

220,00
120,42

Temas essenciais de direito empresarial

Estudos em homenagem
a MODESTO CARVALHOSA

saraivajur.com.br

Visite nosso portal

VINCULAÇÃO DO VOTO DOS ADMINISTRADORES INDICADOS PELO ACORDO DE VOTO

Jairo Saddi

Advogado em São Paulo. Pós-Doutor pela Universidade de Oxford. Doutor em Direito Econômico pela USP. Professor de Direito do Insper. Árbitro da Câmara de Arbitragem da Anbima, FIESP/CIESP e FGV.

Modesto Carvalhosa, a quem se homenageia nesta obra coletiva, é um dos mais prolficos e profundos juristas do nosso tempo. Além de comercialista eminente, o Prof. Carvalhosa vem também desempenhando um notável trabalho como árbitro e militando como um combativo advogado. Mas é na matéria societária doutrinária que seus ensaios e pareceres têm eco permanente no campo do Direito. O presente artigo trata de um tema caro ao Prof. Carvalhosa: a vinculação do voto do administrador nas Assembleias.

RAZÕES PARA A VINCULAÇÃO DO VOTO DO CONSELHEIRO AO ACORDO DE ACIONISTAS

Mesmo com a entrada em vigor da Lei n. 6.404/76, que admitia que a resolução por perdas e danos em razão do descumprimento dos acordos de acionistas, não representava a forma mais adequada de ressarcimento por seu descumprimento, a parte prejudicada não tinha alternativas senão buscar medidas judiciais para a satisfação dos prejuízos sofridos, visando ressarcir os danos causados. Tal providência, entretanto, amiúde se revelava insuficiente, em razão do procedimentalismo judicial conhecido, e representava via dispendiosa e morosa. Assim, não surpreende que as decisões, ainda que favoráveis, obtidas através do Poder Judiciário eram marcadas pela extemporaneidade.

É de Paulo César Aragão a observação sobre o tema:

“Convém metodologicamente, recordar a distinção conceitual entre a execução genérica, onde a pretensão do credor insatisfeito em decorrência da mora do devedor é

substituída por um pagamento equivalente, e a execução específica, onde o aparelho judiciário procura, na medida do possível, substituir a vontade que o devedor deixou de manifestar oportuna ou adequadamente, à vista das obrigações contratadas.

Quando por razões diversas, não é possível produzir, através do socorro ao aparato judiciário, um resultado idêntico àquele que adviria do cumprimento voluntário da obrigação assumida, o credor deve contentar-se com uma indenização substitutiva, sistemática que, durante longo período, representou a única opção disponível, na linha do velho brocardo *nemo ad factum praecise cogi potest*¹.

Logo, com a intenção de conferir maior efetividade ao cumprimento dos acordos de acionistas, o legislador alterou, na reforma da Lei das Sociedades Anônimas, substanciada pela Lei n. 10.303/2001, o regime dos acordos de acionistas, incluindo os §§ 8º e 9º ao art. 118, que estipulam e instrumentalizam a possibilidade de execução do citado acordo. Em síntese, a inclusão de tais parágrafos fez irradiar, para a própria companhia, os efeitos do pacto firmado entre os acionistas. Além disso, o *caput* do artigo 118 expressamente introduziu o exercício do poder de controle como matéria passível de ser disciplinada por acordo de acionistas².

¹ ARAGÃO, Paulo Cezar. A disciplina do acordo de acionistas na reforma da Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 10.303, de 2001). In: LOBO, Jorge (Org.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Inovações e questões controversas da Lei n. 10.303, de 31-10-2001*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 367-384.

² O apoio à mudança foi saudado pela comunidade jurídica. Nesse diapasão, o professor Arnoldo Wald, em artigo publicado no matutino *Folha de S.Paulo*, de 19-10-2001, discorreu nos seguintes termos acerca da razoabilidade da vinculação dos conselheiros ao acordo de acionistas: “O acordo de acionistas tornou-se um instrumento importante do direito societário, na medida em que, ao controlador único do passado, se substituíram as várias formas de controle partilhado exercido por vários acionistas, utilizando fórmulas contratuais ou a criação de empresas holdings. Trata-se de situação que se tornou mais frequente a partir do momento no qual foram realizadas as privatizações, formando-se, em geral, verdadeiros consórcios para adquirirem as ações vendidas ao público, mediante a união de empresas nacionais e estrangeiras, assim como de industriais e de instituições financeiras. Tendo uma sistemática relativamente adequada em decorrência da legislação societária e processual, o acordo não incidia necessariamente sobre o Conselho de Administração. Ao contrário, a interpretação da lei, pela doutrina e pela jurisprudência, era no sentido de conceder ampla independência aos seus membros, que se justificava na época do controlador único. Quando vários passaram a ser os controladores, exercendo em conjunto os seus poderes, o Conselho de Administração veio a exercer, além das suas funções tradicionais legalmente previstas, outras tantas decorrentes da necessidade de transformá-lo numa espécie de *miniassembleia*, definindo não só a política geral da empresa, mas tomando também as decisões operacionais mais importantes. A partir dessa transformação sofrida pelo Conselho, tornou-se imperativo submeter os seus membros, que representam os controladores, ou seja, a totalidade ou quase totalidade dos mesmos, ao acordo de acionistas. Não existindo, no Brasil, tradição de conselheiros realmente independentes, não faz sentido ter um acordo de acionistas que se aplique às decisões da Assembleia Geral, mas não às deliberações do Conselho de Administração...”.

Lógico e racional, com o objetivo de prevenir os conflitos de interesse, o dispositivo fez com que os membros do Conselho de Administração, eleitos pelos controladores, fossem obrigados a respeitar as disposições do acordo de acionistas. A independência dos conselheiros passou a encontrar limites nos interesses do principal – nos termos da conhecida teoria do agente.

A teoria do agente é central para compreender o assunto. Em apertada síntese, o problema da agência se resume à existência de um principal e de um agente que, como entidades (pessoas físicas ou jurídicas) distintas, não têm os mesmos objetivos. O principal deseja induzir o agente a agir com base no seu interesse particular, mas não dispõe de informações completas nem sobre as diversas variáveis que afetam o negócio, nem sobre a possibilidade real de dirigir o comportamento do agente. Como consequência disso, enfrenta imensas dificuldades de monitoramento. Com as restrições existentes de informação, não é possível prever a ação do agente, impedindo o principal de dirigir com sucesso a conduta do agente.

Existem quatro aspectos característicos da relação entre principal e agente. Primeiro, sempre há algum valor econômico criado pelo agente, ou porque ele detém algum tipo de conhecimento técnico especial, ou porque possui mais informação, ou ainda porque conta com mais tempo, fator que permite que realize a tarefa a um menor custo que o principal. Segundo, os interesses do principal e os do agente são diferentes e distintos – cada um visa maximizar seus próprios interesses e recompensas, obtendo o maior retorno possível pelos seus atos. Terceiro, o agente pode tomar algumas medidas que desenvolvam seus interesses particulares à custa do principal. E, finalmente, quarto, é difícil (e dispendioso) monitorar ou verificar o comportamento do agente. Mesmo que o principal possa controlar, intermitentemente, o que o agente está fazendo, a avaliação do que deveria ter sido feito para atender aos anseios do principal é complexa.

A teoria do agente, criada a partir de concepções de Berle e Means, tem relações diretas com o sistema de poder de controle sobre uma dada companhia. Berle e Means, na citação de Eduardo Vieira Manso, ponderam que o controlador pode agir de três modos:

“Primeiro, pode influenciar ou induzir os diretores no exercício do poder sobre a companhia. Em segundo lugar, o ‘controle’ – agindo por direito legal – pode realizar, ele mesmo, certas atividades, dentro da companhia, tais como eleger diretores, votar em emendas da carta patente ou ratificar decisões passadas dos diretores. Em terceiro lugar, o controle pode fazer coisas que aparentemente não têm nenhuma relação com a companhia, mas que, na verdade, afetam gravemente o destino da empresa. Considerando que o segundo e o terceiro modos de agir do controlador ou não são enquadrados pela ‘lógica legal’ ou que ‘a lei praticamente não tentou lidar com o terceiro e último’ deles, Berle e Means admitem que o primeiro grupo ‘está firmemente controlado pela teoria jurídica’, explicando: ‘O princípio de que os indivíduos que realmente induzem a ação administrativa também são responsáveis como administradores sujeita-os às obrigações fiduciárias impostas aos próprios diretores.

A lógica dessa norma é suficiente para compreender todas as situações; como hipoteticamente sempre que a administração age na verdade segundo as ordens de um ‘controle’ identificável, o ‘controle’ pode ser tratado exatamente como se fosse um administrador”³.

O estudo da oposição de interesses entre os “proprietários sem controle apreciável” e “o controle, sem a propriedade significativa”, na linguagem de Berle e Means, passou a ser fundamental para a compreensão do tema do voto do conselheiro e o acordo de acionistas. Isto em razão do controle pulverizado na maior parte dos mercados de capitais e do crescente volume de acionistas minoritários. Garantir os interesses do principal é aumentar a segurança jurídica das transações.

Com isto em mente, voltemos ao tema da reforma. O principal objetivo da Lei n. 10.303/2001, no dizer de Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik, no que se refere à disciplina dos acordos de acionistas é:

“[...] foi reforçar a segurança jurídica de tais contratos, permitindo que a eficácia das obrigações convencionadas entre as partes seja assegurada imediatamente, no âmbito da própria assembleia geral em que se verificar o descumprimento de tais obrigações. O legislador procurou, por meio dos §§ 8º e 9º do art. 118, garantir a plena coercibilidade do disposto nos acordos de acionistas, possibilitando sua execução *interna corporis*, mediante atuação direta dos interessados, e, conseqüentemente, evitar as longas discussões judiciais que prejudicavam a eficácia dos acordos e do próprio desenvolvimento das atividades sociais”⁴.

O § 8º do artigo 118, introduzido na Lei Societária, expressamente determinou o dever do presidente da assembleia geral de sócios, ou de órgão colegiado da administração vinculado a acordo de acionistas, de não computar o voto proferido em desacordo com as obrigações dispostas no pacto. O dispositivo tem a seguinte redação:

“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.”

Desta forma, positivou-se o preceito que já era reconhecido pela doutrina desde a entrada em vigor da Lei n. 6.404/76, em razão do mandamento constante do *caput* do art. 118, de que a companhia observará o acordo arquivado em sua sede.

Tal alteração foi importante porque disciplinou alguns dos conflitos comuns, fazendo ruir qualquer discussão doutrinária que apontasse a impossibilidade de o presidente de assembleia geral desconsiderar os votos praticados em discordância do acordo de acionistas, na totalização da manifestação da vontade social, tornando obrigatória ao

³ MANSO, Eduardo Vieira. Sociedade comercial. Da noção de poder à noção de responsabilidade. *Revista dos Tribunais*, v. 638, p. 57, dez. 1988, apud: BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 197.

⁴ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S.A.* São Paulo: Saraiva, 2002.

presidente da assembleia uma atribuição que era entendida, na prática comercial, como mera faculdade, além de estender ao presidente a obrigatoriedade de observar o quanto pactuado no acordo de acionistas.

Nesse sentido, assim se pronunciou o Prof. Modesto Carvalhosa:

“Por força do novo § 8º, o acordo oponível à sociedade passa a vincular não apenas os acionistas em assembleia geral ou especial, mas também os administradores indicados pelos acionistas, no que respeita as deliberações do órgão de que participem. Fica assim, desde logo, evidente que os acordos de acionistas vinculam, *ex vi* do § 8º, não apenas os membros do conselho de administração eleitos pelo acordo de acionistas, mas também os diretores na mesma situação, nas reuniões desse órgão, quando não tiver a sociedade conselho de administração. [...] Temos assim que o acordo de acionistas, na conformidade do novo *caput* do artigo 118 e seus novos parágrafos, tem por objeto o poder de controle e não apenas o direito de voto. Em consequência, como esse poder de controle é exercido, na maioria dos casos, primeiro nos órgãos da administração da companhia para, depois, exprimir-se na assembleia geral ou especial, estão vinculados ao acordo, no que respeita aos seus votos, os membros do conselho de administração eleitos pelo acordo, ou então os diretores na mesma condição também quanto a seus votos em reunião regular da diretoria (art. 143, § 2º)”⁵.

Malgrado o avanço no que tange ao plano das reuniões de órgãos colegiados como no de assembleias gerais de sócios, a introdução do § 8º ao art. 118 não resolveu a questão da abstenção dos acordantes, ou das pessoas vinculadas ao acordo, às reuniões em que deveriam obrigatoriamente votar no sentido que foi anteriormente acordado. Tampouco, tal dispositivo outorgou poderes ao condutor da assembleia para suprir a vontade não proferrida por sócio ou administrador ausente, até porque uma determinação no sentido de que o conselheiro votasse nos termos do acordo entraria na seara das decisões judiciais.

Assim, como forma de complementar a disposição do § 8º, o legislador introduziu o § 9º ao art. 118, no qual se lê:

“Art. 118, § 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 acordos de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omisso e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada.”

Estabeleceu, assim, a Lei Societária, no dito § 9º, verdadeira legitimidade substitutiva para que acionistas votassem com as ações dos contratantes ou conselheiros ausentes no respectivo conclave.

⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis 9.457, de 5 de maio de 1997, e n. 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2003.

Nesta toada, Modesto Carvalhosa (junto com Nelson Eizirik) apresentou uma importante distinção metodológica entre as formas de coercibilidade do acordo, no âmbito interno da companhia, em função dos dispositivos em comento, identificando-se, na nomenclatura dos autores:

- (i) a coercibilidade *interna corporis*, exercida pelo presidente da mesa da assembleia geral, ou especial, ou pelo presidente do conselho de administração ou da diretoria (§ 8º); e
- (ii) o exercício da autotutela pelas partes acordantes prejudicadas pela ausência ou abstenção de voto de um dos acordantes, ou omissão de administrador eleito em razão de acordo, à assembleia geral ou conclave colegiado no qual tal acordante ou administrador deveria manifestar-se conforme o pactuado (§ 9º).

Esta distinção é relevante à medida que estabelece condições distintas de análise de uma situação de exercício do poder de controle, sendo certo que tais instrumentos passam a tornar exigível o prazo do acordo (que pode estar vinculado a termo ou a condição resolutiva), nos termos do contrato (art. 118, § 6º, da Lei n. 10.303/2001); ainda, as partes poderão outorgar procuração com prazo superior a um ano para que determinada pessoa exerça o direito de voto nas assembleias da companhia (art. 118, § 7º, da Lei n. 10.303/2001); o presidente da assembleia ou do conselho de administração passa a ter poderes para não computar voto proferido com violação ao disposto no acordo de acionistas devidamente arquivado na sede da companhia (art. 118, § 8º, da Lei n. 10.303/2001); na hipótese de acionista ou de membro do conselho de administração vinculado ao acordo não comparecer à assembleia, ou à reunião, ou abster-se de votar, os prejudicados por tal ausência ou abstenção poderão substituí-lo na votação (art. 118, § 9º, da Lei n. 10.303/2001); deverá haver indicação de representante dos acionistas vinculados ao acordo para facilitar a comunicação com a companhia (art. 118, § 10, da Lei n. 10.303/2001); e, finalmente, a companhia pode solicitar esclarecimentos sobre as cláusulas do acordo de acionistas (art. 118, § 11, da Lei n. 10.303/2001). Sobre um destes aspectos – o voto do conselheiro independente – vamos passar a discorrer agora.

VINCULAÇÃO DA COMPANHIA AO ACORDO DE ACIONISTAS (§ 8º DO ART. 118) E O DEVER DO CONSELHEIRO DE ACATAR SUAS DIRETRIZES

O § 8º do art. 118 atribuiu ao presidente da mesa de assembleia geral de acionistas, ou de reunião de órgão da administração da companhia, o dever de não computar os votos proferidos em discordância do acordo de acionistas. Foi corroborada situação já presente na prática comercial, que não contava, entretanto, com o apoio unânime da doutrina comercial. Alguns, por exemplo, salientaram que não poderia o presidente da assembleia geral interpretar as cláusulas de um acordo do qual não fez parte, contrariando o princípio segundo o qual se reserva o *poder judicandi* exclusivamente ao Poder Judiciário (afora as hipóteses de estipulação de convenção de arbitragem notoriamente reconhecida pela doutrina comercialista)⁶. No entanto, tais resistências não encontraram

⁶ Vide BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 42.

apoio e repercussão, acabando por prevalecer a noção de que é dever do presidente de assembleia geral zelar pelos termos do acordo.

Para que o acordo de acionistas irradie efeitos para a companhia, alguns requisitos são necessários.

O primeiro requisito legal é que o acordo esteja arquivado na sede da companhia. Este procedimento passa a conferir presunção de conhecimento do instrumento pelos órgãos internos da pessoa jurídica. Em segundo lugar, o conteúdo do voto deve ser bem esclarecido no instrumento, ou determinável em ato subsequente, como a lavratura de ata de uma reunião prévia.

A coercibilidade exercida pelo presidente da assembleia geral é ressaltada por Modesto Carvalhosa (também com Nelson Eizirik), que afirma o caráter vinculante das decisões tomadas nas reuniões prévias, estabelecidas por acordo de voto destinado ao exercício do controle da sociedade. Apontam os referidos autores que o exercício do poder de controle revela-se como verdadeiro dever do controlador, cuja implementação não pode ser arbitrariamente obstada por signatários discordantes das deliberações tomadas pela maioria nas citadas reuniões prévias⁷.

Não é demais esclarecer que o poder exercido pelo acionista ou grupo de acionistas que formam a maioria que vai compor a assembleia geral e votar é designado Poder de Controle da Companhia.

O conceito de poder de controle da companhia é um dos temas mais recorrentes no Direito Societário. Bulhões Pedreira distingue-o do poder jurídico (o direito do acionista) no exercício de tomada de decisões:

“O poder de controle não é poder jurídico integrante do complexo de direitos da ação: cada ação confere apenas o direito (ou poder jurídico) de um voto. Ele nasce do fato da reunião da mesma pessoa ou (ou grupo de pessoas) da titularidade de quantidade de ações cujos direitos de voto, quando exercidos no mesmo sentido, formam a maioria nas deliberações da assembleia geral. Segundo o modelo legal, o poder político na companhia – no sentido do poder supremo de qualquer unidade de organização social, que compreende o de alocar ou distribuir poder dentro dessa unidade – cabe à assembleia geral e, dentro desse órgão, à maioria dos acionistas. Na companhia em que essa maioria é pré-constituída, diferentemente, o poder político é exercido pelo controlador dentro e fora das reuniões da assembleia: a ação do controlador configura cargo de administrador supremo, que se sobrepõe aos órgãos formais da companhia e dirige os órgãos administrativos”⁸.

⁷ Escreveram Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik: “A deslealdade não pode prevalecer sob nenhuma forma ou pretexto, por afetar a própria vida da sociedade controlada. Daí a necessidade de imediata declaração de ineficácia dos atos de obstrução que os dissidentes do acordo produzam contrariamente ao decidido por maioria nas reuniões do órgão interno do acordo, as denominadas reuniões prévias, na forma prevista nos novos §§ 8º e 9º do art. 118”.

⁸ José Luiz Bulhões Pedreira. Acordo de acionistas sobre controle de grupo de sociedades. Validade da estipulação de que os membros do conselho de administração de controladas devem votar em bloco segundo orientação definida pelo grupo controlador. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 5, n. 15, p. 226-248, jan./mar. 2002.

Vale ainda reafirmar, dessa forma, que o exercício do poder de controle teve seus mecanismos de efetividade reforçados com a introdução do § 8º no art. 118, como já ressaltado. Sua principal função é tornar explícita situação jurídica que já poderia ser inferida do *caput* do mesmo dispositivo, que estabelece a observância do acordo pela sociedade. Este é pacto cuja execução irradia efeitos no cerne da companhia, integra as disposições do estatuto social e deve, caso arquivado na sua sede, ser observado por seus órgãos internos.

Não é demais ressaltar que, mesmo antes da entrada em vigor da Lei n. 10.303, alguns acordos de acionistas já previam a obrigatoriedade de membros do conselho de administração de votarem de acordo com as deliberações dos acionistas que os elegeram.

Em parecer da lavra de Alfredo Lamy Filho, o ilustre jurista respondendo sobre a validade destas estipulações assim se manifestou:

“Passando ao exame das questões formuladas pela Consulente, trata-se de saber se é válida a estipulação, em acordo de acionistas, de que os membros da administração indicados pelos sócios votem em blocos nos termos das deliberações adotadas pelos acionistas da companhia X ou pelo Conselho de Administração de seus controladores. Pensamos que a resposta é afirmativa, tendo em vista o quanto afirmamos e mais:

- a) o texto do acordo, aprovado pelos signatários, era do amplo conhecimento dos eleitos e providos em cargos, dado que o mesmo é público, arquivado na sociedade;
- b) tratando-se de controle, a lei especifica que pode ser exercido por um ‘grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto’ que detém a maioria dos votos e, pois, o poder de controle e USA EFETIVAMENTE SEU PODER PARA DIRIGIR AS ATIVIDADES SOCIAIS E ORIENTA O FUNCIONAMENTO DOS ÓRGÃOS DA COMPANHIA (alínea ‘b’ do artigo 116 da Lei vigente);
- c) o dispositivo em apreço significa a prevalência do princípio majoritário no relacionamento entre sócios, na medida em que fixa a concordância e subordinação da minoria ao que decidir a maioria; em outros termos, os temas indicados no acordo devem ser previamente debatidos entre os, e o que a maioria decidir deverá ser observado como decisão do controlador (grupo), sócios;
- d) o ‘grupo’, uma vez constituído, passa, pois, nos termos da Lei (art. 116) a ser o controlador da empresa ‘holding’, e das suas subsidiárias, e tem responsabilidades específicas por esse fato (artigo 117 da Lei), obrigando seus signatários à observância do que eficazmente contrataram;
- e) o texto em exame não autoriza os signatários do acordo a praticarem atos de gestão – pois isto é privativo dos órgãos sociais –, seja conselho de administração, seja diretoria; mas, sim, que seus delegados, providos nos cargos, cientes do comportamento a ser adotado e das restrições a que sua ação estava submetida, procedam em consonância com o pactuado – ou renunciem se discordam, antes de serem destituídos”⁹.

⁹ LAMY FILHO, Alfredo. *Temas de S.A.* São Paulo: Renovar, 2007. p. 323.

Assim, a lei brasileira foi clara ao declarar o dever da companhia de observar o acordo de acionistas quando arquivado em sua sede. E com as alterações introduzidas pelo § 8º do artigo 118 da Lei n. 10.303, também ficou claro o dever do conselheiro de acatar as diretrizes do acordo.

FUNÇÕES DO § 9º DO ARTIGO 118 – EXERCÍCIO DA AUTOTUTELA PELOS SIGNATÁRIOS DO ACORDO DE ACIONISTAS

Segundo o § 9º do art. 118, a abstenção ou o não comparecimento de acionista vinculado por acordo de acionistas, ou de membro do conselho de administração eleito nos termos do acordo, confere à parte prejudicada o direito de votar com as ações do acionista, ou em nome do conselheiro, ausente ou omissor. Este procedimento, consoante a doutrina atual, corporifica uma espécie de autoexecução específica do acordo de acionistas.

A autoexecução do acordo deve ser entendida como uma forma de exercício de autotutela dos direitos conferidos aos acionistas em razão do pacto firmado. O regime jurídico da autotutela circunscreve-se ao campo dos direitos pessoais relativos, que permitem ao sujeito de direito exigir o cumprimento legal ou o adimplemento do contrato. Dentre os direitos subjetivos relativos está o direito de proteção, que permite a execução efetiva e concreta dos direitos do seu titular. Assim, a autotutela é uma das expressões do direito de proteção, que somente pode ser exercida nas estritas hipóteses previstas em lei.

A razão de ser da norma é estabelecer uma nova via para a resolução do conflito surgido em razão do inadimplemento da convenção de voto por algum dos contratantes, seguindo a tendência do direito processual moderno que tem privilegiado formas alternativas de acesso à justiça, que se operam, por vezes, sem a necessária intervenção do Poder Judiciário.

A autotutela, neste caso, justifica-se como situação excepcional, na qual o ordenamento reconhece que a busca pela satisfação do direito subjetivo, mediante provocação do Poder Judiciário, poderia demandar tempo superior ao aceitavelmente suportado pela parte prejudicada, fazendo esvaziar, por definitivo, a pretensão tal como originada.

No caso do § 9º do art. 118, é concedida ao prejudicado legitimidade substitutiva para atuar como se fosse detentor das ações do acionista inadimplente, proferindo o voto “em nome” do contratante faltoso, como verdadeiro mandatário deste. Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik identificaram no comando do § 9º semelhança com instituto do Direito norte-americano do “pooling agreements” (acordos de voto em bloco), segundo o qual há outorga às partes contratantes de mandato recíproco, em razão do qual os pactuantes que logrem, por meio da realização de uma reunião prévia, alcançar um voto majoritariamente decidido, poder votar com as ações representativas do bloco, mesmo que existam vozes minoritárias discordantes da respectiva deliberação. Trata-se, na doutrina daquele país, segundo eles, de um mandato irrevogável conferido à maioria com o objetivo de alcançar um interesse comum¹⁰.

¹⁰ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson, op. cit.

A legitimidade da regra incorporada na Lei Societária não foi, contudo, aceita de maneira unânime pela doutrina comercialista: Calixto Salomão Filho entendeu a norma incondizente com o sistema de voto estabelecido na Lei n. 6.404/76 e chegou a defender a inconstitucionalidade do § 9º do art. 118, em razão da separação que confere entre a propriedade da ação e a titularidade do exercício de voto que lhe é inerente, posição que não acabou sendo acolhida pela doutrina dominante:

“O § 9º do art. 118 prevê a possibilidade do acionista participante de acordo de acionistas votar em nome de acionista ou conselheiro ausente. A peculiaridade é a ausência absoluta da necessidade de nomeação contratual de um mandatário ou, ao menos, da investidura em acordo (como ocorre nas sociedades) de um representante orgânico. Inexistente qualquer uma dessas declarações expressas parece difícil pressupor o interesse dos membros do acordo em se fazer representar. Presumir uma representação tácita ou legal é sem dúvida incoerente, sobretudo tendo em conta que todo dispositivo referente à transmissão, ou exercício por terceiro de voto, dever ter interpretação absolutamente restritiva por tratar de direito essencial do acionista. Assim, ausente permissão contratual ou legal expressa, o voto do acionista ou conselheiro presente à reunião ‘em nome do ausente’ seria ilegal (art. 110, *caput*, e § 1º da Lei Societária) e também inconstitucional. O dispositivo constitucional ferido é o art. 5º da Constituição Federal. A própria titularidade (propriedade – art. 5º, *caput*) da ação pelo acionista ausente é desrespeitada, na medida em que se permite o exercício do direito inerente à propriedade da ação por terceiros, sem autorização contratual expressa (mandato) ou legal. De outro lado, a liberdade individual de associação (incisos XVII e XX) é desrespeitada na medida em que ao sócio é imposto (por representação) um ato (o voto) que é faculdade do associado”¹¹.

No entanto, como bem lembrou Nelson Eizirik, a previsão do § 9º torna mais eficazes as avenças entre acionistas que versem sobre direito de voto, estando, assim, consoante a atual técnica societária. Não há qualquer violação à norma constitucional, notadamente ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional prevista no art. 5º, XXXV, da CF, uma vez que as partes que se entenderem prejudicadas sempre encontram a via judicial aberta para a resolução definitiva da querela. No âmbito da jurisprudência, amplos efeitos já foram reconhecidos ao § 9º do art. 118, em acórdão proferido pelo TJDF, devendo-se ressaltar, entretanto, que não se pode falar, ainda, em entendimento consolidado¹².

Há, sem dúvida, importante evolução no sistema de proteção aos termos dos acordos celebrados entre acionistas e deve ser interpretada em conjunto com a regra introduzida no § 7º do art. 118. Este dispositivo, também incorporado na reforma à Lei das Sociedades Anônimas de 2001, retira o limite temporal de um ano, estabelecido no art. 126, § 1º, da

¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rev. Fábio Konder Comparato. Forense, 2008. p. 22.

¹² TJDF, 2ª Turma Cível, Apelação Cível n. 2001.01.1.0377702, Rel. Des. J. J. da Costa, julgado em: 26-9-2005.

mesma lei, dos mandatos outorgados por acionistas para representação em assembleia geral ou especial, desde que especificados em acordos de acionistas. Para muitos, assim como para Carvalhosa e Eizirik, a regra do § 7º passa a vigor tanto para mandatos expressos constantes dos instrumentos de acordo (constituição de síndico), como para o mandato legal previsto no § 9º (autotutela):

“O mesmo mandato irrevogável [previsto no § 7º] têm aqueles titulares dos votos majoritários obtidos na reunião prévia que direcionar o voto dos administradores eleitos pelo acordo [e de acionistas pactuantes em assembleias gerais e especiais] nas reuniões prévias de seus órgãos de administração [e de sócios], inclusive para os efeitos previstos nos novos §§ 8º e 9º desse mesmo art. 118. Aplica-se a esse mandato irrevogável, tanto do síndico como da maioria dos participantes do bloco, o art. 1.317, II do Código Civil de 1916 (art. 686, parágrafo único, do CC/2002), que prescreve a irrevogabilidade quando o mandato constituir meio de cumprir uma obrigação contratada”¹³.

O acionista que se valer da prerrogativa do § 9º e votar com as ações do sócio inadimplente não responderá pelos prejuízos por esse suportado em decorrência do voto, assim, tratando-se de mandato legal, o mandante é responsável por todas as obrigações contraídas pelo mandatário – e demais manifestações de vontade – desde que o mandatário atue dentro dos poderes a ele conferidos.

Por óbvio, a contrário senso, caso o mandato seja exercido com excesso ao que ficou estabelecido no acordo de acionistas, o voto proferido pelo mandatário deverá ser considerado ineficaz em relação ao mandante, naquilo que for excessivo (art. 662 do Código Civil). Sendo impossível ser operada a ineficácia da deliberação apenas perante um acionista – o mandante –, deverá o voto, invariavelmente, ser anulado no que exceder os poderes do mandatário, assim como as deliberações que dele se serviram para ser aprovadas.

Cabe mencionar, além disso, que a autotutela do § 9º pode ser exercida mesmo que o acionista inadimplente esteja presente na assembleia geral, ou especial, e vote contrariamente ao predeterminado. Deve ocorrer, nessa hipótese, desconsideração do voto pelo presidente da assembleia, por afronta ao acordo (§ 8º), com subsequente exercício do voto pelo acionista prejudicado, como se o inadimplente fosse omissivo ou ausente.

Em conclusão, as alterações estipuladas pelo novo regime de execução *interna corporis* do acordo de acionistas oferece uma dupla mudança: por um lado, o mandato não sujeito a prazo de um ano e, por outro, a faculdade de, pela autoridade do presidente da assembleia, a parte prejudicada poder votar, dando cumprimento ao acordo.

Por fim, deve-se mencionar interessante crítica trazida à tona por Carlos Augusto Junqueira de Siqueira que identificou, na redação do § 9º, dificuldade em precisar a quem seriam conferidos poderes de mandatário em caso de, na ausência ou abstenção de pactuante, mais de um dos contratantes presentes à assembleia sentir-se prejudicado, não havendo, porém, entre estes, consenso com relação à forma de proferir o voto do ausente:

¹³ CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson, op. cit.

“A nosso ver [o § 9º] trazendo complicação em sua redação: como não são celebrados exclusivamente aos pares [por poder caracterizar pactos plurilaterais], mais de um acionista ou conselheiro poderá considerar-se prejudicado pelo voto do ausente ou omissivo. Sendo a convenção formada por vários e não comparecendo um deles ao conclave social, ou ele abstendo-se de votar, todos os demais poderão sentir-se prejudicados, até por motivos diferentes. Significa que não há, exclusivamente, uma parte prejudicada. Dois ou mais acordantes poderão, igualmente, considerar-se prejudicados pela omissão ou ausência. E se todos convergirem, considerando-se prejudicados por razão única, a lei não esclarece se qualquer um deles poderá votar com as ações de propriedade do acionista silente ou ausente, ou se todos deverão votar em conjunto. Se a matéria comportar amplitude bastante, desdobrando-se em várias acessórias, dentre os acionistas presentes, não apenas um poderá considerar-se prejudicado em face de determinada cláusula da convenção ou do acerto na reunião prévia, mas um segundo, ou terceiro, também poderá considerar-se igualmente prejudicado por motivo diverso. Qual deles votará com as ações do ausente? A possibilidade de divisão das ações daquele acionista, entre os que se consideraram prejudicados para efeitos do voto(s) substitutivo(s), não está prevista na lei”¹⁴.

Esta questão ainda não foi respondida pela doutrina, no entanto, a meu ver, em caso de mais de um acionista sentir-se prejudicado, nenhum voto do ausente deveria ser computado, como se o voto do ausente estivesse em discordância do acordo de acionistas, nos termos do § 8º do artigo 118.

¹⁴ SIQUEIRA, Carlos Augusto Junqueira de. *Transferência do controle acionário: interpretação e valor*. Niterói: FMF, 2004. p. 159.