

Sumário (adicionado ao documento original)

Exposição e Consulta

Parecer [reprodução dos itens constantes do tópico Parecer]

1. Representação Legal e Convencional
2. Representantes Legais das Pessoas Jurídicas
3. Representante Legal da Sociedade Estrangeira Autorizada a Funcionar no País
4. A Consulente não tinha Representante Legal nos termos do Artigo 67 do Decreto-lei nº 2.627/40
5. Nulidade dos Atos Praticados por Mandatário que não Satisfaz aos Requisitos Legais
6. Invalidade de Assembleia Geral Realizada sem Convocação nos Termos da Lei
7. São Nulas todas as Deliberações de Assembleia não Convocada nos Termos da Lei
8. A Consulente pode Alegar a Nulidade dos Atos Praticados em seu Nome pelo Sr. Lindolfho Bobbio Amaro
9. Nulidade das Subscrições de Ações no Aumento de Capital Social da Águia do Brasil Constantes da Ata de Assembleia de 00.00.1998

Respostas às Questões

PARECER JURÍDICO

Representação do acionista na Assembleia Geral de companhia. Nulidade do mandato que viola o § 1º do artigo 126 da LSA.

EXPOSIÇÃO E CONSULTA

A Consulente, companhia organizada segundo as leis da República da Coréia, com sede em Seul, Coréia, assim expõe os fatos relativos à consulta

1) A Consulente é companhia estrangeira não autorizada a funcionar no Brasil nos termos do artigo 64 do Decreto-lei nº 2.627/1940, porém acionista da companhia brasileira Águia do Brasil S.A. e, em ... de de 1997, mediante instrumento particular de procuração, nomeou o Sr.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

Lindolpho Bobbio Amaro seu procurador para representá-la (a) no Brasil, em juízo ou fora dele, perante terceiros e qualquer repartição ou autoridade federal, estadual ou municipal, e (b) na qualidade de membro, sócia, acionista ou quotista de sociedades civis e comerciais de qualquer natureza das quais a Consulente seja ou venha a ser sócia, outorgando-lhe, entre outros, poderes para (c) comparecer, votar e de qualquer maneira geral participar de Assembleias Gerais, ordinárias ou extraordinárias, convocadas por quaisquer das referidas empresas, e (d) subscrever, por e em nome da outorgante, ações ou quotas de quaisquer dessas empresas.

2) No dia ... de ... de 1998 o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro, embora não sendo nem acionista ou administrador da Águia do Brasil, nem advogado, firmou, como procurador da Consulente, ata de Assembleia Geral Extraordinária da Águia do Brasil, na qual é declarado que a reunião foi realizada sem convocação prévia porque presentes acionistas representando a totalidade do capital social, e cujas deliberações, tomadas por unanimidade, incluíram a aprovação de aumento do capital social da Águia do Brasil, com emissão de novas 455.510.204 ações que foram subscritas pela totalidade dos acionistas da sociedade, a serem integralizadas em até 2 anos a contar da data da Assembleia, em dinheiro, mediante conversão de créditos ou conferência de bens e/ou direitos, conforme boletim (anexo à ata da Assembleia), que assinou, em nome da Consulente, de subscrição de 232.310.241 ações.

3) Em 00.00.2000 a Consulente propôs na Comarca Y, Estado W, ação ordinária declaratória de nulidade ou anulabilidade da Assembleia Geral de 00.00.1998 e de todos os atos de deliberação da referida Assembleia, mormente a deliberação que estabeleceu obrigação da Consulente de integralizar a quantia de R\$ 232.310.241,00.

4) A ação foi julgada improcedente em 1ª Instância e o Tribunal de Justiça do Estado W negou provimento à apelação da Consulente com os seguintes fundamentos:

a) segundo o disposto nos artigos 59 a 73 do Decreto-lei nº 2.627/1940, em vigor por força do artigo 300 da Lei nº 6.404/1976, as empresas estrangeiras que possuem ações em sociedades brasileiras estão obrigadas a constituir aqui, através de procuração, representantes, os quais

podem comparecer às Assembleias Gerais, *ex vi* do § 4º do artigo 126 da atual lei da sociedade anônima;

b) a norma do § 1º do artigo 126 da Lei nº 6.404/1976, segundo a qual somente outro acionista, administrador da companhia ou advogado pode ser procurador de acionista para representá-lo na Assembleia Geral, não se aplica aos representantes legais dos acionistas, que são regidos pelo § 4º do artigo do mesmo artigo 126;

c) o ato firmado pela Consulente em ... de ... de 1997 perante o notário público da Coréia do Sul nomeou o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro como seu representante legal no Brasil para os efeitos do artigo 67 do Decreto-lei nº 2.627/1940, e não mero procurador;

d) o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro, sendo representante legal, e não procurador, da Consulente, podia validamente representá-la na Assembleia Geral da Águia do Brasil;

e) ainda que se admitisse que o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro fosse mero procurador da Autora, e não seu representante legal, isso, também, em nada modificaria o resultado da lide, pois, nas sociedades anônimas, só os acionistas presentes à Assembleia têm legitimidade para se opor a que o mandatário vote em nome do mandante, e não o próprio outorgante da procuração.

2. A Consulente formula as seguintes questões:

1ª) O Sr. Lindolpho Bobbio Amaro era o representante no Brasil de companhia autorizada a funcionar no País de que trata o artigo 67 do Decreto-lei nº 2.627/1940?

2ª) Admitido que o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro era mandatário, e não representante legal da Consulente, e tendo em vista que não tinha qualidade de advogado e não era nem acionista nem administrador da Águia do Brasil, foram válidos os atos por ele praticados em nome da Consulente, especialmente a assinatura do livro de presença, a votação nas deliberações da Assembleia, a subscrição de ações de aumento do capital social e a assinatura da ata da Assembleia?

3ª) A Consulente pode alegar a nulidade ou anulabilidade dos atos

praticados pelo seu procurador?

4ª) É válida a subscrição de ações que o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro assinou em nome da Consulente?

PARECER

1. O artigo 126 da Lei das S.A. (Lei nº 6.404/1976), que regula a legitimação e representação de acionistas nas Assembleias Gerais de companhia, contém as seguintes normas:

"§ 1º - 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 companhia aberta, o procurador pode, ainda, ser instituição financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos.

(...)

§ 4º - Têm a qualidade para comparecer à Assembleia os representantes legais dos acionistas."

1. Representação Legal e Convencional

2. A doutrina é unânime em distinguir a representação legal da convencional. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Vol. 1, pág. 430-1) assim explica a distinção:

"Dá-se a representação legal ou de ofício, quando o poder emana diretamente da determinação legislativa. (...)

Dá-se a representação convencional ou voluntária, quando uma pessoa encarrega outra de praticar em seu nome atos jurídicos ou administrar interesses, sendo normal para este efeito a constituição do *mandato*."

3. A Lei das S.A. regula esses dois modos de representação de acionistas nas Assembleias Gerais da companhia: no § 1º do artigo 126 cria requisitos para a representação convencional, mediante mandatário constituído por procuração; no § 4º confirma o poder dos representantes legais dos acionistas.

A lei de sociedades por ações de 1940 (Decreto-lei nº 2.627) somente

admitia representação convencional ou voluntária do acionista na Assembleia Geral se o procurador também fosse acionista, mas a Lei das S.A. admite, em todas as companhias, que possa ser procurador, além do acionista, o administrador da companhia (para tornar viáveis as companhias de grande porte, nas quais a propriedade das ações é pulverizada entre grande número de investidores, sem acionista controlador, cujos administradores são mantidos nos seus cargos por procurações outorgadas pelos acionistas), e o advogado, que exerce profissionalmente funções de representação (porque um acionista pode não conhecer outro ao qual confie sua representação); nas companhias abertas, o procurador pode ainda ser instituição financeira (que exerce profissionalmente a atividade de administrar carteiras de valores mobiliários) e o administrador de fundos de investimento em condomínio.

A Lei das S.A. não estabelece qualificações para os representantes legais, que podem exercer nas Assembleias Gerais os direitos de seus representados. São representantes legais o titular de pátrio poder, o tutor, o curador, o marido ou a mulher (segundo a natureza do ato), o síndico, o inventariante e aqueles que, segundo os atos constitutivos das pessoas jurídicas, as representem.

2. Representantes Legais das Pessoas Jurídicas

4. Os representantes das pessoas jurídicas, embora designados nos atos constitutivos ou eleitos por órgãos sociais, não são mandatários -- a representação lhes é atribuída por norma legal de ordem pública. O Código Civil de 1916 estabelecia:

"Art. 17 - As pessoas jurídicas serão representadas, ativa e passivamente, nos atos judiciais e extrajudiciais, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus diretores."

E o novo Código Civil requer (no item III do art. 46) que o registro da pessoa jurídica declare "o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente".

Cabe ao estatuto da pessoa jurídica especificar os diretores que as representam, mas sua representação decorre da lei, e não de ato voluntário da pessoa jurídica: com o fim de proteger aqueles que têm relações com a

pessoa jurídica, a lei não admite que esta possa existir sem órgão que a represente, atribuindo, ela mesma, a qualidade de representante às pessoas previstas no estatuto ou, na sua falta, a seus diretores.

5. As pessoas jurídicas, tanto brasileiras quanto estrangeiras, podem comparecer às Assembleias de companhias brasileiras por seus representantes legais com fundamento no § 4º do artigo 126 da Lei das S.A., ou mediante procuradores constituídos com observância no § 1º, e a legislação contém norma especial sobre o representante legal da sociedade estrangeira autorizada a funcionar no País.

É princípio tradicional da legislação brasileira que a sociedade estrangeira pode possuir bens e exercer direitos no Brasil, inclusive promover ações judiciais, mas não pode, sem autorização do Governo Federal brasileiro, funcionar no País, ou seja, exercer suas atividades em estabelecimento aqui localizado.

O Decreto-lei nº 2.627/1940, ao regular as sociedades por ações repetiu esse princípio no artigo 64:

"Art. 64. As sociedades anônimas ou companhias estrangeiras, qualquer que seja o seu objeto, não podem, sem autorização do Governo Federal, funcionar no país, por si mesmas, ou por filiais, sucursais, agências, ou estabelecimentos que as representem, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionistas de sociedade anônima brasileira (art. 60)."

Ao tempo dos atos descritos na consulta continuavam em vigor, por força do artigo 300 da Lei das S.A., os artigos 59 a 73 do Decreto-lei nº 2.627/40, cujos artigos 64 e 67 foram reproduzidos, respectivamente, nos artigos 1.134 e 1.138 do Código Civil de 2002.

3. Representante Legal da Sociedade Estrangeira Autorizada a Funcionar no País

6. O artigo 67 do Decreto-lei nº 2.627/1940 não criou a figura de representante legal para toda e qualquer sociedade anônima estrangeira, mas apenas para as autorizadas a funcionar no País:

"Art. 67 - As sociedades anônimas estrangeiras, autorizadas a funcionar, são obrigadas a ter, permanentemente, representante no Brasil, com plenos

poderes para tratar de quaisquer questões e resolvê-las definitivamente, podendo ser demandado e receber citação inicial pela sociedade.

Parág. único. Só depois de arquivado no Registro do Comércio o instrumento de sua nomeação poderá o representante entrar em relação com terceiros." (grifos aditados)

Comentando esse artigo, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE ("1953, vol. I, nº 330, p. 433-4), autor do projeto do Decreto-lei nº 2.627/1940, explica:

"330. A lei nacional das pessoas jurídicas regula a distribuição das funções pelos diversos órgãos da administração e a extensão dos poderes dos administradores.

É a consequência do disposto no art. 11 da Lei de Introdução ao Código Civil. Todavia, quanto às sociedades por ações e às de intuito não econômico, a concessão da autorização para funcionarem no país importa a sua sujeição às leis e aos tribunais brasileiros, mas, e é evidente, quanto aos atos e operações que praticarem no território nacional (art. 68).

Havia, pois, de a lei impor, como sempre impôs, a obrigação de ter a sociedade anônima estrangeira representante no Brasil, com plenos poderes para tratar de quaisquer questões e resolvê-las, definitivamente, podendo ser demandado e receber citação inicial pela sociedade.

O artigo reproduz a fórmula que, desde o Império, consta de todos os decretos de autorização concedida a companhias estrangeiras, para funcionarem no país."

7. A companhia estrangeira que não é autorizada, por decreto do Governo Federal, a funcionar no País não tem o representante legal de que trata o artigo 67 transcrito, embora possa ser acionista de companhia brasileira; mas somente pode participar da respectiva Assembleia Geral (a) pelo administrador competente segundo seu estatuto, ou (b) representada por procurador constituído com observância dos requisitos do § 1º do artigo 126 da lei.

4. A Consulente não tinha Representante Legal nos termos do Artigo 67 do Decreto-lei nº 2.627/40

8. O artigo 67 do Decreto-lei nº 2.627/1940 é, portanto, norma aplicável somente às companhias estrangeiras autorizadas a funcionar no País; e como a Consulente é sociedade estrangeira -- constituída sob as leis da República da Coréia -- não autorizada a funcionar no País, impõe-se a conclusão -- independentemente de qualquer outra consideração -- de que o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro não era representante legal da Consulente nos termos do artigo 67 do Decreto-lei nº 2.627/1940. Por conseguinte, a Consulente somente poderia participar da Assembleia Geral de companhia brasileira (a) com fundamento no § 4º do artigo 126, através de diretor que viajasse ao Brasil, ou (b) representada por procurador constituído com observância do disposto no § 1º do artigo 126 da Lei das S.A..

9. O instrumento de 00.00.1997 pelo qual a Consulente constituiu o Sr. João Lindolpho Bobbio Amaro seu mandatário é uma procuração geral, que lhe outorga poderes perante terceiros e qualquer órgão público, inclusive para (a) "representar a Outorgante na qualidade de membro, sócia, acionista ou quotista de sociedades civis e comerciais de qualquer natureza das quais a Outorgante seja ou venha a ser membro, sócia, acionista ou quotista, e quer sejam já existentes hoje, ou venham a ser constituídas no futuro" e (b) "comparecer, votar por e em nome da Outorgante, e de maneira geral participar de Assembleias gerais, quer ordinárias como extraordinárias, convocadas por ou em conexão com quaisquer das referidas empresas".

A procuração não outorga poderes específicos de representação na Assembleia da Águia do Brasil, mas o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro poderia exercer os direitos constantes da procuração nessa Assembleia desde que antes da sua realização adquirisse a qualidade de acionista ou de diretor; mas como essa aquisição não ocorreu, os atos do Sr. Lindolpho Bobbio Amaro na referida Assembleia foram praticados com violação ao disposto no § 1º do artigo 126 da Lei das S.A.

5. Nulidade dos Atos Praticados por Mandatário que não Satisfaz aos Requisitos Legais

10. As normas da lei de sociedades por ações que regulam a convocação, instalação e o funcionamento da Assembleia Geral, bem como a

representação dos acionistas, são cogentes, porque protegem os interesses tanto dos acionistas quanto dos terceiros que mantêm relações com a companhia e o interesse geral na regularidade e certeza nas deliberações das Assembleias Gerais. Entre essas normas se inclui a do § 1º do artigo 126, que estabelece requisitos para o mandatário do acionista e constitui norma especial cogente sobre o objeto e a forma do negócio jurídico de mandato para representar acionista em Assembleia Geral. Sua infração é sancionada com a nulidade dos atos do mandatário constituído com violação de norma legal.

Comentando o Decreto-lei nº 2.627/1940, que somente admitia como procurador de acionista na Assembleia outro acionista e vedava a representação por membros da Diretoria, do Conselho Fiscal ou de qualquer outro órgão criado pelos estatutos, explica PONTES DE MIRANDA ("1965, 2ª Ed., Tomo L, p. 273):

"3. PROCURA E COMPARECIMENTO POR PROCURADOR - Para que alguém possa representar o acionista, tem que ser acionista e ter poderes especiais (...).

O requisito de ser acionista é requisito positivo: quem não é acionista não pode representar." (grifos aditados)

11. A opinião de CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO (1973, 3º vol., pág. 62) é no mesmo sentido:

"Aplica-se à representação dos acionistas as normas que regulam o instituto civil do mandato, podendo, pois, qualquer pessoa, mesmo relativamente incapaz, ser mandatária (Cod. Civ., art. 1.298). A lei societária abre, porém, duas exceções:

a) é preciso que o representante tenha também a qualidade de acionista; b) que não pertença à diretoria, ao conselho fiscal, nem a nenhum outro órgão criado pelos estatutos.

Desta maneira, quem não for acionista ou, sendo-o, participar da diretoria, conselho fiscal ou outro órgão criado pelos estatutos, fica proibido de receber procuração para representar acionista na Assembleia." (grifos aditados)

12. Essa é também a solução do direito francês, que somente admite a representação convencional do acionista na Assembleia por mandatário que seja acionista ou por seu cônjuge:

"Um acionista somente se pode fazer representar por um **outro acionista** ou por seu **cônjuge**. Essa disposição do artigo L 161 al. 1 é imperativa, e toda cláusula contrária é **considerada não escrita** (art. L 161 al. 5)." ("Mémento Pratique Francis Lefebvré, Société Commerciales", Ed Lefebvré, 1999, p. 577).

No caso da consulta, como o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro não satisfazia aos requisitos do § 1º do artigo 126 da Lei das S.A. para ser representante da Consulente na Assembleia Geral da Águia do Brasil de 00.00.1998, os atos por ele praticados em nome da Consulente são nulos.

6. Invalidade de Assembleia Geral Realizada sem Convocação nos Termos da Lei

13. A Assembleia Geral de companhia realizada sem convocação nos termos dos artigos 123 e 124 é nula ou inexistente, salvo se presentes todos os acionistas. A Assembleia da Águia do Brasil de 00.00.98 foi realizada sem convocação na forma da lei e sua ata declara que todos os acionistas se achavam presentes, o que, entretanto, não ocorreu, porque o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro não satisfazia aos requisitos legais para representá-la. Essa Assembleia foi, portanto, nula.

14. A doutrina e a jurisprudência são unânimes em considerar sem validade a Assembleia Geral não convocada nos termos da lei.

TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE (1953, vol. III, nºs 809 e segs.), depois de relembrar os requisitos da lei sobre o anúncio de convocação da Assembleia e sua divulgação, afirma:

"Tratando-se de preceitos destinados à proteção do interesse público ou comum a todos os acionistas, é manifesto que a inobservância de qualquer deles pode fundamentar a ação para anular a deliberação tomada por uma Assembleia irregularmente convocada." (nº 828)

WALDEMAR FERREIRA (1961. vol. IV, nº 806) considera nula a Assembleia Geral sem convocação:

"806. A INICIATIVA CONVOCATÓRIA - É de suma importância a providência convocatória da Assembleia geral.

Não há como admitir esta sem aquela. Se os acionistas, ainda que representando a totalidade do capital, em dado momento, se juntam, ocasional ou intencionalmente; e, aproveitando-se do ensejo, deliberam sobre interesses sociais, isso não é Assembleia geral. É ajuntamento. E tudo quanto se resolve é como se resolvido não fosse, mercê de sua nulidade absoluta. É nulo, nos termos do art. 145, nº IV, do Código Civil, o ato jurídico em que seja preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade. A de que se trata é dessa natureza. A convocatória, como toque de reunir, é indispensável." (grifos aditados)

PONTES DE MIRANDA (1965, vol. L, § nº 5.322, pág. 289) considera inexistente a deliberação da Assembleia não convocada:

"No art. 156 do Decreto-lei nº 2.627 fala-se de 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". Não foi "irregularmente convocada" a Assembleia geral que não foi convocada, ou se não houve convocação por pessoa ou pessoas que a podiam convocar, nem foi "irregularmente instalada" a Assembleia geral que não tinha o quorum; nem é anulável, mas sim inexistente a deliberação que não foi tomada por maioria. O art. 156 alude a deliberações "violadoras de lei ou dos estatutos", mas o que se há de entender é que as violações de regras jurídicas inafastáveis pelos estatutos, ou de que resultem direitos irrenunciáveis dos sócios, ou de terceiros, fazem nulas, e não anuláveis, as deliberações ...". (grifos aditados)

CARLOS FUNGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO (1973, 5º vol., nº 1.226, p. 72), entende que o caso é de nulidade:

"Estes preceitos (nos arts. 88 e 173 do DL nº 2.627/40) objetivam a proteção dos acionistas, razão por que a omissão de qualquer deles leva à nulidade da Assembleia. Isso, porém, não impede de ser sanada a irregularidade com a presença de todos os acionistas." (grifos aditados)

TULLIO ASCARELLI (1969, pág. 381), comentando Decreto-Lei nº 2.627/1940, analisou as diversas modalidades de vício nas deliberações das Assembleias e assim examinou a hipótese da "deliberação inexistente":

"e) Podemos, por fim, considerar os vícios que VIVANTE (vol. II, nº 521) denomina de "inexistência" das deliberações de Assembleia. Se, por ex., alguns acionistas se reúnem em um restaurante e tomam uma deliberação, poderá ser esta considerada como deliberação, embora viciada, da sociedade ou se deverá, ao contrário, afirmar ser a deliberação inexistente?

É difícil, por certo, distinguir os requisitos, cuja falta dá lugar à inexistência da deliberação e aqueles, cujo inadimplemento, ao contrário, dá lugar a um dos vícios enunciados no item f. Não parece, no entanto, negável, ser necessária uma "deliberação" para que se possa, depois, examinar se válida ou viciada: na falta de uma deliberação, não se pode falar em deliberação viciada e em prescrição da correspondente ação de anulação, mas somente em um nada jurídico, que nullum producit effectum." (grifos aditados)

15. No sentido da nulidade há acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Supremo Tribunal Federal.

O Agravo de Instrumento nº 23.243, julgado em 1968 pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Rev. dos Tribunais, vol. 401, pag. 362 e segs.) tem a seguinte ementa:

"É nula de pleno direito a convocação e instalação da Assembleia geral extraordinária de sociedade anônima, sem a publicação pela imprensa dos anúncios e convites, na forma estatuída em lei. Sem convocação regular inexiste Assembleia geral. Não fica ao alvedrio da diretoria outra forma de convocação; somente a que repousa nas regras expressamente estabelecidas no direito positivo possui legitimidade de molde a garantir os direitos dos acionistas e estadear a vontade social. Quando a lei estabelece uma determinada forma para o ato e a considera substancial, sem ela o ato não tem valor jurídico." (grifos aditados)

Comentando esse acórdão, observa WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA (1977, vol. III, pag. 1.205):

"Não pensamos que se justifique tal conclusão irrestritamente. É óbvio que, se não foram convocados todos os acionistas, a Assembleia é nula. Entretanto, se os acionistas foram convocados por forma irregular, a deliberação assemblear é meramente anulável." (grifos aditados)

16. A ementa do acórdão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 69.824, julgado em 13.11.1970 (Rev. Trimestral de

Jurisprudência, vol. 55, pág. 512) é a seguinte:

"Sociedade por ações. A convocação para a Assembleia geral deve mencionar, mesmo que sumariamente, a matéria em pauta. Sem essa formalidade, prescrita no artigo 88 da Lei de Sociedades por Ações, não serão válidas as decisões tomadas em Assembleia. Recurso provido." (grifos aditados)

O Ministro BILAC PINTO, assim justificou seu voto, acompanhado pela maioria da turma:

"A exigência dessa publicidade constitui norma de ordem pública e representa garantia para os acionistas. Não se pode tolerar a prática da omissão, nos editais de convocação, de matéria sobre a qual a Assembleia Geral deva deliberar."

17. Na Itália, opinam no sentido da inexistência da Assembleia (ou da deliberação):

GASTONE COTTINO ("La Società per Azioni", Torino - Unione Tipografico - Editrice Torinese, p. 111):

"Sem convocação não há Assembleia; surge então um problema de inexistência da deliberação."

ANTONIO BRUNETTI (1948, págs. 342/343):

"Quem observa superficialmente o artigo 2377 e o compara com o artigo 2379 tem a impressão de que o primeiro trata das deliberações anuláveis e o segundo, ao invés, das nulas. Mas não é assim. No primeiro parágrafo se colocam as condições para a subsistência de uma decisão assemblear válida: se esta não é tomada de acordo com a lei e com o ato constitutivo, não vincula todos os sócios, ainda que não intervenientes ou dissidentes. O ato não existe como deliberação de Assembleia, e não necessita uma sentença que certifique aquilo que, em rerum natura, nunca teve a forma e a substância de uma deliberação. Ao invés, para o artigo 2379 a deliberação subsiste, mas o ordenamento jurídico não permite que essa alcance os seus efeitos naturais."

No mesmo sentido LUCA BUTTARO (1969, vol. V, pág. 2.729 e sgs.), FRANCESCO GALGANO (1984, vol. VII, págs. 225-226), GIUSEPPE SENA (1961, pág. 476) e TULLIO ASCARELLI (1952, pág. 104): e no

sentido da inexistência da assembleia e nulidade da deliberação, ANTIGONO DONATI (1962, págs. 229-231), FRANCESCO FERRARA JR. (1980, nº 213, págs. 463-464) e AURELIO CANDIAN (1942, págs. 49, 51 e 54).

18. Na França, a lei sobre sociedades dispõe que toda Assembleia convocada irregularmente pode ser anulada (art. 159, al. 2). Como informa RENÉ ROBLOT (1996, vol. I, nº 1.214):

"La Cour de Cassation est particulièrement stricte lorsque l'irrégularité a pour conséquence de priver un actionnaire de son droit de vote; quelle que soit l'influence mathématique du nombre des titres écartés par cette manoeuvre, le refus d'admission ou le défaut de convocation d'un actionnaire est une cause de nullité."

19. RODRIGO URÍA (1985, nº 251, pág. 239) confirma que esse é também o entendimento na Espanha:

"Sin convocatoria no puede haber junta en sentido legal. Pero, a su vez, el modo de convocar las juntas está sometido por la ley a requisitos formales mínimos, que necesariamente habrán de ser respetados en todo caso. Numerosas sentencias del Tribunal Supremo declaran la nulidad de las juntas defectuosamente convocadas."

E ISAAC HALPERIN (1980, nº 67, págs. 406 e ss.), referindo-se às nulidades por vícios de convocação, assim se expressa:

"1 - nulidade absoluta (e inexistência si se acepta la categoría), en que se incluyen la falta efectiva de reunión, y no obstante aparecen decisiones tomadas; falta de convocación de la asamblea, que a pesar de ello se celebra, o defecto de formas esenciales, como es la publicación de la convocación, etc."

7. São Nulas todas as Deliberações de Assembleia não Convocada nos Termos da Lei

20. A nulidade da Assembleia por falta de convocação nos termos da lei implica nulidade de todas as deliberações nela tomadas.

A deliberação coletiva é processo social -- conjunto de atos de duas ou mais pessoas interligadas pelas relações próprias de um grupo ou sistema

social.

O processo de deliberação coletiva pressupõe -- por natureza -- um grupo de pessoas e um procedimento que organize em ato coletivo os atos de vontade dessas pessoas.

21. 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; e o que fundamenta a imputação da deliberação coletiva a todo o grupo é a natureza unitária do ato coletivo criado pelo procedimento de deliberação, que transforma a multiplicidade de atos de vontade individuais em um único ato coletivo, que é ato do grupo -- como todo -- porque resulta de ação comum. Sem o procedimento que estrutura em sistema os atos de vontade individuais pode haver igualdade de opiniões dos sócios, mas não deliberação coletiva.

22. O procedimento de deliberação coletiva que assegura participação a todos os membros do grupo não é, portanto, formalidade criada arbitrariamente pelo direito positivo. É requisito essencial para que a deliberação exista como fato social e jurídico. Por isso, muitos autores afirmam que a deliberação de acionistas em Assembleia não convocada é ato tão inexistente quanto a nota promissória não subscrita pelo emitente ou a sentença judicial datilografada nos autos, porém sem assinatura do juiz.

23. Tal como afirma WALDEMAR FERREIRA no texto transcrito no item 14 acima, uma reunião sem convocação nos termos da lei "... não é Assembleia geral. É ajuntamento. E tudo quanto se resolve é como se resolvido não fosse, mercê de sua nulidade absoluta".

8. A Consulente pode Alegar a Nulidade dos Atos Praticados em seu Nome pelo Sr. Lindolpho Bobbio Amaro

24. A nulidade dos atos praticados pelo Sr. Lindolpho Bobbio Amaro em nome da Consulente pode ser por esta alegada, ou por qualquer outro interessado, com fundamento na norma do artigo 146 do Código Civil de 1916, reproduzida no artigo 168 do Código Civil de 2002:

"As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhes couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes."

25. Com a devida vênia, parece-nos sem fundamento a proposição do v. acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia de que, nas sociedades anônimas, só os acionistas presentes à Assembleia têm legitimidade para se opor a que o mandatário vote em nome do mandante, e não o próprio outorgante da procuração.

O mandatário somente tem os poderes que lhe são outorgados pelo mandante e, em regra, o mandato é revogável. Se o acionista e seu mandatário estão presentes à Assembleia, quem vota é o acionista, e não o mandatário. E é dever do Presidente da Assembleia verificar se as procurações outorgadas pelos acionistas são válidas (BARTOLOMEO QUATRARO, ALBERTO FUMAGALLI e SALVATORE D'AMORA, 1996, pág. 21; RAFFAELE NOBILI e MARCO VITALE, 1975, pág. 213; VINCENZO SCALESE, 2000, pág. 313; DOMENICO PETTITI, 1963, pág. 491).

Em caso de nulidade de ato praticado por procurador, parece-nos que o mandante, como qualquer outro interessado, pode a qualquer tempo alegá-la com fundamento no artigo do Código Civil acima transcrito que a norma do artigo 146 do Código Civil anterior se encontra reproduzida no artigo 168 do atual.

9. Nulidade das Subscrições de Ações no Aumento de Capital Social da Águia do Brasil Constantes da Ata de Assembleia de 00.00.1998

26. Cabe referir, finalmente, que ainda que a Assembleia Geral da Águia do Brasil de 00.00.1998 não fosse nula e que o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro representasse validamente a Consulente, os atos de subscrição de ações constantes da ata da Assembleia Geral seriam nulos por não satisfazerem a requisitos legais essenciais à sua validade.

O instituto do capital social é considerado, com razão, a trave mestra de todo o sistema jurídico das companhias porque torna viável uma sociedade em que nenhum dos sócios responde pelas obrigações sociais e todos podem, livremente, transferir suas participações sociais. É o capital

social que garante os credores da companhia contra atos de administradores ou acionistas que a tornem insolvente, e por isso o regime legal do capital social é formado por normas cogentes que asseguram sua fixidez, realidade e intangibilidade.

O capital social é formado com contribuições dos acionistas ao realizarem o valor das ações subscritas, e com o fim de assegurar a realidade do capital social, a Lei das S.A. regula os atos jurídicos de subscrição de ações na constituição da companhia e no aumento do seu capital social, bem como a formação desse capital.

27. A Lei das S.A. admite que as ações sejam subscritas com contribuição do seu valor em dinheiro ou em qualquer espécie de bens suscetíveis de avaliação em dinheiro (art. 7º), e estabelece que:

a) o ato de subscrição de ações a serem realizadas em dinheiro tem a forma de assinatura de lista ou boletim de subscrição com indicação da entrada, que não poderá ser inferior a 10% do preço de emissão (art. 80, II) realizada no ato da subscrição das ações (art. 85);

b) a subscrição em outros bens que não dinheiro terá a mesma forma de lista ou boletim de subscrição no qual o subscritor especifica os bens e o valor que lhes atribui (art. 8º, § 4º); esses bens são objeto de avaliação por peritos ou empresa avaliadora nomeados pela Assembleia Geral, cujo laudo deverá ser instruído com os documentos relativos aos bens avaliados (art. 8º, § 1º); e se a Assembleia Geral não aprovar o laudo de avaliação, ou o subscritor não aceitar valor aprovado inferior ao por ele atribuído, ficará sem efeito a subscrição das ações e a formação do capital social (art. 8º, § 3º).

28. São, portanto, da essência do ato de subscrição de ações em dinheiro tanto a assinatura da lista ou boletim quanto o pagamento da entrada. Não há subscrição de ações em dinheiro sem pagamento da entrada, ou seja, com a simples assinatura da lista ou boletim de subscrição.

São da essência do ato de subscrição de ações em bens, além da assinatura da lista ou boletim com indicação dos bens a serem contribuídos e do valor a eles atribuído pelo subscritor, a avaliação por peritos e a aprovação do laudo de avaliação pela Assembleia Geral. Não há subscrição de ações em bens sem especificação dos bens a serem contribuídos, sem

avaliação nos termos da lei e sem a aprovação do laudo de avaliação pela Assembleia Geral, ou seja, não há subscrição em bens com a simples assinatura do boletim de subscrição.

A doutrina é unânime no sentido de que do sistema da lei resulta que a subscrição de ações é irrevogável e é ato jurídico puro e simples, não suscetível de qualquer modalidade, termo ou condição.

29. Para confirmar essas proposições são suficientes as seguintes citações:

"Já o problema relativo à nulidade e anulabilidade da operação de aumento de capital requer que se reitere, ainda uma vez mais, as considerações expendidas no Capítulo VII da Parte I deste estudo, no sentido de que a correspondente reforma estatutária se realiza através de procedimento vinculado ou formal, que envolve a prática de atos e negócios jurídicos, bem como a observação de formalidades previstas em lei, todas elas concorrendo para a sua validade. A inobservância de uma dessas formalidades, ou a nulidade de um desses atos ou negócios jurídicos, comprometem toda a operação, segundo já afirmavam os clássicos Carvalho de Mendonça e Waldemar Ferreira." (MAURO RODRIGUES PENTEADO, 1988, pág. 282)

Depois de enumerar as causas de nulidade da constituição da sociedade anônima, que incluem a falta da entrada das ações subscritas em dinheiro e da aprovação, pela Assembleia Geral, do laudo de avaliação dos bens contribuídos, JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA ("Tratado de Direito Comercial Brasileiro", Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1958, vol. III, p. 371 e sgs), afirma:

"999. Essas são as nulidades resultantes da inobservância das prescrições legais relativas às condições e à constituição das sociedades anônimas e pelas quais são responsáveis somente os fundadores.

(...)

1000 - Todas essas nulidades são de pleno direito e absolutas. São de ordem pública, porque visam não somente proteger os sócios e terceiros contra os atos dos fundadores, como ainda salvaguardar o crédito público, facilmente exposto a perigo pela emissão e circulação de títulos de sociedades viciadas. Não podem ser ratificadas, expressa ou tacitamente,

nem sanadas pelos interessados, nem relevadas pelo juiz.

Qualquer pessoa a quem interessar a sua declaração a pode argüir ou propor independentemente da prova de prejuízo.

A forma que a lei exige para qualquer ato presume-se não observada e preenchida se do mesmo ato não consta ter sido observada, ainda que por outro modo isso se prove."

30. A ata da Assembleia Geral Extraordinária da Águia do Brasil de 00.00.1998 e os boletins de subscrição a ela anexos declaram que as ações subscritas serão "integralizadas em até 02 (dois) anos a contar desta data, em dinheiro, mediante a conversão de créditos ou mediante a conferência de bens e/ou direitos", e que "até final integralização das ações subscritas, correrão os juros de 12% (doze por cento) ao ano sobre o saldo a integralizar", como se o valor da subscrição fosse uma dívida pecuniária com vencimento, em data escolhida pelo devedor dentro do prazo de 2 anos. A ata e o boletim de subscrição estabelecem que a integralização poderá ser, alternativamente, em dinheiro, em conversão de créditos ou mediante conferência de bens e/ou direitos, à escolha do subscritor.

Essa estipulação é incompatível com o regime legal cogente sobre subscrição de ações: nem é subscrição em dinheiro -- porque não compreende o pagamento de no mínimo 10% de entrada -- nem é subscrição em bens, porque não há especificação dos bens a serem contribuídos pelo acionista nem esses bens são objeto de avaliação por peritos nomeados pela Assembleia Geral.

Por conseguinte, esses atos de subscrição de ações são nulos, e não criam nenhuma obrigação para a Consulente.

RESPOSTAS ÀS QUESTÕES

31. Com esses fundamentos, assim respondemos às questões da consulta:

1ª) O Sr. Lindolpho Bobbio Amaro não era o representante no Brasil de companhia autorizada a funcionar no País de que trata do artigo 67 do Decreto-lei nº 2.627/40, pois a Consulente é empresa estrangeira sem autorização para funcionar no País. O Sr. Lindolpho Bobbio Amaro era, portanto, mandatário da Consulente, e não seu representante legal.

José Luiz Bulhões Pedreira
Advogado

2ª) Como o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro não satisfazia aos requisitos da lei para representar a Consulente na Águia do Brasil, pois não era advogado e não era nem acionista nem administrador da Águia do Brasil, os atos por ele praticados em nome da Consulente, especialmente a assinatura do livro de presença, a votação nas deliberações da Assembleia, a subscrição de ações de aumento de capital social e a assinatura da ata da Assembleia foram nulos.

3ª) A Consulente pode alegar a nulidade dos atos praticados pelo Sr. Lindolpho Bobbio Amaro, nos termos do artigo 168 do Código Civil.

4ª) A subscrição de ações que o Sr. Lindolpho Bobbio Amaro assinou em nome da Consulente é nula, tanto por defeito de representação quanto por não satisfazer aos requisitos da lei para validade da subscrição de ações: o ato de subscrição por ele assinado, além de prever alternativamente a subscrição em dinheiro e em bens, o que não é admitido pela lei, é nulo como subscrição em dinheiro por não compreender o pagamento da entrada mínima de 10% no ato de subscrição e é nulo como subscrição em bens por não identificar os bens a serem contribuídos e não haver laudo de avaliação aprovado pela Assembleia Geral.

É o nosso parecer.

Rio de Janeiro, 1º de setembro de 2004