

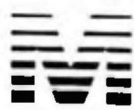
REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico
e financeiro

129

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLII (Nova Série)
janeiro-março/2003

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLII — n. 129 — janeiro-março de 2003

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

ALGUMAS INCIDÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA

— ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES 7

ATUALIDADES

BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS — MEDIDAS LEGISLATIVAS EM PORTUGAL E NA EUROPA

— A. SARAIVA MATIAS E CATARINA MARTINHO 30

VERDADEIRA PROJEÇÃO DA ARBITRAGEM — CONVENÇÃO DE NEW YORK DE 1958

— IRINEU STRENGER 40

ACORDO DE ACIONISTAS — ARQUIVAMENTO NA SEDE SOCIAL — VINCULAÇÃO DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE CONTROLADA

— NELSON EIZIRIK 45

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRESENTAÇÃO COMERCIAL FRENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL

— JAIR SADDI 54

REGISTRO DO COMÉRCIO E OS LIMITES DE SUAS EXIGÊNCIAS

— JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 69

A LEI 10.303, DE 2001, E A INCLUSÃO DOS DERIVATIVOS NO ROL DOS VALORES MOBILIÁRIOS

— DANIEL KREPEL GOLDBERG 73

PODE A SOCIEDADE LIMITADA TER CAPITAL AUTORIZADO?

— OTÁVIO VIEIRA BARBI 83

LIMITES DE ATUAÇÃO DO CONSELHO FISCAL

— RAUL DE ARAUJO FILHO E RODRIGO FERRAZ P. CUNHA 96

EXCLUSÃO DE SÓCIO EM SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

— LEONARDO GUIMARÃES 108

O ISS NA CONSTRUÇÃO CIVIL

— JOSÉ ALCIDES MONTES FILHO 121

ESPAÇO DISCENTE**A ARBITRAGEM NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

— JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI 136

REFORMA REGULATÓRIA E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

— MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO 174

ARBITRAGEM NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

— LIVIA ROSSI 186

**OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE AÇÕES NA ALIENAÇÃO DE
CONTROLE DE COMPANHIAS ABERTAS. Apontamentos sobre o
art. 254-A da Lei das Sociedades Anônimas**

— JOSÉ ALBERTO CLEMENTE JÚNIOR 206

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA**INDENIZATÓRIA MOVIDA POR FILHOS ALEGANDO MORTE DA MÃE
POR CÂNCER DE PULMÃO DECORRENTE DE TABAGISMO**

— PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO 220

TEXTOS CLÁSSICOS**"LEX MERCATORIA"**— FRANCESCO GALGANO, item 1 da Introdução da obra *Lex Mercatoria*.
Tradução de ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA 224**PARECERES****LEGITIMAÇÃO DO SÓCIO DA SOCIEDADE CONTROLADORA
PARA PLEITEAR A ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA DA CONTROLADA
SUBSIDIÁRIA INTEGRAL**

— ERASMO VALLADÃO A. e N. FRANÇA 229

**DEMANDA REPARATÓRIA AJUIZADA POR ACIONISTA EM VIRTUDE
DE ADIMPLENTO IMPERFEITO. FUNÇÃO E NATUREZA JURÍDICA
DAS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. CARÁTER CONSTITUTIVO
DAS DECISÕES ASSEMBLEARES TOMADAS POR ÓRGÃOS DAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS. A AÇÃO REGULADORA E PRINCÍPIOS
ESSENCIAIS VINCULADORES DE COMPANHIAS ABERTAS
COM VALORES MOBILIÁRIOS NO MERCADO DE CAPITAIS.
IMPOSIÇÕES DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA.
PRAZOS DE PRESCRIÇÃO NA LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS**

— LEANDRO BITTENCOURT ADIERS 234

COLABORAM NESTE NÚMERO

ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor Catedrático da Faculdade de
Direito de Coimbra. Membro
Correspondente da Academia Brasileira
de Direito Constitucional

A. SARAIVA MATIAS

Professor de Direito. Advogado

CATARINA MARTINHO

Advogada Estagiária

DANIEL KREPEL GOLDBERG

Pós-Graduando da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo — USP.
Advogado em São Paulo

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Professor-Doutor em Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo — USP. Advogado em São
Paulo

IRINEU STRENGER

Professor Titular de Direito Internacional
Privado e de Direito do Comércio
Internacional da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo — USP.
Professor da Academia de Direito
Internacional de Haia (1991). Doutor
Honoris Causa da Universidade
Argentina John Fitzgerald Kennedy.
Membro do *Institut du Droit et des
Pratiques des Affaires Internationales*, da
Câmara de Comércio Internacional de
Paris. Árbitro no Brasil junto ao Mercosul
e Árbitro da Câmara de Comércio Brasil-
Canadá

JAIRO SADDI

Doutor em Direito Econômico pela
Universidade de São Paulo — USP.
Professor e Coordenador dos Cursos de
Direito do Ibmec/SP. Diretor do Centro de
Estudos de Direito do Ibmec —
IbmecLAW.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

Professor de Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Rio de Janeiro
— PUC/RJ. Advogado

JOSÉ ALBERTO CLEMENTE JÚNIOR

Pós-Graduando da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo — USP

JOSÉ ALCIDES MONTES FILHO

Advogado

JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI

Pós-Graduando da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo — USP.
Advogado em São Paulo

LEANDRO BITTENCOURT ADIERS

Advogado

LEONARDO GUIMARÃES

Professor na Faculdade de Ciências
Econômicas da UFMG/FACE. Mestrando
em Direito Comercial na Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Minas
Gerais — UFMG. Advogado

LIVIA ROSSI

Pós-Graduanda da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo — USP

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO
Mestrando em Direito na UNESP.
Advogado

NELSON EIZIRIK
Advogado no Rio de Janeiro e em São
Paulo

OTÁVIO VIEIRA BARBI
Mestrando em Direito Comercial pela
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Minas Gerais — UFMG.
Advogado

PAULO ROGÉRIO BRANDÃO COUTO
Advogado

RAUL DE ARAUJO FILHO
Advogado

RODRIGO FERRAZ P. CUNHA
Mestre em Direito pela Universidade de
Bologna, Itália. Doutorando pela
Universidade Federal de Minas Gerais —
UFMG. Advogado

Pareceres

LEGITIMAÇÃO DO SÓCIO DA SOCIEDADE CONTROLADORA PARA PLEITEAR A ANULAÇÃO DE ASSEMBLÉIA DA CONTROLADA SUBSIDIÁRIA INTEGRAL

ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA

Consulta

1. O douto advogado Dr. Paulo Benedito Lazzareschi solicita o nosso parecer acerca de questões formuladas na consulta que a seguir vai transcrita:

"A sociedade X Ltda. tem as quotas de seu capital social divididas entre o *Consulente A*, titular de 50% (cinquenta por cento) delas e seu irmão *B*, titular das outras 50% (cinquenta por cento).

"A X Ltda., por sua vez, até o meado do ano de 1998 era a detentora da totalidade (100%) das ações da Y S/A Crédito, Financiamento e Investimento, subsidiária integral, portanto, da X Ltda.

"Em Assembléia Geral Extraordinária da Y S/A, ocorrida no dia 3 de julho de 1998, foi aprovado aumento do capital social da companhia com subscrição das ações a serem emitidas por novos acionistas, deixando a companhia, em consequência, de ser subsidiária integral da X Ltda.

"Dispõe o art. 253, II, da Lei 6.404/1976, que na hipótese de aumento do capital social de subsidiária integral com ingresso de novos acionistas, os sócios da controladora têm o direito de preferência na subscrição dessas novas ações da subsidiária, na proporção das ações que possuem do capital da controladora.

"Por essa razão, o Consulente, enquanto sócio quotista da controladora X Ltda., era titular do direito de subscrever e integralizar as novas ações da Y S/A, cuja emissão foi aprovada na mencionada Assembléia Geral Extraordinária, de 3.7.1998.

"Não tendo sido convocado para exercer esse seu direito de preferência, o Consulente não compareceu à Assembléia Geral Extraordinária ocorrida no dia 12 de agosto de 1998, na qual seu irmão, *B*, o outro quotista da X Ltda., subscreveu e integralizou ... ações da Y S/A, no valor de R\$..., de modo que a companhia passou a ter por acionistas a X Ltda., titular de 99,88% das ações, e *B*, titular das 0,12% remanescentes.

"Por não se ter respeitado o direito de preferência que lhe assegura o art. 253, II, da Lei 6.404/1976, e por vários outros vícios apontados na petição inicial, o Consulente ajuizou, contra a Y S/A, ação de anulação de deliberação assemblear que se processou perante a 35ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo (processo 000.00568899-0).

"A ação foi extinta sem julgamento do mérito, sob o fundamento de que o autor *A*, embora quotista da X Ltda., não teria legitimidade para pleitear a anulação da deliberação assemblear da Y S/A, que lhe vio-

lou o direito à subscrição de novas ações, tendo o MM. Juiz, para fundamentar a decisão, citado o seguinte trecho do livro de V. Sa., *Invalidade das Deliberações de Assembléia das S/A*: 'a regra geral é de que a legitimação *ad causam* só compete, em princípio, ao acionista que votou contrariamente, ou àquele que se absteve de votar no conclave, seja declaradamente, seja por estar ausente. Em casos de determinados vícios do voto, evidentemente, admite-se a impugnação por parte do acionista que tenha votado favoravelmente à realização da assembléia, ou às suas deliberações. Também está legitimado a propor a ação anulatória o acionista sem direito de voto, especialmente se lhe foi sonegado o direito de participar do conclave ou da discussão que nele se travou' (ed. 1999, pp. 121-122).

"Com essa fundamentação, a r. sentença extinguiu o processo sem julgamento do mérito porque o quotista de controladora de subsidiária integral, a quem é negado o exercício do direito de preferência na subscrição de novas ações da controlada, não teria legitimidade para promover ação de anulação de deliberação assemblear da controlada, afirmando que o ora Consulente 'não pode demandar em nome próprio pelo direito de terceiro'.

"Expostos esses fatos, o Consulente formula as seguintes questões:

"1ª) O art. 253, II, da Lei 6.404/1976 assegura ao quotista de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que por sua vez detém a totalidade das ações de subsidiária integral, o direito de preferência na subscrição de novas ações da subsidiária quando esta deliberar aumentos do capital com o ingresso de novos acionistas?

"2ª) O sócio de controladora de subsidiária integral, a quem é negado o direito de preferência de que trata o art. 253, II, da Lei 6.404/1976, ao promover ação de anulação das deliberações assembleares que aprovaram e homologaram o aumento do capital social da subsidiária integral com ingresso de novo sócio está pleiteando direito próprio ou de terceiro?

"3ª) Do trecho do livro de autoria de V. Sa., transcrito na r. sentença, decorre a conclusão de que o sócio de controladora de subsidiária integral, a quem é negado o direito de preferência de que trata o art. 253, II, da Lei 6.404/1976, não tem legitimidade para pleitear a anulação das deliberações assembleares que aprovaram e homologaram o aumento do capital social dessa subsidiária integral, com ingresso de novo sócio?

"4ª) O sócio de controladora de subsidiária integral, a quem é negado o direito de preferência de que trata o art. 253, II, da Lei 6.404/1976, tem legitimidade para promover ação de anulação das deliberações assembleares que aprovaram e homologaram o aumento do capital social dessa subsidiária integral, com ingresso de novo sócio?

"5ª) O terceiro, não acionista, prejudicado por deliberação assemblear, tem legitimidade para promover ação para anulação dessa deliberação ou dessa assembléia?"

Parecer

2. A demanda proposta pelo Consulente, segundo se vê, gira em torno da "subsidiária integral", companhia regulada nos arts. 251 a 253 da Lei 6.404/1976 (Lei de S/A).

A subsidiária integral, como se sabe, é absolutamente excepcional em nosso sistema jurídico, pois trata-se da assim chamada "sociedade unipessoal", ou seja, da sociedade que pode ser constituída e funcionar normalmente durante toda a sua existência *com um único sócio*.¹

De outra parte, a lei tanto admite que a companhia seja *constituída* como subsidiária integral (art. 251, *caput*), como permite seja ela *convertida* em subsidiária integral (art. 251, § 2º).

1. Afora a hipótese da subsidiária integral, a companhia deve ser *constituída* por, no mínimo, dois sócios (art. 80, I, da Lei de S/A) e, se ficar reduzida a um só, deverá reconstituir o número de dois até a assembléia geral ordinária do ano seguinte, sob pena de dissolução de pleno direito (art. 206, I, d).

Os dispositivos legais retrocitados, a propósito, têm o seguinte teor:

"Art. 251. A companhia pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como único acionista *sociedade brasileira*.

"(...).

"§ 2º. A companhia pode ser convertida em subsidiária integral mediante aquisição, *por sociedade brasileira*, de todas as suas ações, ou nos termos do art. 252" (itálicos nossos).

O único acionista da subsidiária integral, portanto, *não pode ser pessoa natural*, mas tão-somente uma pessoa jurídica, especificamente uma *sociedade*, com o que se mitiga, de certa forma, a excepcionalidade da situação, já que o único acionista da subsidiária integral tem, na verdade, mais de um sócio...

De outra parte, a lei não exige que o único acionista seja, *também*, uma sociedade anônima ou companhia, mas qualquer "sociedade brasileira", podendo, pois, cuidar-se, como ocorre na hipótese concreta, de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

3. No caso vertente, a subsidiária integral Y S/A tinha como única acionista, ou acionista controladora, a sociedade por quotas X Ltda.

A X Ltda., por sua vez, tinha dois únicos quotistas, cada um detendo 50% do seu capital social, a saber: o Consulente A e seu irmão B.

4. Em meados de 1998, a Y S/A decidiu aumentar o seu capital, *com admissão de novos acionistas*.

Ou seja, a Y S/A deixaria de ser uma subsidiária integral, que tem um único acionista, para se tornar uma sociedade anônima comum, com mais de um acionista. É a hipótese que a doutrina denomina de *reversão*.²

2. Cf. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 4, t. II, Saraiva, 1998, pp. 139-141.

E a lei acionária permite expressamente essa possibilidade. Só que, *atenta à realidade das coisas* — e não ao fetiche das formas —, determina que, nesse caso, seja assegurado aos *sócios da acionista controladora* direito de preferência para subscrever o aumento de capital da subsidiária integral, *in verbis*:

"Admissão de Acionistas em Subsidiária Integral

"Art. 253. Na proporção das ações que possuírem no capital da companhia, os acionistas terão direito de preferência para:

"I — adquirir ações do capital da subsidiária integral, se a companhia decidir aliená-las no todo ou em parte; e

"II — subscrever aumento de capital da subsidiária integral, se a companhia decidir admitir outros acionistas.

"Parágrafo único. As ações ou o aumento de capital de subsidiária integral serão oferecidos aos acionistas da companhia em assembléia geral convocada para esse fim, aplicando-se à hipótese, no que couber, o disposto no art. 171" (itálicos nossos).

Dada a excepcionalidade da situação, pois, a lei trata os sócios da acionista controladora como se fossem sócios da própria subsidiária integral, eis que, normalmente, o direito de preferência compete aos acionistas e não a terceiros.³

A esse respeito, assim esclarece a própria Exposição de Motivos da Lei 6.404/1976:

"A incorporação de ações, regulada no art. 253 (*atual art. 252*), é meio de tornar a companhia subsidiária integral, e equivale a incorporação de sociedade sem extinção da personalidade jurídica da incorporada. A disciplina legal da operação é necessária porque ela implica — tal como na incorporação de uma companhia por outra — em

3. Segundo Carvalhosa, há, aí, "um direito de preferência *sui generis*, que tem por objeto ações a serem emitidas por alienação de outra companhia, a subsidiária integral" (ob. cit., p. 253).

excepcionar o direito de preferência dos acionistas da incorporadora de subscrever o aumento de capital necessário para efetivar a incorporação. Em compensação, para evitar que a subsidiária integral possa servir de instrumento para prejudicar acionistas minoritários da companhia controladora, o art. 254 assegura o direito de preferência para aquisição ou subscrição de ações do capital da subsidiária integral."

5. Transplantando-se a previsão legal supracitada para o caso controvertido, tem-se a seguinte situação:

A Y S/A, sociedade anônima com um único acionista, a X Ltda., desejava aumentar o seu capital, com a admissão de novos acionistas.

Para tanto, seria necessário outorgar aos quotistas da X Ltda. — vale dizer, aos Srs. A e B — o direito de preferência para subscrição das ações decorrentes do aumento de capital da Y S/A, nos termos do art. 253, II, da Lei 6.404/1976.

Com efeito, os doutrinadores são indispares no entendimento de que, quando a acionista controladora da subsidiária integral é uma sociedade contratual, como sucede no caso vertente, impõe-se também outorgar aos seus sócios o direito de preferência:

"A doutrina tem levantado a questão do direito de preferência quando a controladora é sociedade de pessoas (limitada ou em nome coletivo). Evidentemente que tais sócios terão idêntico direito de preferência de aquisição ou subscrição de ações da subsidiária integral revertida. Nada impede, com efeito, que a controladora seja sociedade de pessoas. E seria absurdo imaginar que, por revestir tal tipo, os seus sócios estariam excluídos da preferência. Prevalece, no caso, a lei societária, mesmo porque o direito origina-se da subsidiária integral, que é sempre uma companhia (art. 251)" (cf. Modesto Carvalhosa, ob. cit., p. 141; no mesmo sentido, Fran Martins, *Comentários à Lei das S/A*, v. III, Forense, 1979, pp. 325-326 e 331-332).

6. Para finalizar, resta dizer que o direito de preferência para a subscrição do aumento de capital da subsidiária consiste em *direito próprio* dos sócios da acionista controladora da subsidiária integral, como também esclarece Modesto Carvalhosa:

"Assim, se a assembléia geral da subsidiária deliberar sobre sua *reversão*, para receber outros acionistas, terão os acionistas da controladora o direito de preempção. *Trata-se de direito próprio*, exercido por acionista na esfera da sociedade controladora. Com efeito, o acionista único da subsidiária é a companhia e não os seus acionistas. *Trata-se, portanto, de um direito 'sui generis' de exercício de direito 'sobrepuesto' ao do titular direto das ações da subsidiária*. Mais do que isto, o direito de preferência será exercido pelo acionista da controladora na proporção da sua participação no capital desta, como de resto não poderia ser diferente" (ob. cit., p. 140, grifos e negritos nossos).

Isto posto, passamos a responder aos quesitos formulados na consulta.

1º) O art. 253, II, da Lei 6.404/1976 assegura ao quotista de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que por sua vez detém a totalidade das ações de subsidiária integral, o direito de preferência na subscrição de novas ações da subsidiária quando esta deliberar aumentos do capital com o ingresso de novos acionistas?

Sim, indubitavelmente.

2º) O sócio de controladora de subsidiária integral, a quem é negado o direito de preferência de que trata o art. 253, II, da Lei 6.404/1976, ao promover ação de anulação das deliberações assembleares que aprovaram e homologaram o aumento do capital social da subsidiária integral com ingresso de novo sócio, está pleiteando direito próprio ou de terceiro?

Está pleiteando direito próprio. E, como esclarece Carvalhosa, no trecho por nós citado, "um direito *sui generis* de exercício de direito sobreposto ao do titular direto das ações da subsidiária".

3º) Do trecho do livro de autoria de V. Sa., transcrito na r. sentença, decorre a conclusão de que o sócio de controladora de subsidiária integral, a quem é negado o direito de preferência de que trata o art. 253, II, da Lei 6.404/1976, não tem legitimidade para pleitear a anulação das deliberações assembleares que aprovaram e homologaram o aumento do capital social dessa subsidiária integral, com ingresso de novo sócio?

Não. Na verdade, não cuidamos dessa hipótese, que é absolutamente excepcional, em nosso estudo — e que merece, por isso mesmo, um tratamento de exceção. Aliás, dissemos ali que “a regra geral é de que a legitimação *ad causam*”, nas ações anulatórias, “só compete, *em princípio*, ao acionista”, mas lembramos várias hipóteses em que se atribui a legitimação a terceiros, como no caso do usufrutuário de ações, do credor pignoratício, do credor garantido por alienação fiduciária de ações e do depositário judicial (cf. pp. 123-125 da obra citada).

4º) O sócio de controladora de subsidiária integral, a quem é negado o direito de preferência de que trata o art. 253, II, da Lei 6.404/1976, tem legitimidade para promover ação de anulação das deliberações assembleares que aprovaram e homologaram o aumento do capital social dessa subsidiária integral, com ingresso de novo sócio?

Sem dúvida. No caso, o sócio da controladora foi indiscutivelmente prejudicado pela deliberação de aumento de capital, feita à revelia de seu direito de preferência. Se ele fosse sócio diretamente da companhia controlada, ninguém lhe negaria essa legitimidade. Mas, como vimos, justamente pelo caráter inusitado da situação — a companhia controlada, ou seja, a subsidiária integral, é uma sociedade com um único sócio — a lei trata o sócio da controladora como se fosse sócio da própria subsidiária integral, outorgando-lhe direito de preferência para a subscrição de ações desta última, da qual ele não é acionista. Seria um absurdo que, ao mesmo tempo, a lei lhe negasse legitimação para agir, no caso de

desrespeito ao direito de preferência que ela própria lhe concede.

Acresce notar que, na hipótese vertente, o Consulente alega ainda *não ter sido convocado* para qualquer assembléia ou reunião de sócios, o que constitui hipótese de *nulidade absoluta*, que pode ser alegada por *qualquer interessado* e deve ser pronunciada *ex officio* pelo juiz, nos termos do art. 146 e seu parágrafo único do Código Civil.⁴

5º) O terceiro, não acionista, prejudicado por deliberação assemblear, tem legitimidade para promover ação para anulação dessa deliberação ou dessa assembléia?

Em alguns casos, sim, conforme esclarecido nas respostas aos quesitos ns. 3 e 4 supra.⁵

É o parecer, s.m.j.

São Paulo, 15 de maio de 2002.

4. A doutrina é indisplicante nesse sentido, distinguindo a hipótese de convocação irregular para a assembléia (que dá lugar à mera *anulabilidade* do conclave) da hipótese de ausência de convocação (que enseja a *nulidade absoluta* ou, segundo alguns ainda, a *inexistência* do conclave). Cf. Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, t. 50, 3ª ed., Ed. RT, § 5.322, n. 6, pp. 287 e ss., 1984); Carvalhosa (*Comentários ... cit.*, v. 2, p. 514); Comparato (em parecer publicado na RT 507/35-49); Wilson de Souza Campos Batalha (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. III, Rio, Forense, p. 1.205, 1977) e Waldemar Ferreira (*Tratado de Direito Comercial*, v. IV, São Paulo, Saraiva, p. 366, 1961, e, também, *Tratado das Sociedades Mercantis*, v. V, 5ª ed., Ed. Nacional de Direito, pp. 1.808-1.809, 1958). V., ainda, o nosso *Invalidez das Deliberações de Assembléia das S/A*, cit., pp. 90-91, nota 57.

5. Carvalhosa ainda aponta outros terceiros, não acionistas, legitimados à ação de anulação, como os debenturistas, os titulares de partes beneficiárias e os agentes fiduciários (ob. cit., pp. 422-425).