: Editora Singular, 2004.

\_\_\_\_\_. *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

LEÃO JÚNIOR, Luciano de Souza. *In*: : PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1989.



LIPTON, Martin. *Some thoughts for Board of Directors in 2013*. Publicado no blog da Universidade de Harvard de Governança Corporativa e Regulação Financeira em 31.12.12. Acesso em 09.11.13. Disponível em <http://tcbblogs.org/governance/2012/12/17/some-thoughts-for-boards-of-directors-in-2013/>

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil*. vol I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas - comentários à lei (arts. 121 a 188)*, vol 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_. *Das sociedades limitadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LUHMANM, Niklas. *Confianza*. Trad. Amanda Flores. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 1. *Apud* MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 93.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed. São Paulo: Renovar, 2000. *Apud*: MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINS, Fran. *Acordos de acionistas: contrato plurilateral*. Revista da Faculdade de Direito, fortaleza, 29, jan-jun de 1988.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 2, tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

\_\_\_\_\_. *Comentários à lei das sociedades anônimas; lei n° 6.404, de 15 de dezembro de 1976*, vol. 3: artigos 206 a 300. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MATTIETTO, Leonardo. *Invalidez dos atos e negócios jurídicos*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*, 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Desafios do direito societário brasileiro na disciplina da companhia aberta: avaliação dos sistemas de controle diluído e concentrado*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). *Direito Societário – Desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. *Medidas defensivas à tomada de controle de companhias*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Anulação de assembleia de transformação de S/A*. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas*

*de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Atos e operações societárias em fraude à lei, visando à tomada ilícita do controle de companhia aberta - abuso do poder de controle e conflito de interesses caracterizados - invalidade*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XLV, nº 143, jul-set, 2006

\_\_\_\_\_. *Invalidade das deliberações de assembleia das SA*. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Invalidade das deliberações conexas das companhias*. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Invalidade das deliberações no direito societário italiano*. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *Lineamentos da Reforma do Direito Societário Italiano em Matéria de Invalidade das Deliberações Assembleares*. In: NOVAES FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e. *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *O sócio incapaz (CC, art. 974, §3º)*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano L, nº 159/160, jul-dez, 2011

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *Sociedade por ações*, vol. III. São Paulo: Saraiva, 1973.

PEIXOTO, Maurício da Cunha. *Sociedades anônimas - Algumas considerações sobre as ações preferenciais, o Conselho de Administração e o Acordo de Acionistas após a reforma implementada pela Lei nº 10.303/01*. In: WALD, Arnoldo; GONÇALVES, Fernando (coord.). *Sociedades anônimas e mercado de capitais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*, tomo II. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*, tomo IV. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1954.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*, tomo V. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*, tomo L. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1965.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*, tomo LI. Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1966.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Aplicação de novas tecnologias nas Assembleias Gerais de sociedades anônimas*. In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). *Direito Societário – Desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 31. ed. rev. e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, João Luiz Coelho da. *Particularidades do Conselho de Administração das sociedades anônimas*. Nova Série: ano XLI, nº 128, outubro/dezembro, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROMANO-PAVONI, Giuseppe. *Le deliberazioni delle Assemblee delle Società*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1951.

ROSEVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Fernanda Aviz. *Sociedade Anônima: uma análise sobre a natureza do conflito de interesses dos membros do conselho de administração*. Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. Nova Série, ano XLVI, nº 148, out-dez, 2007.

SANTOS, José Beleza dos. *A simulação em Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: LEJUS, 1999.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200. *Apud* LIMA, George Marmelstein. *Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3222, 27.04.12. Acesso em: 30.07.13. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21646>

SAVIGNY, M. F. C. von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. Jacinto Messia y Manoel Poley Centro. 2. ed. Madrid: Góngora. *Apud* MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, 2. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1985.

SPINELLI, Luis Felipe. *O conflito de interesses na administração da sociedade anônima*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TEMPLE, Henri. *Sociétés de Fait*. Paris: LGDJ, 1975.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 2. São Paulo: Editora Jurídica José Bushatsky Ltda, 1979.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda; GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. 1. São Paulo: Editora Jurídica José Bushatsky Ltda, 1979.

TEPEDINO, Ricardo. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. LAMY FILHO, Alfredo (coord). *Direito das Companhias*. Coord.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentário ao novo Código civil*, volume 3, t. 1: livro III - dos fatos jurídicos: do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Fraude contra credores: a natureza da sentença pauliana*, 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidades dos administradores*. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Poison pill: modismo ou solução?* In: CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de e ARAGÃO, Leandro Santos de. (Coord.). *Direito Societário – Desafios atuais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*, vol. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Trad. Luis Martínez- Calcerrada. Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1967, v. 1. *Apud*: SCHMIEDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico: nulidades e medidas sanatórias*, 2. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 1985.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

\_\_\_\_\_. *Sociedades por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, volume II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

\_\_\_\_\_. *Sociedades por ações - comentários ao decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940*, volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*, vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial*, v. 2. São Paulo: Malheiros, 2010

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial*, v. 3. São Paulo: Malheiros, 2008.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, vol. II. Milão: Francesco Vallardi, 1923.

WALD, Arnoldo. *Do descabimento de denúncia unilateral de pacto parassocial que estrutura o grupo societário*. *Revista de Direito Mercantil*, nº 81.

XAVIER, Vasco da Gama Lobo. *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

#### **REFERÊNCIAS A JULGADOS DE TRIBUNAIS JUDICIAIS**

TJMG, Apelação nº 2.0000.00.429546-1/000, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, julgamento em 02.06.04.

TJMG, Agravo de Instrumento nº 2.0000.00.481506-3/000, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, julgamento em 31.03.05.

TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0024.04.262887- 5/011, Rel. Des. Pereira da Silva, julgamento em 28.10.08.

TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.10.183966-0/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, julgamento em 05.10.11.

TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0090.11.001646-7/001, Rel. Des. Pedro Bernardes, julgamento em 18.10.11.

TJMG, Apelação nº 1.0024.08.991954-2/005, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, julgamento em 02.02.12.

TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0702.12.064323-5/001, Rel. Des. Alexandre Santiago, julgamento em 08.05.13.

TJMG, Apelação nº 1.0702.10.053745-6/006, Rel. Des. Alexandre Santiago, julgamento em 19.03.14.

TJRJ, Apelação nº 0197901-85.2011.8.19.0001, Rel. Des. Gilberto Dutra Moreira, julgamento em 07.10.13.

TJSC, Apelação nº 2008.068256-9, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julgamento em 14.10.10.



TJSP, Apelação nº 0000260-15.2013.8.26.0037, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, julgamento em 15.04.14.

STJ, Recurso Especial 35230/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento em 10.04.95.

STJ, Recurso Especial nº 164.564/MT, Rel. Min. Costa Leite, julgamento em 17.11.98.

STJ, Recurso Especial nº 442368/MT, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgamento em 05.10.04.

STJ, Recurso Especial nº 512.418/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgamento em 07.12.04.

STJ, Recurso Especial nº 546.077/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgamento em 02.02.06.

STJ, Recurso Especial nº 649.711/BA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julgamento em 06.06.06.

STJ, Recurso Especial nº 704.975/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, julgamento em 19.08.08.

STJ, Recurso Especial nº 1.058.114/RS, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgamento em 12.08.09.

STJ, Recurso Especial nº 976.587/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgamento em 17.11.09.

STJ, Recurso Especial nº 1.089.570/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgamento em 13.04.10.

STJ, REsp 1070896/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgamento em 14.04.10.

STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.232.422 - MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 17.06.10.

STJ, Recurso Especial nº 1.106.625/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgamento em 16.08.11.

STJ, Agravo de Instrumento nº 1.380.194/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento em 06.12.11.

STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 116.476/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgamento em 24.04.12.

STJ, Recurso Especial nº 410.752/SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgamento em 26.02.13.

STJ, Recurso Especial nº 1.377.908/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgamento em 21.05.13.

STJ, Agravo regimental no recurso em mandado de segurança nº 2974/AC, Rel. Des. convocado Campos Marques, julgamento em 20.08.13.

STJ, Recurso Especial nº 1.152.849/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgamento em 07.11.13.

#### **REFERÊNCIAS A JULGADOS DA CVM**

PAS CVM nº RJ-2002/1.153.

PAS CVM nº 2007/4476.