

REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro

135

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 XLIII (Nova Série)
julho-setembro/2004

**MALHEIROS
EDITORES**

AUTOTUTELA DO ACORDO DE ACIONISTAS

Novo regime estabelecido pela Lei 10.303/2001

DANIEL MOREIRA DO PATROCÍNIO

I — *Introdução*. II — *Autotutela*. — *Considerações gerais*. III — *Art. 118*. § 8º. IV — *Art. 118*. § 9º. V — *Vinculação dos conselheiros e diretores ao acordo*. VI — *Conclusão*. VII — *Bibliografia*.

I — Introdução

Dentre as modificações sofridas pela Lei das Sociedades por Ações, com o advento da Lei 10.303/2001, destaca-se a inclusão dos §§ 8º e 9º no art. 118. Estes novos dispositivos legais cuidaram do instituto da autotutela ou auto-execução específica do acordo de acionistas.

Assim, no presente estudo, pretendemos analisar este mecanismo criado pelo legislador reformista de 2001, pelo qual se estabeleceu uma nova forma para se assegurar o cumprimento do acordo de acionistas.

O § 8º resultou na positivação de uma prática usualmente adotada pelas companhias, quando da realização dos conclaves e desde que os acordos já tivessem sido, em sua sede, arquivados. É que, mesmo antes da edição da Lei 10.303/2001, em razão do estabelecido no *caput* do art. 118, já se verificava a resistência do presidente da mesa em computar os votos que fossem feitos em desconformidade com o que fora anteriormente ajustado no acordo. Esta circunstância, no entanto, segundo a opinião de alguns juristas, não seria legal, pois o presidente da mesa, ao interpretar o acordo e decidir se o voto poderia ou não ser computado, acabava exercendo uma função

pela redação dada pela Lei 10.303/2001, não só os acionistas convenientes estariam vinculados à convenção, mas, também, os membros do conselho de administração ou, na hipótese de inexistência deste órgão, os diretores eleitos por este grupo de acionistas. Esta circunstância trouxe grande complexidade para alguns estudiosos, na medida em que, em tese, a nova norma não seria conciliável com o dever de independência de que cuida o § 1º do art. 154 da Lei 6.404/1976.

Por se tratar de um novo instituto, divergências relevantes têm surgido na doutrina pátria. Para alguns, cuidou o legislador reformista de um importante avanço em busca da efetividade dos acordos de voto. Para outros, melhor teria sido que os §§ 8º e 9º tivessem sido vetados. Assim, longe de pretendermos esgotar a discussão, desejamos provocar o debate acerca da sistemática da autotutela introduzida pela Lei 10.303/2001. Vejamos.

II — Autotutela — Considerações gerais

Como sabemos, visando assegurar a paz social, o Estado avocou para si a competência exclusiva para a solução dos conflitos sociais, sendo, inclusive, vedado o exercício arbitrário das próprias razões.

Não é por outra razão que o Código Repressivo considera típica a conduta pela qual o particular pretenda "fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite" (art. 345). Semelhante tratamento legal, dirigido às autoridades, também foi previsto no art. 350 do mesmo Código Penal, que dispõe que praticará o crime de exercício arbitrário ou abuso de poder quem "ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder".

Note-se, por outro lado, que em ambos os dispositivos há previsão expressa quanto à possibilidade da autotutela desde que prevista em lei. Neste ponto usamos de refutar o argumento que era defendido pelo

Professor Celso Barbi Filho, o qual sustentava a impossibilidade da autotutela do acordo de acionistas. O saudoso Mestre, ao comentar o projeto que resultou na edição da Lei 10.303/2001, afirmou que "esse mecanismo, de autêntica execução específica privada, subverte perigosamente a tutela jurisdicional necessária a se aferir o efetivo direito das partes do acordo, devendo-se avaliar com cautela sua adoção irrestrita, tal como proposta no projeto".

Sobre o tema, Modesto Carvalhosa² leciona o seguinte:

"O regime de autotutela insere-se no universo dos direitos pessoais relativos, que permitem ao sujeito de direito exigir o cumprimento do dever legal ou o adimplemento do contrato.

"Trata-se de um direito subjetivo, que outorga legitimidade jurídica para o sujeito diretamente exigir ação ou omissão de pessoas certas e determinadas.

"No âmbito dos direitos subjetivos pessoais relativos encontram-se os de proteção, ou seja, os que permitem o efetivo e concreto exercício dos direitos do seu titular."

Mais adiante, cita o Mestre alguns exemplos de autotutela previstos em nosso ordenamento: "E, não obstante a excepcionalidade de sua utilização como modo corrente de satisfação de pretensões, há previsão legal de algumas dessas exceções, como o direito de retenção (CC de 2002, arts. 578, 644 e 1.219, correspondentes aos arts. 1.199, 1.279, 516 etc. do CC de 1916); desforço imediato nas possessórias (CC de 2002, art. 1.210, § 1º, correspondente ao art. 502 do CC de 1916); o penhor legal (CC de 2002, art. 1.467, correspondente ao art. 776 do CC de 1916); o direito de cortar raízes e ramos de árvores limitrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC de

1. Celso Barbi Filho, "Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e proposta para a reforma de sua disciplina legal", *RDM* 121/31.

2. Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. II, 3ª ed., pp. 541-542.

2002, art. 1.283, correspondente ao art. 558 do CC de 1916); a auto-executoriedade das decisões administrativas; o poder de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e, como contraponto, a legítima defesa ou o estado de necessidade (CP, arts. 24 e 25; CC de 2002, arts. 188, 929 e 930, correspondentes aos arts. 160, 1.519 e 1.520 do CC de 1916); e o direito de não cumprir obrigação, assumida em contrato bilateral, quando a outra parte não cumpre a sua (CC de 2002, arts. 476 e 477, correspondentes ao art. 1.092 do CC de 1916).^{3,4}

Ari Possidonio Beltran, em estudo dedicado à análise da autotutela nas relações do trabalho,⁵ relata-nos a doutrina de Ni-

3. Goffredo Telles Jr., citado por Carvalhosa, também enumera diversas hipóteses de autotutela previstas em nossa legislação: "o direito de retenção: a) do pagamento, enquanto a quitação regular não for dada ao devedor que paga (CC, art. 939); b) da coisa vendida à vista, enquanto o vendedor não receber o preço (arts. 1.130 e 1.131); c) da coisa alugada, enquanto o locador não efetuar o pagamento das benfeitorias que o locatário tiver feito, tanto das necessárias como, quando expressamente consentidas pelo locador, das úteis (CC, art. 1.199); d) das benfeitorias necessárias e úteis, que o possuidor de boa-fé tiver feito, até que ele seja indenizado pelo seu valor (art. 316); e) da coisa gerida, enquanto o gestor não for reembolsado das despesas necessárias ou úteis, por ele feitas (art. 1.339); f) do objeto do mandato, até que o mandatário seja reembolsado do que despendeu, feitas com ela, e os prejuízos, que do depósito provierem, sejam pagos ao depositário (art. 1.279); g) da coisa dada em garantia por anticrese, enquanto a dívida não for paga (art. 760); h) da coisa dada em penhor, até que o credor seja indenizado das despesas que não tenham sido ocasionadas por culpa sua, mas que foram pagas por ele (art. 772)".

4. Por sua vez, o novo Código Civil de 2002, em seu art. 1.085 cuidou de mais uma hipótese de autotutela, ao prever a resolução da sociedade em relação a sócio minoritário, sem intervenção do Judiciário: "Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alienação do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa".

5. Ari Possidonio Beltran, *A Autotutela nas Relações do Trabalho*, p. 26.

ccio Alcalá-Zamora y Castillo (*Proceso Autocomposición & Autodefesa, México* Unam, 1970), que há muito já havia enfrentado o tema. Para Castillo, "produzido o litígio entre duas esferas contrapostas de interesses, este deverá ser solucionado por obra dos próprios litigantes ou por decisão imperativa de um terceiro". Argumenta que a solução "parcial" (o termo é usado em oposição a "imparcial" e não a "total") do litígio oferece duas alternativas: ou um dos litigantes concorda com o sacrifício de seu próprio interesse, ou, ao contrário, impõe o sacrifício do interesse do outro. No primeiro caso, usando a terminologia de Carlucci, menciona a "autocomposição": ao passo que, no segundo, a hipótese é a da "autodefesa".

Ainda segundo Beltran, para Castillo a "idéia de que o sacrifício consentido (autocomposição), ou imposto (autodefesa), pode ser tanto unilateral, como na renúncia ou na legítima defesa, quanto bilateral, como na transação ou no duelo, respectivamente. A grande diferença entre elas decorre do impulso subjetivo que as determina, o que permite caracterizar como "altruísta" e como "egoísta", respectivamente, os dois subtipos em que se divide a solução parcial dos litígios".⁶

"A autodefesa, que combina a parcialidade e o egoísmo, aparece desde o primeiro momento como uma solução deficiente e perigosa em grau superlativo, em consequência do que, de forma explícita, os ordenamentos jurídicos dos Estados mercedores deste nome a proíbem como regra, ainda que a consintam em situações excepcionais, e apesar de ser necessário um processo posterior, precisamente para declarar a licitude da mesma no caso concreto."⁷

A seguinte classificação da autodefesa foi elaborada por Castillo:

a) a autodefesa em sentido estrito: como réplica a um ataque;

6. Idem, p. 27.

7. Idem, *ibidem*.

b) o exercício pessoal ou direto de um direito subjetivo, sem que seu titular haja sofrido prévio ataque: o exercício de um direito, o estado de necessidade, e figuras de menor relevo, como a perseguição de abelhas ou o corte de raízes;

c) o exercício de faculdades atribuídas ao mando para fazer frente a situações de exceção: é o caso da manutenção da disciplina pelos militares superiores, por exemplo;

d) o exercício de uma "potestade" por um dos sujeitos em litígio: o pátrio poder, autoridade marital etc.;

e) o combate entre partes que confiam na força e não na razão para a decisão de suas pendências: o duelo no nível individual e a guerra no nível internacional;

f) a coação sobre a outra parte para lograr impor a prevalência dos próprios interesses: tal grupo entrelaça-se com os referidos nos itens "b" e "c" e ao qual pertencem numerosos expedientes da luta social entre capital e trabalho.⁸

Quanto ao reconhecimento pelo legislador, a autodefesa pode ser lícita ou autorizada (legítima defesa), tolerada (o duelo em alguns países) e proibida (com dispositivos explícitos ou implícitos, proibições específicas etc.).⁹

Percebe-se, portanto, que a autotutela está presente em diversos ramos do direito. Contudo, no presente estudo, pretendemos analisar o instituto da forma que foi introduzido na Lei de Sociedades Anônimas, através da reforma operada pela Lei 10.303/2001. Vejamos.

III — Art. 118, § 8º

O art. 8º, ora em estudo, possui a seguinte redação:

8. Niceto Castillo, *Proceso...*, cit., pp. 59-60, *apud* Ari Possidonio Beltran, cit., pp. 28-29.

9. Niceto Castillo, ob. cit., p. 60, *apud* Ari Possidonio Beltran, ob. cit., p. 29.

§ 8º. O presidente da assembléia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado.

Pois bem, antes do advento da Lei 10.303/2001, havia, na doutrina, posicionamentos contrários à possibilidade de o presidente da mesa resistir ao cômputo do voto proferido de forma contrária à ajustada na convenção de voto arquivada na sede da companhia. Dentre estes doutrinadores, destaca-se a visão de Celso Barbi Filho, nas seguintes palavras, lembrado por Fábio Ulhoa Coelho:¹⁰ "(...) havendo durante a assembléia divergência de interpretação sobre o sentido do voto pactuado na convenção, surge uma impossibilidade de aplicação do ajuste naquela votação. Isso porque o presidente da mesa não tem jurisdição, sendo, portanto, incompetente, para dirimir o conflito sobre a interpretação do contrato. Assim, não poderá a mesa computar ou deixar de computar votos, se as partes não estão acordes sobre o sentido que a convenção lhes predeterminou. A própria contrariedade sobre a existência ou não de conflito entre o acordo e o interesse social (...) faz com que surja uma impossibilidade de aplicação do ajuste por não ter a mesa poderes para resolver o impasse. Essas hipóteses geram a ineficácia do acordo para a deliberação controvertida. E tal ineficácia, em não havendo consenso entre as partes, só ficará sanada com a decisão judicial transitada em julgado, que decida o conflito de interpretação surgido".

Ao comentar o novo dispositivo, Modesto Carvalhosa¹¹ ensina o seguinte:

"Por sua vez, o novo § 8º do art. 118 expressamente determina que o presidente da assembléia ou do Conselho de Administração não poderá computar o voto proferido em desconformidade com o conven-

10. Fábio Ulhoa Coelho, *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*, 4ª ed., p. 688, *apud* Celso Barbi Filho.

11. Modesto Carvalhosa, ob. cit., p. 521.

cionado no acordo de acionistas. Trata-se de norma impositiva e, portanto, inescusável o seu cumprimento pelo presidente da assembleia geral ou especial e pelo presidente do Conselho de Administração ou, então, pelo presidente da reunião da diretoria.

"Lembre-se, a propósito, que anteriormente à Lei 10.303, de 2001, tal prerrogativa era reconhecida pela doutrina."

Note-se, portanto, que a autonomia que foi delegada ao presidente da mesa limita-se à negativa de computo do voto realizado em desconformidade com o convencional no acordo de acionistas devidamente arquivado na sede da companhia. Assim, nas hipóteses em que o acionista abster-se de votar ou nem sequer comparecer à assembleia, não poderá o presidente fazer computar o respectivo voto em consonância com o estabelecido na convenção de voto. Paulo Cezar Aragão¹² bem diferencia as consequências que estas diversas situações podem gerar:

"As distinções só avolumam a complexidade da matéria, pois há uma evidente diferença entre simplesmente não considerar o voto contrário ao acordo (ainda que, em certos casos, esta desconformidade possa ter efeitos no tocante ao quórum exigido por lei ou pelo estatuto para a adoção de certa deliberação) e, na terminologia processual, suprir a vontade do acionista que está — ao menos supostamente — descumprindo o acordo de acionistas, registrando o seu voto de modo diverso daquele manifestado.

"A situação se torna ainda mais complexa quando se considera que, numa tradição norte-americana, o acionista pode, malgrado o acordo, votar com os pés e sim-

12. Paulo Cezar Aragão. "A disciplina do acordo de acionistas na reforma da lei das sociedades por ações (Lei 10.303, de 2001)", in Jorge Lobo (coord.), *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Inovações e Questões Controvertidas da Lei 10.303, de 31.10.2001*, p. 371.

IV — Art. 118, § 9º

O novo § 9º criou a possibilidade de o acionista efetivar o estabelecido na convenção de voto, ainda que o outro conveniente não compareça à assembleia, ou, comparando, se abstenha de votar. A redação do mencionado dispositivo é a seguinte:

§ 9º. O não comparecimento à assembleia ou às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer parte de acordo de acionistas ou de membros do conselho de administração eleitos nos termos de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissos e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada.

Primeiramente, é bom ressaltar que, assim como na hipótese prevista no parágrafo anterior, o § 9º também possibilita o exercício da autotutela não só nos casos em que o acionista conveniente crie obstáculos ao cumprimento do acordo (seja pelo não comparecimento à assembleia, seja pela abstenção do voto), mas, também, nas hipóteses em que o conselheiro não exerça o direito de voto em conformidade com o estabelecido no acordo firmado pelo grupo dos acionistas que o elegeram.

Carvalhosa¹³ fala em "legitimidade substitutiva" ao analisar a mencionada norma:

nistas, este instrumento se demonstrou insuficiente para assegurar a efetividade destas convenções, *verbis*: "Malgrado a relevância de tal previsão legal, que veio a representar importante instrumento para o cumprimento das obrigações assumidas, em algumas situações a execução específica mostrou-se insuficiente para o atendimento oportuno dos interesses da companhia e de seus acionistas. A morosidade da Justiça faz a via judicial, na imensa maioria dos casos, a mais lenta forma de satisfação dos interesses. Sob a ótica da empresa, as frequentes guerras de liminares travadas entre seus acionistas só vêm a obstar as atividades da companhia, contribuindo, de forma contumelante, para a ocorrência de consideráveis prejuízos àquela" (Felipe de Freitas Ramos, "Responsabilidade dos signatários de acordo de voto no regime da Lei 10.303/2001", *RDM 125/114*).

13. Modesto Carvalhosa, *ob. cit.*, p. 538.

"Cria assim, o novo § 9º do art. 118, uma legitimidade substitutiva da parte dos acionistas majoritários da comunhão e de seus representantes nos órgãos administrativos da sociedade. Essa autotutela criada pela lei (§ 9º) constitui meio legítimo visando o cumprimento do acordo caso haja algum signatário recalitrante ou administrador representante do acordo no Conselho de Administração ou na diretoria que procurem obstruir a respectiva deliberação ou sua eficácia majoritária.

"Pode-se arguir que não poderia haver, na hipótese do § 9º, legitimidade substitutiva para implementar a vontade de uma parte que nem sequer foi manifestada, como seria o caso da ausência do acordante ou de seu representante, respectivamente, na assembleia geral ou especial e na reunião do Conselho de Administração ou da diretoria. Tal arguição não prevalece, na medida em que a vontade do acionista já foi manifestada quando firmou o acordo de acionistas, pelo qual se comprometeu a votar em bloco, diretamente na assembleia geral ou especial ou por representantes seus indicados nos órgãos de administração da companhia. É essa vontade do conveniente manifestou-se no sentido de prevalecer nas reuniões prévias a orientação de voto na maioria dos integrantes da comunhão de controle."

Para Felipe de Freitas Ramos¹⁶ o novo § 9º instituiu um verdadeiro mandato legal ao acionista (ou membros do conselho e da diretoria) prejudicado pela recalitrância do outro conveniente no acordo, *verbis*: "O recém criado § 9º do art. 118 da Lei Societária nada mais fez do que conferir ao acionista prejudicado uma espécie de mandato legal, de forma que os próprios acionistas possam funcionar como guardiões do acordo. Deste modo, agindo o acionista prejudicado com base em prerrogativas e direitos oriundos de um mandato legal, não caberia sua responsabilização por prejuízos advin-

16. Felipe de Freitas Ramos, "Responsabilidade...", *cit.*, *RDM 125/114*.

dos do exercício daqueles votos. Vale lembrar que o mandante é responsável por todas as obrigações assumidas pelo mandatário, se contraídas dentro dos poderes a este conferidos".¹⁷

Pois bem, o dispositivo em análise alberga duas situações: a) o não comparecimento do acionista à assembleia, bem como o não comparecimento do conselho ou do diretor às reuniões do conselho de administração e da diretoria, respectivamente; b) a abstenção de voto do acionista conveniente ou do conselho eleito por grupo de acionistas vinculado ao acordo.

A primeira situação prevista na norma refere-se àquilo que a doutrina americana, em uma tradução literal, denomina "votar com os pés", já que o acionista, pretendendo descumprir o acordado simplesmente não comparece aos conchaves da companhia. Nestes casos, vigente o antigo regime que só admitia a execução específica judicial, somente restava ao acionista prejudicado o direito de pleitear perdas e danos, pois não há como obrigar o conveniente a comparecer às assembleias. A execução específica, no que se refere às convenções de voto, apenas poderia ser utilizada, nas hipóteses em que o conveniente, presente à assembleia se recusasse a votar ou o fizesse de forma diversa daquela convencional.

A outra situação contemplada pelo legislador reformista refere-se ao caso em que conveniente, mesmo presente ao conclave, se abstenha de votar em conformidade com o que fora ajustado no acordo de voto. A hipótese legal também alberga os casos em que o conselho eleito por acionistas reunidos em bloco, através de acordo de voto,

17. Em seu artigo, Ramos menciona ser este também o posicionamento adotado por Paulo Cezar Aragão: "(...) admite o novo § 9º do art. 118 um caminho alternativo de execução direta, por assim dizer, das obrigações assumidas, mediante o exercício pela parte prejudicada — à qual se conferiu um mandato legal por assim dizer — do voto próprio às ações de acionista ausente ou omissão para proferir voto contra ou a favor de deliberações determinadas (...)".

Ora, a lei é clara em delegar a outro conselho, também eleito pelo mesmo grupo de acionistas, o direito de votar em nome daquele que tenha se absteído de votar em conformidade com o ajustado no acordo de acionistas. Não haverá, portanto, a possibilidade de um terceiro, que não componha o conselho (v.g., acionista conveniente do acordo), utilizar-se do voto do conselho que tenha resistido em agir em conformidade com a convenção de voto. Diante desta conclusão, indaga-se: caso o grupo de acionistas reunidos em bloco, através de um acordo de acionistas, somente tenham obtido êxito em eleger um membro do conselho, o que poderá ser feito na hipótese de o referido conselho se abster de votar em conformidade com o acordo? Afinal, não haverá outro conselho, eleito pelo mesmo grupo, o qual poderia exercer em nome do recalcitrante o voto. Parece-nos que a lei não contemplou esta situação. Neste caso, não será aplicável a autotutela, sob pena de ocorrer aquilo que o jurista Paulo Toledo chamou de "situação estranha".

Nelson Eizirik²⁰ bem comenta a questão:

"Dessa forma, não poderá o administrador, representante do acordo de acionistas, obstruir o exercício do poder de controle estabelecido na convenção de voto em bloco, visto que, ao desobedecer à diretriz dada pelo bloco de controle, estará ele atuando com abuso de poder.

"De fato, o voto contrário à orientação tomada pelos acionistas convenientes constitui não apenas obstrução ao cumprimento do acordo, mas também forma de lesão ao interesse social, pois poderá impedir o exercício do poder-dever de controle nas deliberações a serem tomadas nos órgãos administrativos da sociedade.

20. Nelson Eizirik, "Acordo de acionistas — Arquivamento na sede social — Vinculação dos administradores de sociedade controlada", *RDM* 129/51.

"Essa eventual obstrução ao exercício do poder-dever de controle comum acarreta responsabilidade para o administrador, caracterizando violação aos princípios de lealdade, boa-fé e diligência que devem marcar a conduta dos participantes do controle comum."

Há uma outra questão que merece ser examinada. Afinal, o que poderá fazer o acionista, conselho ou diretor que se recusar a exercer o voto em conformidade com o convencional, nas hipóteses em que se verificar um conflito com o interesse social? Afinal, mesmo diante de sua reticência o outro conveniente (ou seu representante nos órgãos colegiados) poderá se utilizar do mecanismo previsto no § 9º. Ao que parece, não restará outra alternativa que não seja recorrer ao Judiciário. Assim, a eventual contrariedade ao interesse social poderá ser invocada como razão para o pleito de anulação da deliberação societária, tudo em conformidade com o estabelecido nos arts. 115, 116, 117, 118, § 2º e 154, § 1º da Lei 6.404/1976.

V — Vinculação dos conselheiros e diretores ao acordo

Como sabemos, o art. 154, § 1º, da Lei de Sociedades Anônimas cuida do dever de independência a que se sujeitam os administradores. Este dispositivo estabelece que "o administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres".

Diante do estabelecido no referido dispositivo, indaga-se: como conciliar o disposto na referida norma com o estabelecido nos §§ 8º e 9º do art. 118? Afinal, o administrador e o diretor (este na hipótese de inexistência de conselho de administração) estão ou não vinculados ao estabelecido no acordo de voto em bloco celebrado pelos acionistas que os elegeram?

Paulo Cezar Aragão inicia o debate asseverando que, no Brasil, os administradores das companhias brasileiras são, como regra, simples prepostos dos acionistas que os elegeram:

"Aqui, na maioria dos casos, os conselheiros terminam sendo os próprios diretores, gerentes e empregados dos acionistas ou a eles vinculados de outras formas similares, que reduzem ou eliminam a respectiva independência. Sua indicação, desde o início, nada mais representa do que a nomeação de um preposto para representar o acionista na reunião do conselho de administração, e não a indicação de um terceiro verdadeiramente independente, que irá representar, de forma não particular, o interesse de todos os acionistas."

"Por isto, é completamente impertinente a lembrança de exemplos de boa governança de outros países, onde ninguém admitiria a idéia de que todos os conselheiros tivessem essa ligação próxima (melhor se dizer, esse vínculo de subordinação) com os acionistas que os indicaram, como é a regra no Brasil."²¹

Mais adiante, Aragão conclui que o administrador eleito por um grupo de acionistas poderá, obviamente, deixar de votar em conformidade com as diretrizes consiliantes do acordo, desde que o faça com fundamento no § 2º do art. 118, *verbis*: "(...) o acionista não poderá — mesmo se o acordo o prever — votar contra o interesse da companhia ou de forma que caracterize abuso do poder de controle, mas essa exceção deverá ser expressamente invocada, já que o descumprimento do disposto no acordo estará sempre sujeito a revisão judicial ou por via de arbitragem. Não existe, assim, a suposta possibilidade de o conselheiro descumprir o acordo com base na sua 'liberdade de consciência'. Se o fizer, deverá necessariamente basear-se naquelas

21. Paulo Cezar Aragão, "A disciplina...", cit., in Jorge Lobo (coord.), *Reforma da Lei...*, cit., p. 376.

hipóteses estabelecidas *numerus clausus* no referido § 2º do art. 118".²²

Assim, para Aragão, o administrador está vinculado ao disposto na convenção celebrada pelos acionistas que o elegeram, podendo, no entanto, resistir a lhe dar cumprimento nas hipóteses em que o disposto no acordo venha a contrariar o interesse social. Nesta hipótese, a resistência do administrador será legítima.

João L. de Camargo e Maria Isabel do P. Bocater asseveram que a redação dada aos §§ 8º e 9º do art. 118 resulta em um esvaziamento das funções deliberativas do conselho de administração, *verbis*: "Com autonomia de vontade do conselho de administração a deliberação sobre matérias de sua competência exclusiva. O esvaziamento do órgão o transformaria em algo sem conteúdo, deixando de ser um colegiado de debates e deliberações, para ser um 'órgão laranja', integrado por homens de palha, apenas enunciator de manifestações de vontade alheias, vindas de fora da companhia, sem que se possa saber, de forma transparente, como as decisões foram tomadas".²³

Para os referidos autores a única forma de se conciliar os dispositivos legais seria restringir a vinculação às matérias que não fossem de competência exclusiva do conselho:

"Em razão do comando contido na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2º, § 1º), impõe-se a compatibilização das diversas normas antes aludidas, não se podendo obter outra conclusão senão a de se admitir a vinculação do voto dos conselheiros apenas nas hipóteses em que não adentre a competência exclusiva cometida ao órgão, bem como não retire do conselheiro o juízo de

22. Paulo Cezar Aragão, cit., p. 378.

23. João L. de Camargo e Maria Isabel do P. Bocater, "Conselho de administração: seu funcionamento e participação de membros indicados por acionistas minoritários e preferencialistas", in Jorge Lobo (coord.), *Reforma da Lei...*, cit., p. 396.

conveniência e oportunidade conferido ao administrador, sob pena de, se assim não se interpretarem os novos comandos legais, obter-se uma situação monstrosa, onde melhor seria a honesta eliminação do próprio conselho de administração.

"Assim, afasta-se de imediato qualquer subordinação de voto com relação àquelas matérias privativas do conselho de administração, por expressa reserva de lei, sendo, de resto, pelo menos polêmica, a possibilidade de um acordo de acionistas regular a eleição dos diretores."²⁴

Por sua vez, Paulo F. C. Salles Toledo não poupa críticas aos novos dispositivos legais:

"Não pode, pois, o conselho de administração, em nome de um acordo de acionistas, votar contra os interesses da companhia. Nem poderia invocar esse acordo para eximir-se de responsabilidade (LSA, art. 118, § 2º). Seu patrimônio pessoal, portanto, responderia pelos prejuízos decorrentes de sua conduta. O preço a ser pago, como se vê, é muito alto para quem acenou em particular do conselho de administração como simples preposto do acionista ou grupo de acionistas que o elegeu para a função."

"(...)."

"E, finalmente, não será demais lembrar que os aludidos parágrafos padecem, ainda, de um outro mal. Cito, mais uma vez, a lição de Modesto Carvalho, na parte em que observa que os acordos de acionistas devem respeitar as matérias que sejam da atribuição exclusiva dos conselhos de administração, que são indelegáveis (LSA, art. 139), não podendo, por isso, 'impor diretrizes aos membros desse órgão'. Prossegue o mesmo Autor dizendo que, 'em consequência, não podem tais poderes ser avocados para o âmbito da assembléia geral, que é a esfera de exercício do voto dos convenientes'.

24. João L. de Camargo e Maria Isabel do P. Bocater, ob. cit., p. 400.

"De tudo se conclui que o Sr. Presidente da República teria prestado um grande serviço ao Direito, ao mercado de capitais, e às atividades econômicas, se tivesse vetado o Projeto de Lei 3.115/1997, no ponto em que acrescentou, ao art. 118 da Lei das S/A, os §§ 8º e 9º."²⁵

Já Modesto Carvalho entende serem perfeitos conciliáveis os novos §§ 8º e 9º do art. 118 com o disposto no § 1º do art. 154 da Lei Societária:

"Não há incompatibilidade entre o dever de independência do administrador eleito em virtude do acordo de voto e o acatamento das decisões majoritárias que a comunidade adotou em reunião prévia do acordo de voto em bloco."

"(...) o voto contrário à diretoria tomada pela maioria dos acionistas convenientes em reunião prévia da comunidade constitui não apenas obstrução ao cumprimento do acordo como também forma de lesão ao interesse social (§ 2º), ao criar o administrador conturbado nas deliberações tomadas no exercício do poder-dever de controle. Haverá, no caso, abuso de poder do administrador vinculado ao acordo se o seu voto for contrário à diretoria previamente tomada na forma prevista no respectivo acordo. Haverá, af., infringência do acordo, o que requer a intervenção do presidente do órgão (Conselho de Administração ou diretoria), para, obrigatoriamente, suspender a eficácia deste voto contrário à diretoria majoritariamente dada pelos acionistas convenientes em reunião prévia da comunidade, *ex vi* do novo § 8º deste art. 118."²⁶

Parece-nos que, para o eminente jurista, o disposto nos §§ 8º e 9º serviu como uma forma de se assegurar, em especial, o cumprimento do estabelecido nos acordos que tenham por objeto o exercício do poder de controle. É que, ao comentar a vinculação dos administradores indicados

25. Paulo F. C. Salles Toledo, "Modificações...", cit., in Jorge Lobo (coord.), *Reforma da Lei...*, cit., p. 429.

26. Modesto Carvalho, ob. cit., pp. 540-541.

pelo acordo de voto em bloco ao estabelecido na convenção, afirma o Mestre que a norma trata "de mais um efeito da adoção do *pooling agreement* pelo novo *caput* e pelos novos §§ 6º e 11 deste art. 118 trazidos pela Lei 10.303/2001".²⁷

Registra Carvalhosa que, antes do advento da Lei 10.303/2001, não havia qualquer impedimento quanto à possibilidade de os acionistas convençionarem acerca de orientações vinculativas de voto no Conselho de Administração. A diferença é que no regime anterior estas estipulações somente poderiam produzir efeitos *inter partes*, não sendo oponíveis contra a sociedade. Menciona, ainda, que a validade deste tipo de estipulação jamais fora contestada.²⁸ Com a edição da Lei 10.303/2001, a companhia passou a ter o dever de observar e implementar o disposto nas convenções, inclusive no que se refere à vinculação dos administradores. É o que determina o novo § 8º.

Ao comentar o art. 154, Carvalhosa, enfaticamente, posiciona-se pela hegemonia dos controladores sobre os administradores eleitos através de acordos de voto em bloco. Afirma o comentarista que "nenhuma autonomia terão os administradores doravante, em se tratando de matérias objeto do acordo de voto em bloco, submetidos que estão às diretrizes estabelecidas na reunião prévia da comunhão dos controladores por força do que dispõem os §§ 7º, 8º e 9º do referido art. 118".²⁹

Felipe de Freitas Ramos entende que a autotutela e a vinculação dos administradores ao estabelecido nas convenções de voto celebradas pelos acionistas que os tinham eleito resultou em uma boa contribuição para que sejam alcançados os objetivos da governança corporativa: "Relevante ressaltar, ainda que sucintamente, que as inovações insurgidas pelo art. 118, §§ 8º e 9º, da Lei 10.303/2001, não se esgotam no

27. *Idem*, p. 538.
28. *Idem*, v. II, p. 539.
29. *Idem*, v. III, p. 278.

VII — Bibliografia

ARAGÃO, Paulo Cezar. "A disciplina do acordo de acionistas na reforma da lei das sociedades por ações (Lei 10.303, de 2001)". In LOBO, Jorge (coord.), *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Inovações e Questões Controvertidas da Lei 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

BARBI FILHO, Celso. "Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no direito brasileiro e proposta para a reforma de sua disciplina legal". *Revista de Direito Mercantil* 121/31, São Paulo.

BELTRAN, An Possidonio. *A Autotutela nas Relações do Trabalho*. São Paulo, L.Tr., 1996.

CAMARGO, João L. de, e BOCATER, Maria Isabel do P. "Conselho de administração: seu funcionamento e participação de membros indicados por acionistas minoritários e preferencialistas". In LOBO, Jorge (coord.), *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Inovações e Questões Contro-*

vertidas da Lei 10.303, de 31.10.2001. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. vs. II e III, 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*, 4ª ed., Saraiva, 2000.

EIZIRIK, Nelson. "Acordo de acionistas" Arquivamento na sede social — Vinculação dos administradores de sociedade controlada". *Revista de Direito Mercantil* 129/45.

RAMOS, Felipe de Freitas. "Responsabilidade dos signatários de acordo de voto no regime da Lei 10.303/2001". *Revista de Direito Mercantil* 125/114.

TOLEDO, Paulo, F. C. "Modificações introduzidas na Lei das Sociedades por Ações, quanto à disciplina da administração das companhias". In LOBO, Jorge (coord.), *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas: Inovações e Questões Controvertidas da Lei 10.303, de 31.10.2001*. Rio de Janeiro, Forense, 2002.

âmbito da maior coercibilidade das obrigações contratuais celebradas. A expressão vinculação legal dos demais órgãos colegiados, em especial do conselho de administração, às disposições dos acordos de acionistas — eterna discussão que atormenta e divide a doutrina — representa, em nosso entendimento, fundamental avanço para o exercício da boa governança corporativa".³⁰

Filiamo-nos ao posicionamento que considera a autotutela, exercida nos órgãos colegiados da companhia, plenamente compatível com o art. 154, máxime em se tratando de acordos para o exercício do poder de controle.

VI — Conclusão

Os novos §§ 8º e 9º do art. 118 cuidaram do instituto da autotutela ou auto-exercício específica dos acordos de voto. Além deste mecanismo, o legislador estabeleceu o dever de os presidentes dos órgãos deliberativos da companhia fazerem cumprir o estipulado nos acordos de acionistas, abstendo-se de computar os votos que venham a ser proferidos em desconformidade com o convençionado.

Por sua vez, foi assegurado aos convenientes o direito de votar em nome do acionista que tenha deixado de comparecer ao conclave ou que tenha se absteído de votar em conformidade com o convençionado.

De acordo com a redação dada aos referidos dispositivos, os administradores eleitos pelos acionistas convenientes também estão vinculados ao estabelecido na convenção. Esta circunstância não contraria o disposto no art. 154, § 1º, desde que o cumprimento do convençionado não venha a contrariar o interesse social ou o estabelecido nos arts. 115, 116 e 117 da Lei 6.404/1976.

30. Felipe de Freitas Ramos, *ob. cit.*, p. 116.