

JOSE ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO

"Il diritto senza processo non potrebbe raggiungere il suo scopo; non sarebbe il diritto, in una parola". (Francesco Carnelutti, *Diritto e Processo*, Morano, Naples, 1950, p. 33).

"Sr. Presidente. Já no regime do Código Civil e no Tribunal de Minas, diversas vezes sustentei eu a possibilidade da execução *in natura* da obrigação *faciendi*, desde que para isso não houvesse a necessidade de violentar a pessoa do *reus debendi*, de não restringer sua liberdade física.

Nas obrigações, o que se deve é a coisa realmente contratada. Esta é a prestação e não as perdas e danos que, como diz Teixeira de Freitas, representam sucedâneo às vezes imperfeito da *res debita*. Desde o direito antigo, desde Inerito, pelo menos, o princípio a que aludo tem aceitação e voga. O Cód. de Proc. Civil deu-lhe expressão desnublada".

Trecho de voto do Min. Ottonino Nolato, no Supremo Tribunal Federal, em 19.10.49 (RF 143/162).

## I — Cumprimento e execução das obrigações

1. *Obrigações "ex contractu"* — São de caráter contratual as obrigações emergentes dos acordos de acionistas, tais como disciplinados em nosso ordenamento positivo (Lei 6.404, de 15.12.76, art. 118). Expressam tais obrigações vínculo de natureza pessoal e se cumprem mediante determinados comportamentos dos respectivos sujeitos. No plano do direito material, têm elas, como contrapartida, direitos correlatos, configurando-se assim relação obrigacional concreta. Pode-se dizer, conseqüentemente, e ainda no âmbito do direito material, que os sujeitos das obrigações acordadas são titulares de *pretensões* ao seu cumprimento.

No Direito Romano, a obrigatoriedade das convenções, originárias do curso de vontade das partes era reconhecida como princípio de direito natural, muito embora, como advertiu Charles Maynz, para que as obrigações adquirissem eficácia executiva, deveriam ter *causa civilis*. A existência da *causa civilis*, no direito quiritário, distinguia o *contractus*, assegurado por ações e os *pacta*, desprovidos de tal garantia.<sup>1</sup> No entanto, a mais importante das distinções romanas, a respeito, deve-se a Gaio, que formulou a célebre *divisio*: "omnis... obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto", mais tarde desdobrada por Justiniano na classificação quadripartite: "aut ex contractu aut quasi ex contractu aut ex delicto aut quasi ex delicto". A oposição entre *contractum* e *delictum*, conquanto se devesse entender, põe em realce, entretanto, o papel do concurso de vontades na gênese das obrigações, o que levou Robert Villes, em obra recente, a afirmar que a idéia moderna do contrato é evidentemente tributária do Direito Romano.<sup>2</sup>

O consenso, como analiticamente demonstrou Messineo, é um *quid* complexo, que pressupõe duas distintas declarações de vontade, "dirigidas" reciprocamente às partes contratantes, culminando em sua combinação ou integração,<sup>3</sup> do que resulta a composição de interesses opostos, ou quando menos, não coincidentes.<sup>4</sup> Foi justamente o prestígio da vontade, como emanção da personalidade, que lhe deu, no curso dos tempos, o poder de criar direitos e obrigações, ao amparo da liberdade de contratar.<sup>5</sup>

Chegou-se assim ao postulado fundamental da teoria clássica dos contratos, expresso no art. 1.134 do CC francês, no sentido de que as convenções legalmente formadas fazem lei entre as partes. No dizer de Savatier, magnificou-se com tal preceito, ao ponto mais alto, a *liberdade* do homem, *criadora do Direito*.<sup>6</sup>

Daí justificar-se, sempre no plano do direito material, a *pretensão* dos contratantes ao cumprimento das obrigações, tais como estipuladas por via contratual. Deixando de lado as reservas e as mitigações ao *pacta sunt servanda*, que a evolução do Direito registra na época contemporânea, e que reduzem a eficácia dogmática das convenções,<sup>7</sup> cumpre assinalar que o princípio que embasa toda a sistemática dos contratos é precisamente o de que as obrigações assumidas devem ser fielmente cumpridas.

No Direito brasileiro, esse princípio está implícito no ordenamento, ao contrário do que sucede na legislação alemã, que contempla *regra expressa* a respeito, no § 241 do *Bürgerliches Gesetzbuch*: "§ 241 (Natureza da obrigação) Por força da obrigação, está o credor autorizado a exigir do devedor uma prestação. A prestação pode também consistir em uma omissão".<sup>8</sup>

Ao nosso legislador, como comenta Agostinho Alvim, pareceu indispensável exprimir essa regra, uma vez que, segundo a doutrina, ela é *fundamental* em matéria de efeitos das obrigações.<sup>9</sup>

2. *Cumprimento voluntário e lide* — As obrigações contratuais nascem para se cumprir voluntariamente, como consequência do consenso coletivo que cria o *vinculum iuris*. Nas palavras de Clóvis, verifica-se, nos contratos e em todas as obrigações, uma prodigiosa força ético-jurídica.<sup>10</sup> O cumprimento da convenção pode se dar espontaneamente, pelo obrigado, agindo por iniciativa própria, ou mediante a solicitação do titular do direito. Em ambas as hipóteses, é voluntário o cumprimento da prestação acordada, ainda que o faça o devedor em condições psicológicas contrárias ao adimplemento. Se se aceitar o relativo pessimismo de M. I. Carvalho de Mendonça, para quem ninguém contrata senão urvido por uma necessidade mais ou menos opressiva da ocasião,<sup>11</sup> não será difícil intuir que o cumprimento do contrato, mormente daquele de trato suces-

3. *Dolittina Generale Del Contratto*, Giuffrè, Milão, 1946, pp. 52 a 55.

4. Ob. cit., p. 19.

5. Cf. José Alexandre Tavares Guerreiro, "O Estado e a Economia dos Contratos Privados", in *Revista de Direito Mercantil* 31/77.

6. *Les Métamorphoses Economiques et Sociales du Droit Civil D'Aujourd'hui*, Dalloz, Paris, 1948, p. 5.

7. Cf. artigo citado no n. 5.

8. *Código Civil Alemão*, trad. de Souza Diniz, Record, Rio, 1960.

9. *Da Inexecução das Obrigações e Suas Consequências*, Saraiva, São Paulo, 1949, p. 14.

10. *Direito das Obrigações*, Francisco Alves, 9.ª ed., 1957, São Paulo, p. 85.

11. *Contratos no Direito Civil Brasileiro*, Forense, Rio, 4.ª ed., 1957, 1/15.

1. Charles Maynz, *Cours de Droit Roman*, Paris, 1870, 2/169.

2. *Rome et le Droit Privé*, Albin Michel, Paris, 1977, p. 317.

sivo, poderá se revelar inconveniente à parte, face ao decurso do tempo e à mutação no *animus* de quem prometeu e tem que adimplir.

Mas, enquanto não houver resistência de seu lado à satisfação do interesse do titular da pretensão ao cumprimento do convenção, não se instaura situação conflitiva. Esta somente surge a partir da configuração da simples mora ou da eletiva verificação do inadimplemento absoluto. A partir de qualquer desses momentos, instala-se, no âmbito da relação obrigacional, a resistência à pretensão do titular do interesse não satisfeito. Se, como acima dissemos, com palavras de Messineo, o contrato harmoniza interesses conflitantes ou, pelo menos, não coincidentes, o descumprimento do avençado rompe esse equilíbrio voluntário, antagonizando desde logo aqueles interesses, com a interrupção da resistência a pretensão que dele deriva legitimamente.

Contrastando-se as vontades, como consequência da fissura no elemento integrador configurado no contrato, desaparece a possibilidade de subordinação de interesses. Estes já não mais se combinam. Opõem-se.

Está caracterizada a *lide*, no sentido carneluttiano, como conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro.<sup>12</sup> Mais recentemente, em nova proposição metodológica e conceitual, o Prof. Alfredo Buzaid deu contornos mais precisos e abrangentes, ainda que de excepcional concisão, à idéia de *lide*, configurando-a como a controvérsia sobre um bem da vida juridicamente tutelado.<sup>13</sup>

3. *Execução* — Instaurada a *lide*, é mister compô-la, não somente para a satisfação do interesse que pertine diretamente ao credor da obrigação enquanto tal, senão também em função do inegável interesse público na harmonização de situações conflitivas. Como ensina o Prof. Alfredo Buzaid, "... se à parte, *uti singulis*, pertence o interesse em *lide*, à mesma, *uti civis*, pertence igualmente o interesse à composição da *lide*, que é interesse geral e portanto da própria parte".<sup>14</sup>

No caso dos acordos de acionistas, assegura-lhes a Lei 6.404 execução específica (art. 118, § 3.º). Mesmo que assim não dispusesse o ordenamento positivo, o descumprimento do acordo de acionistas, por si só, seria motivo suficiente para que o titular do interesse contrariado pudesse acionar os mecanismos jurisdicionais do Estado, à vista da garantia constitucional do direito de ação, expressa na primeira parte do art. 153, § 4.º, da Carta Magna, segundo o qual a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Com a natureza de direito processual, consistirá a ação em obter do juiz a sentença sobre a *lide* deduzida no processo.<sup>15</sup> Assim, o acordo de acionistas descumprido equivale a uma lei violada, quer porque, como contrato, o acordo teria o efeito de lei entre as partes, quer porque a obrigatoriedade do cumprimento das convenções é norma fundamental do sistema de direito, como atrás

12. Cf. Prof. Alfredo Buzaid, *Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1956, p. 92.

13. Aula de 19.5.80, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

14. *Do Agravo de Petição*, cit., p. 93.

15. Cf. Prof. Alfredo Buzaid, *Do Agravo de Petição*, cit., p. 93 e nota n. 30, referindo Carnelutti.

ficou dito. Mas, com o exercício do direito de ação, não se visa à tutela do interesse em *lide*, senão à tutela de um direito público subjetivo, configurado no direito de invocar a manifestação jurisdicional tendente à *justa composição da lide*.

Cabem, neste passo, algumas observações. Em primeiro lugar, ressalte-se que nossa lei acionária de 1976, ao consagrar a execução específica dos acordos de acionistas, remete implicitamente o intérprete ou aplicador da lei ao ordenamento processual comum, já que não consigna nenhum preceito peculiar no que tange aos remédios jurisdicionais aplicáveis à espécie.

Assim sendo, no exame do problema, a ação das partes legitimadas (acionistas signatários do acordo) se subordina a um juízo de admissibilidade que encontra, como primeiro ponto de referência a *possibilidade jurídica do pedido*. Trata-se de condição da ação de execução específica, cuja verificação se faz à luz do § 3.º do art. 118 da Lei 6.404, o qual dispõe no sentido de que, nas condições previstas no acordo, os acionistas poderão promover a execução específica das obrigações assumidas. À vista dos delineamentos básicos do instituto, contêm, nos arts. 639 e 641, a previsão das providências jurisdicionais suscetíveis de invocação pelas partes, na consecução de seu *desideratum*, as quais deduzirão seu *petitum* mediante a indicação dos *factos* (descumprimento do acordo) e dos *fundamentos jurídicos do pedido* (CPC, art. 282, III). A norma jurídica aplicável à controvérsia, que constitui precisamente o fundamento jurídico do pedido, cabe ao juiz verificar, independentemente da precisa alegação do requerente. *Lura novit curia*.<sup>16</sup>

Mas é exatamente o pedido do autor que fixará os limites da decisão judicial solicitada, demarcando-lhe a atividade, na medida em que esta se traduzirá, à final, na composição da *lide* deduzida com a petição inicial, juntamente com as questões controversas, desde logo enunciadas. O objetivo da provocação da máquina judiciária, mediante o exercício do direito de ação, é o de pedir *sentença*, para a justa composição da *lide*. Nos termos do art. 468, do CPC, a sentença, que julgar total ou parcialmente a *lide*, tem força de lei nos limites da *lide* e das questões decididas.

Entre o pedido e a sentença desenvolve-se o processo, que exprime, no dizer de Carnelutti, a idéia de um desenvolvimento gradual no tempo.<sup>17</sup> A força de lei da sentença, a que alude o referido art. 468 do CPC, representa, sob certo aspecto, comando destinado a demover o obrigado de sua resistência à pretensão legítima da outra parte, ou seja, a eliminar a controvérsia sobre o bem da vida juridicamente tutelado, segundo a mais moderna concepção do Prof. Alfredo Buzaid antes referida. O *facere* do acionista inadimplente, ao qual se obrigara no acordo, sendo infungível, sofrerá, por força da sentença proferida na ação de execução específica, transformação coativa. Não podendo o juiz converter o *dever ser* em *ser*, modificará o próprio *dever ser*.<sup>18</sup>

16. Cf. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., Forense, 1979, IV/23.

17. *Direito e Processo*, Morano, Naples, 1950, p. 45.

18. Cf. Carnelutti, *Direito e Processo*, cit., p. 320, nota 4.

Em nosso entender, com apoio nessas idéias de Caramelli, transpostas ao tema em exame, a finalidade objetiva da execução específica (como espécie do gênero execução forçada) será, pois, a de transformar coativamente o inadimplemento da obrigação contratada e descumprida em cumprimento equivalente, de sorte a que o acionista falto, ao invés de se sujeitar ao interesse da parte contrária, vencedora da ação, tenha que cumprir o avençado, mesmo contra sua vontade, desde que o dever não cumprido tenha se caracterizado, na sentença, como bem efetivamente tutelado pelo direito.

Esse, a nosso ver, o caráter verdadeiro do julgamento do mérito, na execução específica do acordo de acionistas, a que corresponde, de um lado, a manifestação substitutiva do órgão jurisdicional, e, de outro, a transformação concreta do estado de fato, que o inadimplemento da obrigação criara.

A resolução das questões controvertidas implica na composição da lide, pressupondo terem concorrido para tal as condições de admissibilidade do julgamento desta última: a possibilidade jurídica, o interesse processual e a legitimidade, entendidas como condições da ação, além dos pressupostos processuais.

Retomando o que atrás ficou dito, podemos concluir, nesse particular, que a atuação da vontade contratual, expressa no acordo de acionistas, é resultado do julgamento da ação, mas não sua causa ou *ratio essendi*. O "collegamento assai stretto existente tra diritto sostanziale e processo esecutivo", a que se refere Adolfo di Majo Giacquinto,<sup>19</sup> a nosso ver se adérga, numa perspectiva mais consenânea com a realidade do processo civil, em suas modernas concepções, em especial no que tange ao processo de execução.

Sem renegar a função de realização do direito, que é atributo da jurisdição, filiamo-nos à visão do direito de ação como prerrogativa de perseguir sentença sobre a lide deduzida no processo, ou seja, como *direito à sentença*, independentemente de sua conexão direta com a relação jurídica de direito material, ou o interesse em lide.

É sob essa perspectiva que abordamos o tema escolhido para a presente dissertação, reconhecendo que o direito à sentença, de que se trata, corresponde, consoante a dizer de Liebman, a direito a sentença *de mérito*,<sup>20</sup> muito embora devam ressaltar nossa divergência quanto ao entendimento de que o objeto do processo equivalha ao pedido do autor.

## II — Execução específica

4. *A previsão legal* — Como ficou dito, a Lei 6.404, em seu art. 118, § 3.º, facultou aos acionistas promoverem a execução específica das obrigações assumidas, nas condições previstas no acordo. Para o correto encaminhamento das questões de natureza processual que serão logo mais analisadas; torna-se necessário verificar, em concreto, a natureza das obrigações sujeitas à execução específica, as quais, como assinalado no início do presente estudo, são insofismavelmente obrigações *ex contractu*. Têm elas por objeto, segundo o *caput* do

19. *L'Esecuzione del Contratto*, Giuffrè, Milão, 1967, p. 11.

20. Cf. "O despacho saneador e o julgamento do mérito", in RF 104/216, reproduzido nos *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, 1.ª ed., Saraiva, São Paulo, 1947, p. 107 e ss., e 2.ª ed., Bushatsky, São Paulo, 1976, p. 83 e ss.

art. 118 da lei acionária de 1976, a compra e venda de ações, a preferência para adquiri-las, ou o exercício do direito de voto.

Examinando sumariamente o conteúdo do acordo de acionistas tipificado como modalidade contratual pelo art. 118, verifica-se que as obrigações que dele podem derivar qualificam-se como obrigações de fazer, de não fazer, ou de prestar declarações de vontade. No tocante à compra e venda de ações, bem como à preferência para adquiri-las, o acordo se reveste, ou pode se revestir, da natureza peculiar de contrato preliminar de venda, por meio do qual as partes se obrigam a concluir, sob determinadas condições, contrato definitivo, tendo por objeto a alienação de ações. No que concerne ao exercício do direito de voto, o acordo de acionistas, como instrumento destinado a predeterminá-lo em certas matérias, contém verdadeira obrigação de prestar declaração de vontade, consoante um regulamento prévio de interesses.

Reconhecendo embora que, além daquelas expressamente contempladas no *caput* do art. 118 da Lei 6.404, outras obrigações podem ser estipuladas no acordo de acionistas, nossa atenção se volta preponderantemente sobre seu objeto típico, que se desdobra em a) obrigação de contratar e b) obrigação de prestar declaração de vontade.

Quanto à obrigação de contratar, interessa-nos o contrato preliminar de compra e venda de ações, que supõe a ulterior celebração do contrato definitivo, sujeitando-se à execução específica nos termos do art. 639 do CPC. Já quanto à obrigação de prestar declaração de vontade, trata-se de ajuste convencional regulatório de interesses, suscetível, da mesma forma, de execução específica, de acordo com o art. 641 do mesmo CPC.

5. *Conceito de execução específica* — Assim delineados de forma sintética os contornos do acordo de acionistas, cumpre estudar como se processa sua execução específica. A essa tarefa nos dedicaremos nos Capítulos III e IV, nos quais serão analisados os princípios que regem a matéria, estatuídos, respectivamente, nos arts. 639 e 641 do CPC, segundo se trate de execução de contrato preliminar de compra e venda de ações ou de obrigação de prestar declaração de vontade em conformidade com convenção de voto.

Será imprescindível, porém, precisar-se o conceito genérico de execução específica, matéria de que ora nos ocuparemos.

Para usar das singelas expressões de Eliézer Rosa, diríamos, de forma ampla, e em caráter preliminar, que a execução específica é aquela cuja execução *in natura* pode ser obtida mediante uma providência do juiz.<sup>21</sup>

Na verdade, a nosso ver, o que qualifica a execução específica como tal é o objeto sobre o qual recaem as providências de satisfação do credor da obrigação, ou, sob outra perspectiva, a natureza satisfativa de tais providências. No centro da problemática estudada, localiza-se a possibilidade da satisfação *in natura* de direitos exigíveis (*id est*, bens juridicamente tutelados), sem a alteratividade do recurso a remédios compensatórios. O suprimento judiciário objetivado pela execução específica atua concretamente no sentido da vontade contratual, expressa no acordo. Consequentemente, a composição da lide, no caso,

21. Cf. *Dicionário de Processo Civil*, 2.ª ed., Bushatsky, São Paulo, 1973, p. 222, verbete *execução específica*.

não se traduz em reparações, de suposta equivalência indenizatória; ao contrário, deve assegurar o *cumprimento em espécie* das estipulações ajustadas.

Segundo a conceituação de Crisanto Mandrioli, a execução específica é aquela que tem por objetivo a restauração da mesma situação jurídica violada, por meio de uma restituição direta à situação anterior à violação,<sup>22</sup> o que corresponde, em essência, ao ideal de Chiovenda, no sentido de que o processo deve assegurar às partes tudo aquilo e exatamente aquilo que, fora do processo, teriam o direito de conseguir.<sup>23</sup>

Dir-se-á que, na sistemática do CPC, a única execução realmente específica seria a execução por quantia certa, já que se destina a adjudicar ao credor a mesma e exata coisa devida: dinheiro para saldar a dívida. *A contrario sensu*, a execução de obrigações de fazer (entre as quais se inclui a de prestar declaração de vontade), comportando o sucedâneo das perdas e danos, não se revestia da especificidade que se lhe pretende atribuir.

Em nosso entender, tal colocação não se justifica. Como bem explica o Prof. Cândido Rangel Dinamarco, no caso das obrigações de fazer, os meios executórios se exercem diretamente sobre o objeto final da execução, isto é, *especificamente sobre a coisa devida*, ao contrário da execução por quantia certa, que incide inicialmente sobre qualquer bem sujeito à responsabilidade (objeto imediato da execução), para convertê-lo depois na coisa devida (dinheiro).<sup>24</sup>

Já hoje não se pode duvidar de que, a partir do Código de 1939, na medida em que as obrigações de fazer contemplam atos personalíssimos do devedor, a respectiva execução recai sobre prestações de caráter infungível, que não encontram correspondência nas reparações indenizatórias de perdas e danos. Não nos conformamos, hoje, com a assertiva de M. I. Carvalho de Mendonça de que as obrigações de fazer não se compadecem com a coação *manu militari*, como as de dar.<sup>25</sup>

Em 1940, recém promulgado o Código anterior ao vigente, o Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal, repelindo a posição de Carvalho Santos, segundo o qual as obrigações de fazer *sempre* se resolvem em perdas e danos, prenunciava a melhor doutrina: o devedor não tem a faculdade de se eximir da obrigação, respondendo apenas por perdas e danos. Para o mestre paulista, o art. 878 do CC, dispondo que o credor não é obrigado a aceitar de terceiro a prestação, quando tiver sido conveniado que o devedor a faça pessoalmente, contém uma regra de *infunibilidade das obrigações de fazer*. Somente em face de verdadeira impossibilidade material, em face da qual não haveria, para satisfazer o credor, outra solução, é que seria admissível a indenização por perdas e danos. Inexistindo, porém, tal impossibilidade, tem o credor o direito de haver a prestação devida.<sup>26</sup>

22. *Apud* Alcides de Mendonça Lima, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, 1974, VI/719.

23. *Apud* Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal, *Execução Direta das Obrigações de Prestar Declaração de Vontade*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1940, pp. 10-11.

24. Cf. *Execução Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, p. 113.

25. *Doutrina e Prática das Obrigações*, 3.ª ed., Freitas Bastos, 1938, t. I, p. 170.

26. Cf. *Da Execução Direta*, cit., p. 13.

A vista das inequívocas expressões dos arts. 639 e 641 do CPC vigente, a sentença judicial produzirá o mesmo efeito do contrato não firmado e todos os efeitos da declaração não emitida. Como se verá nos Capítulos III e IV, achase aí consagrada, de forma irretorquível, a execução específica das obrigações de fazer e de prestar declaração de vontade, no sentido em que a entendia o Min. Orozimbo Nonato, no voto que proferiu no Supremo Tribunal Federal, que serve de epígrafe à presente dissertação.

Perdem sentido objeções à execução específica baseadas na suposta imunidade da vontade individual ao pronunciamento substitutivo emanado do órgão jurisdicional.

Considere-se que as convenções devem ser cumpridas (*pacta sunt servanda*). Pondere-se, igualmente, que a *predeterminação convencional da vontade*, operada pelo acordo de acionistas, introduz significativo temperamento à liberdade indiscriminada de suas manifestações, na medida em que o respectivo titular pode, efetiva e legitimamente, limitar a discricionariedade de sua futura atuação volitiva. O comportamento do obrigado, quando em desacordo com a convenção limitativa, insere elemento de desarmonia nas relações contempladas no acordo de acionistas, rompendo-se, dessa forma, o equilíbrio contratual.

Visa a execução específica recompô-lo, de modo até certo ponto peculiar, através do pronunciamento jurisdicional que compõe a lide.

O tema se coloca entre os fundamentais na teoria da execução, sendo de recordar-se, a respeito, a lição de Liebman, no sentido de que o respeito à vontade individual não pode ser tão absoluto a ponto de impedir a produção do efeito jurídico que a declaração de vontade produziria, quando existe obrigação anterior de emitir essa declaração e o obrigado se recusa a cumpri-la.<sup>27</sup>

6. *Execução ou cognição?* — Poder-se-ia igualmente argüir que a execução específica dos acordos de acionistas, que tem sua sede processual nos arts. 639 e 641 do CPC, em verdade não corresponde à verdadeira *execução*, já que, consoante o art. 583 do mesmo diploma, toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial. Ademais, de acordo com o art. 614, I, do Código, cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial com o título executivo, salvo se ela se fundar em sentença.

Ao nosso parecer, conquanto dotados de execução específica (ex., art. 118, § 3.º da Lei 6.404) os acordos de acionistas não configuram título executivo. Como justificar, assim, sua execução específica?

Em verdade, ocorre, na espécie, alguma incerteza doutrinária.

A ação proposta com fundamento nesses preceitos, visando atingir a sentença de mérito neles prevista, é, segundo alguns, de conhecimento e não executiva *stricto sensu*.<sup>28</sup> Chega-se mesmo a dizer, como o Prof. José Carlos Barbosa Moreira, que não se cuida, na espécie, de processo de execução, mas de processo de conhecimento.<sup>29</sup>

27. *Processo de Execução*, Saraiva, São Paulo, 1946, p. 342.

28. Cf. Sydney Sanchez, *Execução Específica*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, p. 46.

29. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Forense, vol. II, pp. 43-44.

Em realidade, os arts. 639 e 641 se encontram no Capítulo III (Da execução das obrigações de fazer e de não fazer) do Título II (Das diversas espécies de execução) do Livro II (Do Processo de Execução) do Código de Processo Civil. Sob esse aspecto, não há como contestar que de processo de execução se trata, em ambos os casos, não importando o procedimento, e sim a natureza da providência judicial invocada — sentença de mérito que produza efeitos concretos, a saber, o mesmo efeito do contrato não concluído e da declaração de vontade não emitida.

Há que se indagar, portanto, dos *efeitos* dessas manifestações judiciais, ou, para usar da terminologia de Pontes de Miranda, de sua força ou eficácia. Para Pontes de Miranda, a ação fundada no art. 639 se destina a pedir sentença de força executiva, de eficácia imediata de mandamentalidade e mediate de condanatoriedade.<sup>30</sup> E, no tocante à ação proposta com base no art. 641, afirma o mesmo jurista que a enunciação da declaração de vontade, pela sentença desse artigo, já é execução.<sup>31</sup>

Para nós, parece correto tal entendimento. A execução específica, com efeito, pode não configurar execução *stricto sensu*, como tal entendida aquela titulada nos termos dos arts. 583, 584 e 585 do CPC. Mas não deixa de ser execução, já por se localizar, na sistemática da lei processual, no título reservado aos processos de execução, já por resultar em provimento jurisdicional de efeitos concretos, consistentes nas prestações enunciadas nos arts. 639 e 641.

7. *Execução forçada* — A prestação do Estado, na espécie, tem o caráter de execução forçada do contrato. Esquematicamente, a execução forçada, que se pretende ao deduzir a lide em juízo, pode se revestir de duas modalidades fundamentalmente diversas: ou se objetiva a expropriação patrimonial do obrigado de modo a satisfazer o legítimo interesse do credor, ou se delagra o chamado processo de execução forçada em forma específica.<sup>32</sup> Trata-se, sempre, de execução. Conforme diz Satta, "In effetti nell'una e nell'altra ipotesi tra il diritto ed il conseguimento del bene sta una sentenza del giudice... e rispetto alla sentenza, o meglio l'accertamento che con la sentenza si compie del diritto e dell'obbligo, la successiva attività rivolta alla soddisfazione dell'interesse non può apparire che esecutiva".<sup>33</sup>

Nas hipóteses que nos interessam, a comum denominação do instituto, abrangendo realidades diferentes, não há de gerar confusões. A execução específica dos acordos de acionistas tem como objetivo jurisdicional de caráter não-expropriatório; tem, em verdade, natureza substitutiva, na medida em que produz o mesmo efeito do contrato não concluído (art. 639) e todos os efeitos da declaração não emitida (art. 641).

8. *Eficácia prática da execução específica* — Naturalmente, a preocupação dominante, na matéria, está em definir a possibilidade concreta de impedir ao acionista descumprir, por ação ou omissão, as obrigações assumidas por meio do acordo de acionistas. Ainda que se tome como premissa que tais obrigações com-

portam execução específica, segundo o ordenamento positivo, restará sempre, na cogitação dos interessados, o problema da *eficácia prática* dessa execução. Mesmo que se proclame que a satisfação coativa e em espécie dos direitos criados pelo acordo é apta para afastar qualquer sucedâneo reparatório (indenização por perdas e danos), a segurança jurídica dos acordos de acionistas reclama verificação dos efeitos positivos da execução específica a eles atribuída pela lei.

Tal preocupação de *eficácia prática* tem se revelado patente na experiência brasileira recente, a partir da introdução, em nosso ordenamento positivo, do acordo de acionistas, por obra do já referido art. 118 da Lei 6.404.

As lições do Direito Comparado indicam que a preocupação não é apenas nossa. O risco de a execução específica dos acordos de acionistas não propiciar, de forma absolutamente segura e tempestiva, a plena e integral coercibilidade dos pactos em questão não é peculiar à prática brasileira, nem decorre de características especiais de nossa legislação.

Analisando o fenômeno no âmbito dos direitos suíço e alemão, Jürgen Dohm arrola hipóteses em que a *exécution forcée* pode ser intempestiva, produzindo efeitos somente após a época própria e necessária.<sup>34</sup>

Além disso, a força da coisa julgada, no processo de execução específica, atém-se episodicamente (no caso do exercício irregular do direito de voto) às deliberações de uma única assembleia, do que decorre a possibilidade de o acionista falhos reiterar o descumprimento do acordo em assembleia seguinte, desencadeando embora, com esse procedimento, novo processo de execução específica, cujo resultado final, entretanto, poderá, igualmente, ter efeitos tardios.

Considerações similares são aduzidas por Gastone Cottino, também referindo-se aos pactos de voto. Verifica Cottino, na experiência italiana, que a intervenção da autoridade judiciária pode suceder de fato *muito tarde*, para ser eficaz.<sup>35</sup>

Resalte-se que nas presentes ponderações toma-se o conceito de *eficácia* não em sentido abstrato, mas na sua significação concreta e prática, ou seja, por referência à aptidão da sentença para coartar, diretamente e desde logo, o cumprimento das provisões ajustadas no acordo de acionistas, obviando a ocorrência de eventos de efeitos definitivos ou irreparáveis.

Para ilustrar o problema, tenha-se em mente que, no tocante à condenação do devedor a emitir declaração de vontade, somente a sentença *transitada em julgado* será capaz de produzir todos os efeitos da declaração não emitida.<sup>36</sup> No mesmo sentido, ou seja, exigindo a coisa julgada como condição para que a sentença venha a suprir a declaração de vontade devida e não prestada é o § 894 do Ordenamento Processual Alemão (ZPO).

Tais são, por assim dizer, vicissitudes da eficácia concreta da execução específica, que se projetam no campo do cumprimento coativo das obrigações criadas por acordos de acionistas. Útil, portanto, que se considere a existência do problema, já que a disposição do § 3.º do art. 118 da Lei 6.404, consagrando laconica-

30. *Comentários*, cit., X/120.

31. *Idem*, X/140.

32. Cf. Satta, *L'esecuzione forzata*, Utet, Torino, 1963, p. 23 (4.ª ed.).

33. *Ob. cit.*, p. 24.

34. *Les Accords Sur L'Exercice du Droit de Vote De L'Actionnaire*, Librairie de L'Université, Georg & Cie., Genève, 1971, pp. 161-163.

35. *Le Convenzioni di Voto Nelle Società Commerciali*, Giuffrè, 1958, p. 267.

36. Cf. CPC, art. 641.

mente a execução específica daqueles acordos, pode ser suscetível de infundir expectativas mais abrangentes e seguras no ânimo dos contratantes do que, em sua consciência, seria desejável.

Muito oportuna, aliás, a observação do Prof. Antônio Carlos de Araújo Cintra, em palestra proferida na Associação dos Advogados de São Paulo, no sentido de que, em verdade, o legislador de 1976 não produziu nenhuma regra a propósito da execução específica, fazendo simples remissão à lei processual, aliás dispensável, não fora o antigo debate sobre a validade dos acordos de acionistas e sobre os limites de sua execução. Para o Prof. Araújo Cintra, a norma do § 3.º do art. 118 da Lei 6.404 não acrescenta muito à matéria, a não ser no sentido de evitar dúvidas que anteriormente se suscitavam a respeito, encerrando assim a controvérsia que havia na doutrina a respeito dos acordos de acionistas, especialmente as relativas ao exercício do direito de voto.<sup>37</sup>

### III — Acordo de acionistas e contrato preliminar

9. *Alienação de ações* — Podem as partes, por meio do acordo de acionistas, estabelecer as condições sob as quais se comprometem a dispor de suas próprias ações. Esse pacto pode se materializar através de promessa de compra e venda pura e simples, ou através de compromisso equivalente, subordinando a direito potencial dos demais acionistas a aquisição de ações que se deseje vender a terceiros.

Na primeira hipótese, as partes convenionam, desde logo, o número, espécie, classe e forma das ações a serem transacionadas, a época para a concretização do negócio de alienação, o preço e demais condições pertinentes ou necessárias. Não é necessário que sejam predeterminados todos os elementos da futura compra e venda de ações, bastando que se indiquem, desde logo, os critérios para a determinação desses elementos, tais como o número de ações e o preço (*res et pretium*).

Já deverá ficar consignada a firme disposição de comprar e vender, em caráter irrevogável e irretratável, a fim de que não remanesça necessidade de qualquer manifestação posterior quanto à conjugação de vontades. Em outras palavras, o *consensus* quanto ao negócio há de se configurar expressamente no próprio acordo de acionistas, admitindo-se relativa indeterminação quanto a *res et pretium*, desde, naturalmente que tais elementos integrantes da compra e venda sejam *determináveis*, segundo regras precisas.

Mas, como ficou dito, a promessa de compra e venda de ações, pactuada no acordo de acionistas, pode se tornar exigível apenas em face de evento futuro, aperfeiçoando-se somente como decorrência do exercício do direito de preferência estabelecido no acordo.

É o caso, *e.g.*, de faculdade de determinado acionista comprar ações exclusivamente quando estas lhe forem oferecidas pelo titular, segundo condições pre-determinadas no acordo, diante da possibilidade de esse mesmo titular receber oferta de terceiros pelas ações em questão. Do ponto de vista do proprietário das ações, parte no acordo, pode não haver obrigação de vendê-las à outra parte,

senão quando houver oportunidade de vendê-las a terceiros. É, do ponto de vista da outra parte (ou outras partes), há apenas direito à aquisição das ações, se e quando o titular delas fizer a oferta preferencial. Nessa situação, configura-se obrigação de vender por parte do titular, que limita sua livre disponibilidade das ações perante terceiros, mas inexiste obrigação de comprar por parte do acionista (ou acionistas) signatário(s) do acordo, senão mero direito preferencial, nas condições ajustadas previamente no mesmo acordo.

De uma ou outra forma, é certo que o acordo de acionistas, contemplando futuro negócio de transferência de ações, se caracteriza, sob esse aspecto, como *contrato preliminar*. Assim sendo, deve comportar execução específica, nos termos do art. 639 do vigente CPC.

10. *Justificação da execução específica do acordo de acionistas como contrato preliminar* — A razão de ser da execução específica em ajustes da espécie prende-se à necessidade de satisfazer o interesse contrariado pelo inadimplemento, de sorte a colocar a parte inocente exatamente na mesma posição jurídica e econômica que teria se a parte faltosa houvesse cumprido voluntariamente o acordo. Pressupõe-se, na hipótese, a ineficácia das reparações equivalentes e compensatórias (perdas e danos). É lícito dizer-se que a equivalência indenizatória pode ser admitida, em tese, como meio de recompor o equilíbrio entre as partes. Mas, com ela, não se realiza a vontade contratual, não se atingindo o fim objetivado pelas partes ao concluírem o acordo de acionistas. Este tem por objeto a valorização de situações patrimoniais e políticas, no contexto da sociedade anônima, que não se restauram nem se recompõem através das indenizações por perdas e danos, conseqüentes ao rompimento do acordo.

Há interesses específicos, derivados da titularidade de ações, que não comportam sucedâneos econômicos e que não são atendidos por prestações compensatórias. Além de sua função de títulos de renda, que legitimam o proprietário a participar dos benefícios sociais, entre os quais precipuamente o dividendo, a ação da sociedade anônima atribui ao titular o *status socii*, cuja relevância não se confunde necessariamente com a respectiva rentabilidade. Dessa forma, a titularidade de ações, ainda quando não volantes, representa valor específico, que pode não coincidir exatamente com a lucratividade da participação acionária, nem com a expectativa de retorno do investimento, no caso de liquidação da companhia.

Dessa forma, o interesse do celebrante do acordo na futura disponibilidade de ações a lhe serem vendidas pela outra parte, reveste-se de *especificidade concreta*. Identicamente, o interesse em receber oferta preferencial para aquisição de ações que de outra forma seriam transferidas pelo titular a terceiros, representa valor jurídico e econômico, também dotado de *especificidade concreta*, face à possível admissão de terceiros na sociedade, o que singularmente afeta o equilíbrio associativo, sem embargo da circunstância de geralmente se procurar caracterizar a sociedade anônima como sociedade de capitais, sem a menor conotação de sociedade de pessoas.

Em verdade, carece de sentido objetivo a distinção entre sociedade de capitais e sociedade de pessoas, quando a realidade do ordenamento positivo indica a relevância das qualificações pessoais dos acionistas para certas e determinadas finalidades. É o que sucede, exemplificativamente, com preocupações legislativas

37. Cf. "Atuação por via processual dos direitos decorrentes da nova lei das Sociedades Anônimas", in *A Nova Lei das Sociedades Anônimas*, publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, p. 70.



e regulamentares relacionadas com a nacionalidade do controle societário, que exigem a detenção de determinado número de ações por pessoas residentes ou domiciliadas no Brasil. Em sociedades em que requisitos dessa ordem são de compulsória observância, o acordo de acionistas funciona como instrumento utilíssimo e por vezes até mesmo necessário para a viabilização de empreendimentos associativos, para os quais concorram sócios nacionais e estrangeiros. Mas, como é evidente, se os acordos de acionistas não fossem dotados de execução específica, a violação de deveres contratuais relativos à disponibilidade das ações traria aos acionistas e à própria sociedade prejuízos de natureza inteiramente diversa daqueles que porventura pudessem ser reparados pela via indenizatória. A bem dizer, o descumprimento de tais acordos poderia chegar até o extremo de inviabilizar por inteiro o próprio empreendimento organizado sob a forma jurídica da sociedade anônima.

Daí poder-se afirmar, mesmo sem estender estas cogitações a outros exemplos, que a composição acionária, que o acordo de acionistas disciplina e organiza, regulando as transferências de ações a nível contratual, representa pólo de interesses da maior relevância. As relações decorrentes da composição acionária induzem existência de valores específicos (como p. ex., precipuamente, o valor do controle), em relação aos quais somente é plenamente eficaz a tutela *em espécie* das obrigações assumidas pelas partes, sendo insuficiente ou até mesmo de todo inoperante a compensação indenizatória, para o fim de assegurar o efetivo cumprimento dos compromissos respectivos.

11. *Significado da execução específica do acordo de acionistas como contrato preliminar* — Demonstrada a justificativa da execução específica do acordo de acionistas como contrato preliminar, na hipótese de ajustes relativos à transferência de ações entre as partes contratantes (compra e venda de ações e preferência para adquiri-las, segundo o enunciado do *caput* do art. 118 da Lei 6.404), será interessante aduzir considerações acerca do significado da execução específica, nessa mesma hipótese.

Sob tal perspectiva, cumpre indagar qual será o efeito da execução específica no tocante à constituição de nova situação jurídica, por força do provimento jurisdicional que, em nosso estatuto processual, vem previsto no art. 639. De acordo com esse dispositivo, "Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado".

Em primeiro lugar, há de verificar-se se o acordo de acionistas que contém ple futuro negócio de alienação de ações, decorrente ou não de oferta preferencial pelo titular, significa compromisso de concluir contrato. Tal é o pressuposto mínimo da tutela jurisdicional e o fundamento material do direito à sentença de que cuida o art. 639 do CPC. Estipulando as partes, em tal acordo de acionistas, a obrigação de futuro *contrahere*, prometem-se reciprocamente celebrar negócio jurídico de compra e venda, diferido no tempo. Não modificam, desde logo, a situação patrimonial presente, mas obrigam-se a tanto, sob certas e determinadas condições. Se é essa a obrigação originada do acordo, é legítimo afirmar que novo contrato deverá ser celebrado, em consonância com o pactuado pelas partes no acordo de acionistas. As obrigações criadas por esse novo contrato diferenciam-se

daquela que surge com o *pactum de contrahendo*: são obrigações de transferir a propriedade e correlatamente, de pagar o preço. Portanto, será lícito precisar que se trata, na espécie, de compromisso de concluir contrato.

Referido compromisso de concluir contrato recebeu, na doutrina italiana, a denominação de *contrato preliminar*, objeto de farta construção teórica, a partir da clássica monografia de Coviello.<sup>38</sup> Partamos, porém, de noção singela, que nos permita, desde logo, vislumbrar os desdobramentos fundamentais do tema, sobretudo no que tange aos seus aspectos processuais, objeto de nosso estudo minar seria aquele mediante o qual as partes se obrigam a concluir, no futuro, um contrato ulterior, já inteiramente determinado nos seus elementos essenciais.<sup>39</sup>

A vista desse conceito elementar, pode-se afirmar, desde já, que o contrato preliminar representa tipo contratual autônomo, na medida em que desempenha função própria, consistente na imposição da formação ulterior de um novo negócio, jurídico (o contrato definitivo). Este, por sua vez, distingue-se daquele, constituindo diversa *fatispecie* contratual, porquanto seu objeto não se confunde com o do contrato preliminar, identificando-se, ao contrário, com a própria realização do negócio anteriormente comprometido (no caso presente, o negócio de alienação de ações).

Não se pode deixar de registrar, entretanto, reservas doutrinárias acerca da caracterização do contrato chamado definitivo como negócio jurídico inteiramente distinto e desvinculado do contrato preliminar.<sup>40</sup>

De qualquer forma, porém, concentrando nossa análise na função concreta da sentença prevista no art. 639 do CPC brasileiro, as consequências que pretendemos atingir, no exame do assunto, podem ser formuladas a partir da consideração, que nos parece pacífica, de que o contrato preliminar, contendo já os elementos essenciais do negócio previamente comprometido pelas partes, comporta a execução *em espécie*.

12. *Contrato e sentença* — Em verdade, o que importa determinar, na linha do raciocínio ora expandido, é muito mais a identidade entre o chamado contrato definitivo e a sentença proferida no processo de execução específica. O estabelecimento dessa identidade nos conduz, efetivamente, a determinar os efeitos da execução específica, tendente a assegurar, em concreto, a plena realização da vontade contratual expressa no acordo de acionistas revestido das características de contrato preliminar.

A qualificação da sentença no processo de execução específica depende, fundamentalmente, dessa idéia central. E, de outro lado, a própria eficácia de tal sentença, para ser compreendida em sua verdadeira natureza, requer a exata colocação do provimento jurisdicional como *alternativa perfeita* ao cumprimento espontâneo da obrigação contratada.

Tomando como ponto de partida o contrato preliminar, com conteúdo obrigacional próprio e definido, o comportamento das partes se acha predeterminedo com relação ao futuro, podendo resolver-se o contrato preliminar com o aperfei-

38. L. Coviello, *Dei Contratti Preliminare Nel Diritto Moderno Italiano*, Milão, 1896.

39. Giovanni Gabrielli, *Il Contratto Preliminare*, Milão, Giuffrè, 1970, p. 1.

40. Ob. cit., *passim*.

goamento das condições estatutadas, vale dizer com o adimplemento voluntário das obrigações assumidas. Naturalmente, o negócio definitivo realizado e a sentença proferida na hipótese de sua não realização são entidades diversas, mas funcionalmente coincidentes, enquanto inseridos em um mesmo e único *processo causal* que, em ambos os casos, se radica na própria existência do contrato preliminar.<sup>41</sup>

Gabrielli, à luz do art. 2.932 do CC italiano, adiciona úteis contribuições a tal discussão. É o seguinte o teor do art. 2.932 do CC italiano, substancialmente coincidente com o art. 639 do nosso CPC: "Art. 2.932. Esecuzione specifica dello obbligo di concludere un contratto. Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, quando sia possibile e non sia escluso dal titolo può ottenere una sentenza que produca gli effetti del contratto non concluso".

Considera o professor da Universidade de Trieste ter a lei estabelecido que o contrato definitivo possa ser substituído por um provimento jurisdicional e, consequentemente, deve ser necessariamente admitido que a função do contrato definitivo não pode ser diversa daquela que, por sua natureza, todo provimento jurisdicional é idôneo a cumprir.<sup>42</sup>

Essa coincidência funcional entre a sentença e o contrato ou negócio definitivo, ressaltada por Gabrielli (e também por Nicoletti), pode ser afirmada em princípio no direito brasileiro, à vista do art. 639 de nosso ordenamento processual. Entre nós, será legítimo explicar a identidade de efeitos entre a sentença e contrato definitivo por referência a uma *causação comum*, que deriva, em última análise, de um imperativo anterior, originado do contrato preliminar, no sentido do cumprimento da convenção pactuada e, por consequência, da necessidade de realização da vontade contratual, como valor tutelado pelo Direito.

Acentue-se, porém, que entre a sentença proferida no processo de execução específica e a realização voluntária do contrato ou negócio definitivo, existe apenas *coincidência funcional*.

Será necessário afirmar que a coincidência funcional entre a sentença proferida no processo de execução específica e o cumprimento espontâneo da obrigação contratada (realização do contrato ou negócio definitivo) deve induzir *perfeita alternatividade* entre a prestação do juiz e a prestação da parte obrigada. Coerentemente com essa conclusão, afastemos a idéia de que a sentença de que se trata tenha por finalidade tornar definitivo o contrato preliminar.<sup>43</sup>

Ao contrário, a sentença no processo de execução específica de obrigação contraída em contrato preliminar em verdade deve substituir o contrato definitivo.

Por via de consequência, quando o CPC, em seu art. 639, alude a *sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado*, o legislador, segundo nosso entendimento, admite, nessa sentença, função substitutiva do contrato definitivo. Vale notar que, além de as expressões textuais do preceito autorizarem

41. Ob. cit., *passim*.

42. Ob. cit., p. 175.

43. Cf., a respeito, Di Maio Giacinto, "Gli effetti negociali della sentenza esecutiva dell'obbligo di contrarre", in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1964, I, p. 373 e ss.

essa interpretação, o sentido finalístico da norma se orienta efetivamente nesse sentido.

É relevante a determinação da função substitutiva da sentença no processo de execução específica para que se esclareça o efeito último desse provimento jurisdicional. Dele não resulta a imposição coercitiva de um contrato definitivo ao obrigado. Em outras palavras, a realização forçada da vontade contratual decorre diretamente da prestação do juiz, como órgão do Estado.

Nesse sentido inclina-se a doutrina de Alcides de Mendonça Lima, para quem o contrato definitivo será lavrado como determina a lei, apenas contendo a sentença em substituição à vontade do outro contratante, que se negou a concedê-la espontaneamente.<sup>44</sup> Orienta-se na mesma direção Amílcar de Castro, também em comentário ao art. 939 do CPC, embora aparentemente preocupado apenas com a hipótese de compromisso de compra e venda de imóvel, ao escrever que, conseguida a sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado, o juiz executor assinará prazo ao executado para realizar o contrato prometido, sob pena de, findo esse prazo, expedir-se em favor do exequente alvará com a declaração de que a sentença exequenda supre a falta da escritura definitiva e serve de título ao exequente.<sup>45</sup>

15. *Efeito da sentença e efeito do contrato* — Importantíssima distinção deve ser feita, porém, quanto à função substitutiva da sentença, quando está em questão acordo de acionistas com força de contrato preliminar de compra e venda de ações, submetido a processo de execução específica com fundamento no art. 639 do CPC.

Segundo se depreende desse preceito, a sentença proferida deve produzir o mesmo efeito do contrato a ser firmado. A norma do art. 639 do CPC coincide substancialmente com aquela que vem contemplada no art. 2.932 do CC italiano de 1942, que alude a *una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso*. Torna-se imprescindível definir o que se deva entender por *mesmo efeito do contrato a ser firmado*, a fim de precisar, no direito brasileiro, o alcance real da função substitutiva da sentença e, a partir daí, o significado mais profundo da execução específica, em suas implicações concretas e práticas.

Tratando-se, no contrato definitivo, de negócio jurídico de compra e venda de ações, o efeito de tal contrato, produzido substitutivamente pela sentença, deve ser buscado na norma de direito material que disciplina referido negócio jurídico de compra e venda.

De acordo com o art. 1.122 do CC brasileiro, pelo contrato de compra e venda, um dos contraentes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro. À vista do dispositivo, observa-se que, do contrato de compra e venda, nasce, para o vendedor, obrigação de transferir o domínio da coisa vendida. Segue-se, em boa lógica, que, não concluído o contrato definitivo de compra e venda, por inadimplemento da obrigação respectiva, convenconada no acordo de acionistas, o *mesmo efeito do contrato*, que a sentença visa substituir, corresponde, na verdade, ao nascimento da obrigação de

44. Cf. *Comentários*, cit., VI/758.

45. Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974, VIII/181.



transferir o domínio da coisa (no caso, ações de sociedade anônima) e não, propriamente, a transferência efetiva da coisa. Como diz Orlando Gomes, "Nestas condições, se um simples promitente comprador de determinado bem promover a execução de contratar do promitente vendedor, obterá apenas uma sentença cujo efeito será o mesmo do contrato definitivo de venda, ou seja, o de obrigar-lo a transferir a propriedade do bem, não o de transferi-la".<sup>46</sup>

Decorre essa circunstância, a bem dizer, do sistema de aquisição da propriedade que enforma o direito brasileiro, sob o qual o título (ou o contrato) não basta para a transmissão do domínio, sendo apenas sua causa, à semelhança do que ocorre no Direito Romano. Apesar de indispensável à aquisição da propriedade no negócio jurídico da compra e venda, o título (ou o contrato) não a opera direta e imediatamente, como no direito francês e no direito italiano. O *modus acquisitionis*, que no caso de bens móveis, corresponde à *traditio*, é que tem a eficácia translativa concreta, a partir do requisito básico da existência de justo título.

Assim sendo, a substituição da vontade individual e pessoal do devedor (parte no acordo de acionistas) pela sentença no processo de execução específica não poderia ser entendida como extensão da *adiudicação compulsória* a contratos preliminares de compra e venda de ações.

As consequências práticas do que ficou dito são de primeira intuição. O resultado concreto e imediato da sentença prevista no art. 639 não corresponde a uma atribuição direta da propriedade das ações ao postulante vencedor da demanda em que se colimou a execução específica do contrato preliminar de venda. Do ponto de vista patrimonial, o trânsito em julgado de dita sentença é ainda inoperante *per se*, no sentido de que a força da decisão não promove a deslocação do domínio das ações para a propriedade do comprador, vitorioso no processo de execução específica. Não tem ela, rigorosamente, eficácia translativa, muito embora, substituindo o contrato definitivo, assumo o caráter de legítimo título aquisitivo. Restará ainda o *modus acquisitionis*, ou seja, a *traditio*, para que o negócio jurídico da compra e venda se aperfeiçoe, somente então passando as ações à titularidade efetiva do comprador.

Conseqüentemente, acordos de acionistas contemplando ou contendo contratos preliminares de compra e venda de ações, submetidas embora à execução específica de que trata o art. 639 do CPC, e ainda que oponíveis a terceiros nas condições do § 1.º do art. 118 da Lei 6.404, não conferem *direito real* sobre as ações prometidas à venda. O direito invocável pelos acionistas contratantes será sempre *personal*. Além disso, a execução específica agasalhada no § 3.º do mesmo art. 118 da Lei 6.404, regendo-se processualmente pelo art. 639 do CPC, não equivale à adjudicação compulsória, mas se restringe à prolação de sentença que produza o mesmo efeito do contrato definitivo, recusado pela parte inadimplente.

E esse efeito, como acima exposto, gera apenas, para a parte inadimplente e vencida no processo, incontroversa obrigação de transferir o domínio das ações vendidas, ou seja, obrigação de efetuar a respectiva tradição ao novo proprietário.

A nosso ver, o fato de que o acordo de acionistas sobre a compra e venda de ações deve ser observado pela companhia quando arquivado na sua sede

46. *Direitos Reais*, 6.ª ed., Forense, 1978, p. 330.

(art. 118, *caput*, da Lei 6.404) não habilita a companhia emissora das ações a efetuar, nos livros próprios, a transferência da propriedade das ações, à vista da sentença proferida com base no art. 639 do CPC, mesmo transitada em julgado e sem embargo de seu caráter executório, que já anteriormente afirmamos. Se a sociedade o fizer, poderá incorrer nas responsabilidades a que alude o art. 104 da lei acionária de 1976.

Executado tal acordo de acionistas, pela forma prevista no art. 639 do CPC, mas não entregues real ou simbolicamente as ações ao exequente vitorioso, a situação jurídica decorrente dará ensejo a novo procedimento, destinado a materializar tal entrega. Pensamos ter cabimento, na espécie, o art. 621 do CPC, já que o resultado da execução específica com base no art. 639 apenas faz certa a obrigação de entregar as ações ao exequente. Sendo as ações de companhias coisas móveis e certas, sujeitam-se à busca e apreensão, nas condições do art. 625 do CPC.

Do ponto de vista prático, pode-se exemplificar o efeito da sentença no processo de execução específica em sua feição de pronunciamento substitutivo da vontade do obrigado, desprovida, no entanto, da virtude de operar, *per se* e diretamente, a transferência de domínio das ações. Em negócio de compra e venda de ações nominativas, *e.g.*, pactuado em acordo de acionistas como contrato preliminar, a recusa do vendedor em cumprir a promessa nas condições ajustadas será objeto de apreciação judicial. Uma vez satisfeitos os requisitos da execução específica, inclusive os consignados no art. 118 da Lei 6.404, advirá sentença reconhecendo a procedência da pretensão deduzida pelo comprador. Transitando em julgado, dita sentença realizará concretamente a vontade contratual.

Nessa hipótese, porém, a sentença não supre o ato do vendedor de firmar os competentes termos no Livro de Transferência de Ações Nominativas, com o que se aperfeiçoa a alienação das ações em questão (Lei 6.404, art. 31, § 1.º). No caso, a transferência far-se-á por averbação no livro de Registro de Ações Nominativas apenas após entregues as ações, real ou simbolicamente, ao comprador, à vista do documento hábil (mandado judicial contendo a ordem de busca e apreensão), que ficará em poder da companhia (Lei 6.404, art. 31, § 2.º). A rigor, no tocante às ações nominativas, é dispensável a apresentação dos certificados respectivos à companhia, dado o seu regime de propriedade (art. 31 da Lei 6.404, segundo o qual a propriedade das ações nominativas presume-se pela inscrição do nome do acionista no livro de Registro de Ações Nominativas). O mesmo não ocorre quanto às ações endossáveis, cuja propriedade se presume pela posse do título com base em série regular de endossos (art. 32 da Lei 6.404), nem quanto às ações ao portador, cujo detentor se presume seu proprietário e transferindo-se sua propriedade por simples tradição (art. 33 da Lei 6.404).

Pelo exposto, o significado da execução específica, na espécie em exame, apresenta três dados de fundamental importância: a) a execução específica do acordo de acionistas como contrato preliminar relativo à compra e venda de ações e à preferência para adquiri-las, afasta indenizações compensatórias e b) a sentença proferida no processo de execução específica não substitui, no entanto, a entrega das ações como fato necessário a efetivar a translação do domínio sobre as mesmas, e c) a transferência efetiva das ações só pode resultar de entrega espontânea pelo vendedor, ao cabo do processo de execução específica, ou de

busca e apreensão das ações, judicialmente decretada, em execução para entrega de coisa certa.

14. *Ineficácia prática relativa da execução específica de acordo de acionistas como contrato preliminar* — Segundo atrás consignamos, a execução específica do acordo de acionistas contemplando ou contendo contrato preliminar de compra e venda de ações, prevista no § 3.º do art. 118 da Lei 6.404, não leva às últimas consequências, *per se*, a possibilidade de a sentença deslocar efetiva e diretamente a propriedade das ações comprometidas à venda do patrimônio do promitente vendedor para o patrimônio do promitente comprador. Isso porque o direito à execução específica se fundamenta no art. 639 do CPC que, como visto, atribui à sentença tão-somente o mesmo efeito do contrato definitivo de compra e venda, ou seja, o efeito de criar obrigação de transferir a propriedade das ações. Ainda que, por força da coisa julgada, torne-se incontrovertida tal obrigação, inexistindo a entrega voluntária das ações, por parte do vendedor, não será reputada perdida e acabada a venda, vendendo-se o comprador, diante de tal contingência, na necessidade de pleitear judicialmente a busca e apreensão daquelas mesmas ações.

Na sistemática vigente, portanto, a adjudicação compulsória não resulta diretamente da sentença proferida no processo de execução específica a que alude o mencionado art. 639 do CPC. Continua restrita a adjudicação compulsória à hipótese de contratos, sem cláusula de arrendimento de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis.

Nos contratos preliminares de compra e venda de ações, integrantes de acordos de acionistas, as virtualidades da execução específica, que lhes assegura o § 3.º do art. 118 da Lei 6.404, se mostram sensivelmente menos coercitivos, pelos motivos apontados. Acresce, ainda, que, no tocante a compromissos de compra e venda relativos a imóveis, nas condições do art. 22 do Decreto-lei 58, a lei atribui aos compromissários *direito real*, oponível a terceiros, enquanto que, no que tange a acordos de acionistas contemplando ou contendo contratos preliminares de compra e venda de ações, a Lei 6.404 *não institui direito real*, conquanto torne oponíveis a terceiros as obrigações ou ônus pactuados naqueles acordos, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos (art. 118, § 1.º).

As circunstâncias acima apontadas revelam que a eficácia prática da execução específica de que ora cogitamos não permite o grau máximo de segurança que, idealmente, a tutela das obrigações em questão poderia merecer. No quadro legislativo presente, as disposições contidas no Código Civil, no Código de Processo Civil e na Lei de Sociedades por Ações, em seu conjunto, não atingem plenamente o desiderato de oferecer ao postulante, que invoca a proteção jurisdicional, a mesma e idêntica situação de direito e de fato que teria se a parte inadimplente houvesse cumprido a obrigação na forma contratada.

Decorre de tais considerações certa relatividade da eficácia concreta da execução específica. Verdadeira é a assertiva do Prof. Luís Eulálio de Bueno Viçigal quando, realisticamente, apontou nem sempre ser possível proporcionar ao titular do direito exatamente aquilo que teria, se não houvesse o seu direito sofrido violação. Mas nem por isso se há de esquecer as clássicas lições de Chiovenda e Carnelutti, trazidas à colação pelo processualista de São Paulo: a vontade da lei

— ensina Chiovenda — tende a atuar-se no campo dos fatos, até as extremas consequências práticas e juridicamente possíveis. No mesmo sentido é a lição de Carnelutti, a propósito da execução: "Lo scopo della esecuzione sta nel conseguire quel bene dell'obbligo, che si sarebbe attento con l'adempimento".<sup>47</sup>

Não poderíamos rematar as presentes considerações sem enfatizar a oponibilidade a terceiros das obrigações assumidas por meio do acordo de acionistas, o que muito tem a ver com o problema, aqui excogitado, da eficácia concreta e prática de tais acordos, na medida em que limita a disponibilidade das ações submetidas ao contrato preliminar de compra e venda.

Segundo o § 1.º do art. 118 da Lei 6.404, as obrigações ou ônus decorrentes dos acordos de acionistas serão oponíveis a terceiros, depois de averbados nos livros de registro e nos certificados de ações, se emitidos.

Tal oponibilidade configura, quanto a terceiros, aquilo que Santoro Passarelli denominou de eficácia reflexa dos negócios jurídicos, no sentido de possibilitar que o negócio jurídico unilateral, bilateral ou plurilateral, possa atingir a esfera jurídica de sujeitos estranhos ao mesmo negócio.<sup>48</sup>

Tal eficácia reflexa decorre do regime de publicidade dos negócios jurídicos em questão, que, no caso em estudo, se estabelece por meio da averbação das obrigações constantes nos acordos de acionistas em livros societários, em relação aos quais qualquer pessoa pode pedir certidão, ainda que não acionista (art. 100, § 1.º, da Lei 6.404) e também por meio da respectiva averbação nos próprios certificados das ações.

Dessa forma, o terceiro adquirente de ações sujeitas a um contrato preliminar de compra e venda cujas obrigações se tenham feito averbar nos competentes livros societários e nos próprios certificados das ações, tem presumida ciência do vínculo que recai sobre ditas ações, não podendo portanto ser considerado terceiro de boa fé, na hipótese de sofrer a busca e apreensão das ações em decorrência da execução específica do acordo de acionistas violado pelo vendedor das ações.

Essa circunstância sem dúvida, reforça as garantias propiciadas pelo acordo de acionistas enquanto contrato preliminar de compra e venda de ações, sem no entanto poder se afirmar que a oponibilidade a terceiros das obrigações respectivas seja suficiente para dotar ditas obrigações de correlatos direitos reais. A tanto não vai a eficácia reflexa dos acordos de acionistas de que ora tratamos, em relação aos quais, como antes assinalado, não prevê o ordenamento positivo a adjudicação compulsória.

#### IV — Acordo de acionistas e direito de voto

15. *Generalidades* — A segunda grande modalidade de pactos que, nos termos do art. 118 da Lei 6.404, podem ser convenccionados por meio do acordo de acionistas, diz respeito ao regulamento do exercício do direito de voto.

Muito embora o direito de voto constitua tema de grande interesse no estudo da disciplina legal das sociedades anônimas, sugerindo implicações e desdobra-

47. *Da Execução Direta*, cit., pp. 10 e 11.

48. *Teoria Geral do Direito Civil*, trad. portuguesa de Manuel de Alarcão, Atlântida Editora, Coimbra, 1967, pp. 197-198.

mentos de alta significação teórica e prática, limitar-nos-emos, na presente exposição, a considerações sobre a *eficácia completa* das convenções celebradas por acionistas com o objetivo de regulá-lo.

Na experiência jurídica de outros povos, a matéria não é nova, tendo suscitado discussões doutrinárias e jurisprudenciais de grande importância.<sup>49</sup>

Já no ordenamento positivo brasileiro, a questão passou a adquirir relevo definido a partir da Lei 6.404, que institucionalizou os acordos de acionistas relativos ao exercício do direito de voto, dotando-os de execução específica (art. 118, *caput* e § 3.º).

16. *Previsão legal* — Anteriormente à Lei 6.404, a validade das chamadas convenções de voto era questionada no direito brasileiro, não apenas em seus aspectos substanciais, como também em face de sua eficácia executiva. Pontes de Miranda, aludindo a tais convenções, afirmava sua não obrigatoriedade e sua revogabilidade, a partir do princípio de que o voto seria inseparável do direito incorporado na ação.<sup>50</sup> No pensamento do desaparecido jurista, inserto em obra anterior à nova lei acionária de 1976 e do próprio CPC de 1973, ainda quando válida e eficaz fosse a convenção de voto, não se poderia pretender, para ela, execução forçada seria por perdas e danos, podendo ser atendida a cláusula penal que acaso se houvesse inserto na convenção.<sup>51</sup> Admitindo embora o emprego do preceito cominatório, Pontes de Miranda enfatizava sua posição contrária à execução específica dos pactos de voto, quer contra a sociedade, quer contra os acionistas convenientes.<sup>52</sup> A partir da premissa de que tais pactos só teriam eficácia entre os figurantes, de sorte que, para a vida interna da sociedade, ou para o que se passasse na assembleia, a convenção de voto seria impercebida.<sup>53</sup>

Com o advento da Lei 6.404, cremos ter desaparecido o fundamento de tais inquietações, pois o *caput* de seu art. 118 não somente validou o acordo de acionistas sobre o exercício do direito de voto, como também preservou sua observância pela companhia, desde que arquivados na sede social. Além disso, o § 3.º do mesmo preceito legal, contendo manifestação de vontade do legislador, atribuiu às obrigações assumidas por meio de acordos de acionistas a execução específica, muito embora, como já notado, sem prescrever propriamente normas de caráter processual relativas à execução específica. Seja como for, é fora de dúvida que o legislador de 1976 quis atribuir tal efeito aos acordos de acionistas, inclusive aos que visem a disciplina do exercício do direito de voto em assembleia geral.

Desde, todavia, que se considere o voto dos acionistas nas assembleias gerais das companhias como declaração de vontade, verificar-se-á que, em nossa legislação, a regulamentação desse direito por via contratual, já antes da Lei 6.404, merecia do ordenamento processual tutela específica. Com efeito, sob a égide do CPC de 1939, em seu art. 1.006 e § 1.º, já se contemplava a execução das obrigações de prestar declaração de vontade, nos termos seguintes: "Art.

49. *Vd.* n. 8, *retro*.

50. *Cf. Tratado de Direito Privado*, Borsoi, Rio, § 5.323, p. 298.

51. *Idem*, p. 305.

52. *Idem*, p. 317.

53. *Idem*, p. 307.

1.006 — Condenado o devedor a emitir a declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado. § 1.º — Os efeitos da declaração de vontade que dependa do cumprimento de contraprestação ficarão em suspenso até o cumprimento desta. § 2.º — *omissis*".

Em 1946, o Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal tratava em profundidade do assunto, em dissertação para concurso à Cadeira de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,<sup>54</sup> mais tarde reproduzida sem alterações, no volume *Direito Processual Civil*, 1965, São Paulo, Saraiva.

No CPC de 1973, veio a matéria tratada no art. 641, *verbis*: "Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida".

Insere-se tal dispositivo no capítulo relativo à execução das obrigações de fazer e de não fazer. Por aí se observa que, sempre adotada a premissa de que o voto representa declaração de vontade, a Lei 6.404, ao prescrever a execução específica para os acordos de voto, no § 3.º de seu art. 118, em verdade não inovou, senão apenas veio explicitar o que substancialmente já se continha, desde pelo menos o CPC de 1939, em nosso direito positivo.

Consequentemente, convenções dessa natureza, celebradas antes do advento da Lei de Sociedades por Ações já eram suscetíveis de execução específica, na forma prescrita pelos ordenamentos processuais citados. Reitere-se, aliás, que a Lei 6.404, ao atribuir a execução específica aos acordos de acionistas, apenas estabeleceu os respectivos requisitos de direito material, não tendo editado nenhuma norma processual a respeito do assunto. Da mesma forma, após a Lei 6.404, o legislador federal não adicionou qualquer nova regulamentação acerca da execução específica dos acordos de acionistas, matéria que continuou, assim, sujeita ao preceito do art. 641 do CPC de 1973.

No exposto pode-se concluir que convenções de voto celebradas antes da Lei de Sociedades por Ações são perfeitamente suscetíveis de execução específica, nos termos do referido art. 641 do estatuto processual, em sua condição de ajustes para-sociais, de natureza contratual, que contemplem obrigações de prestar declarações de vontade. Tais convenções, para merecerem a tutela do art. 641, prescindem dos novos requisitos de validade, introduzidos pelo art. 118 da Lei 6.404: arquivamento do instrumento na sede da companhia e averbação nos livros de registro e nos certificados de ações, se emitidos.

Tais requisitos, que aliás podem ser cumpridos a qualquer tempo, dizem respeito tão somente à observância dos acordos pela companhia e à oponibilidade a terceiros das obrigações ou ônus decorrentes, valendo porém os acordos entre as partes convenientes.

17. *O voto como declaração de vontade* — No estudo da execução específica dos acordos de voto, é necessário, preliminarmente, estabelecer se o exercício do direito de voto corresponde a uma *declaração de vontade* por parte do acionista. Isso porque o acordo de acionistas que regule o exercício do direito de voto deve conter obrigações que se qualifiquem como obrigações de emitir

54. *Da execução direta das obrigações de prestar declarações de vontade*, 1940, São Paulo, Empresa Gráfica "Revista dos Tribunais", já anteriormente citada.

declaração de vontade, para se sujeitar o descumprimento de tais obrigações à execução específica de que cuida o art. 641 do CPC.

Segundo os resultados da pesquisa de Carmen Alborch Battaller, a definição do voto como *declaração* não originou controvérsias na doutrina, por resultar de um exame da realidade concreta.<sup>55</sup> Adota a autora espanhola, em sua erudita monografia, o conceito de *declaração* ministrado por Carnelutti, na sua *Teoria Geral do Direito*: comportamento expressivo do agente, comportamento dirigido a expressar o pensamento.<sup>56</sup>

No entanto, se é pacífico o entendimento segundo o qual o voto corresponde invariavelmente a uma declaração, registram-se divergências a partir do momento em que se intenta qualificar a natureza de tal declaração. Sob esse aspecto, distinguem-se *declarações de vontade* e *declarações de ciência ou verdade*, segundo a finalidade da transmissão do pensamento do agente, ou seja, em função dos efeitos que cada qual é capaz de produzir. Não se trata, porém, de categorias intrinsicamente diferenciadas quanto à sua natureza, ao contrário do que afirmou Sena.<sup>57</sup> A separação conceitual entre umas e outras decorre, em realidade, e tão somente, da respectiva aptidão de produzir efeitos jurídicos determinados.

A declaração de ciência ou verdade tem como resultado específico nada mais que a simples transmissão de um conhecimento do agente que a formula, sem qualquer força influente no mundo exterior, dado que não contém intenções finalísticas. O destinatário da declaração de ciência ou verdade a recebe com o fim exclusivo de agregá-la a seus próprios conhecimentos.

Já a declaração de vontade implica na transmissão de um pensamento para determinar a ação do destinatário, contendo portanto um componente intencional, que qualifica a declaração como ato destinado a conseguir um fim determinado, de acordo com interesses do declarante em projetar sua influência sobre o mundo exterior. Como *declaração de vontade*, entendemos, para usar do conceito do Prof. Luis Eulálio de Bueno Vidigal, a afirmativa de querer atingir um determinado fim, afirmativa essa bastante para que se produza um efeito jurídico favorável à sua consecução.<sup>58</sup>

Com base ainda em Carnelutti, Carmen Alborch Battaller bem sintetiza a distinção entre declaração de ciência ou verdade e declaração de vontade: a primeira tem por finalidade fazer *saber* e a segunda fazer *fazer*.<sup>59</sup>

A nosso ver, o voto do acionista em assembleia geral, perante o direito brasileiro, conceitua-se unitariamente como declaração de vontade, uma vez que sempre deve ser emitido por referência a um interesse concreto do agente. Não obter o direito de voto no interesse *da companhia*, parece impossível abstrair do interesse pessoal do acionista votante na declaração do voto, porquanto ao emití-lo, o acionista votante expressa uma volição, com a intenção de influir na resolução da assembleia geral, para a qual sua participação contribui.

55. *El Derecho de Voto Del Accionista*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 106.

56. Ob. cit., p. 106.

57. *in Il Voto nella assemblea della società per azioni*, Giuffrè, Milão, 1961, p. 36.

58. *Da Execução Direta*, cit., p. 31.

59. Ob. cit., p. 107.

18. O exercício do direito de voto na assembleia geral — O exercício do direito de voto, pelo acionista, constitui primariamente a atuação de um interesse pessoal, mas idôneo a compor a expressão de uma vontade coletiva, que se traduz em última análise, na *deliberação* da assembleia geral. Tal deliberação constitui ato resultante de manifestações plurissubjetivas, combinadas e unificadas em função do interesse social. A deliberação assemblear é, portanto, ato unitário, ainda que pluripessoal ou complexo em sua formação, o que significa que existe plena autonomia conceitual, lógica e jurídica, entre as declarações individuais de voto (simultâneas ou sucessivas) e a manifestação coletiva que as primeiras compõem. Conquanto a vontade coletiva se organize sob a égide do princípio maioritário, que preside a economia das sociedades anônimas, e contenha eficácia vinculante para todos os participantes da assembleia, não nos parece possível prescindir da averiguação de cada declaração de voto em particular.<sup>60</sup>

Basta que se atente ao disposto no § 3.º do art. 115 da Lei 6.404 para que se possa isolar, no contexto da vontade coletiva, o conteúdo volitivo do voto de cada acionista individualmente considerado, ainda que não vencedor no escrutínio. De acordo com tal preceito, o acionista responde pelos danos causados pelo exercício abusivo do direito de voto, ainda que seu voto não haja prevalecido.

Consoante se pode deduzir de tal dispositivo, a intencionalidade é indissociável da manifestação de voto em assembleia geral, ou seja, a vontade do acionista constitui dado fundamental, de que não se pode abrir mão, até porque se reveste do caráter de pressuposto da responsabilidade, ainda quando sua expressão não tenha concorrido para a formação concreta da vontade coletiva, traduzida na deliberação assemblear.

Consoante a claríssima lição de Giancarlo Frè, o voto é o meio pelo qual o acionista exerce seu direito de concorrer, para a formação da vontade social, em conformidade com as disposições legais e estatutárias. Para o professor de Perugia, a vontade social, ainda que independente da vontade dos acionistas que concorrem para formá-la, é verdadeiramente a resultante da vontade deles, constituindo-se, segundo o sistema da maioria, mediante o exercício do direito de voto que se confere a todos os acionistas na proporção das ações possuídas por cada qual.<sup>61</sup>

Assim sendo, dúvidas não podem remanescer quanto à natureza do exercício do direito de voto. E ele, inelutavelmente, declaração de vontade, emitida na assembleia geral.

Como o exercício do direito de voto se dá em assembleia geral, e esta se considera como órgão social, aliás soberano, cabe assinalar que, havendo acordo de acionistas disciplinando tal direito, deve a mesa diretora dos trabalhos assembleares respeitar o disposto em tal acordo, desde que o mesmo tenha sido arquivado na sede social, nas condições do art. 118 da lei acionária, já que, nesse caso, conforme o preceito legal, o acordo deverá ser observado pela companhia.

Mesmo que não intervenha formalmente no acordo de acionistas celebrado, enquanto *res inter alios actae*, a companhia tem ciência do seu conteúdo normativo.

60. Cf., sobre o assunto, Antonio Venditti, *Collegialità e Maggioranza nelle Società di Persone*, Iovene, Nápoles, 1955, principalmente o Capítulo I, sobre a colegialidade na estrutura do ato, onde se analisa em profundidade o problema da chamada vontade coletiva.

61. *Società per Azioni*, 4.ª ed., Zanichelli, Bolonha, 1972, p. 195.

tivo, por força do arquivamento a que alude o *caput* do art. 118 da Lei 6.404. E, mais do que ciência, tem ela o dever de observar o que seus acionistas pactuaram.

Dai se pode inferir que à mesa diretora dos trabalhos da assembleia não se permite ignorar o acordo e, consequentemente, não se lhe faculta computar votos que flagrantemente contrariam o avençado.

Do ponto de vista processual, a circunstância ora cogitada se afigura de indiscutível relevo, por permitir que, em eventual litúgio entre acionistas signatários de acordo arquivado na sede social, figure ou possa figurar a própria sociedade. Na lide deduzida com fundamento no art. 941 do CPC, é evidentemente estranha a companhia. Mas não se pode excluir a possibilidade de ser ela parte em medidas cautelares inominadas que, com fulcro no art. 798 do CPC, venham os acionistas a ajuizar para obstar os efeitos de deliberação assemblear tomada em desacordo com convenção de voto devidamente arquivada na sede social.

19. *Execução específica da obrigação de prestar declaração de vontade — Justificativa no caso de acordo de voto* — O fato de nosso direito positivo, desde pelo menos o CPC de 1939, consagrar a execução específica das obrigações de prestar declaração de vontade não nos dispensa de perquirir as razões institucionais dessa especial tutela jurídica, que embasam o art. 641 do vigente CPC, mormente quando intentamos estendê-las aos acordos de acionistas que preveem regulamento convencional do direito de voto, a ser exercido pelos acionistas-contratantes, nas assembleias gerais das companhias.

Demonstrado o pressuposto de que o voto representa declaração de vontade do acionista e devidamente considerada a circunstância de que a própria lei admite as convenções de voto, dotando-as, inclusive, de execução específica, cumpre-nos indagar da justificativa do preceito legal que assegura, no plano processual o cumprimento *in natura* da obrigação de votar segundo certos e determinados princípios, pactuados no acordo de acionistas.

Referido preceito legal (art. 941) afirma que, condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.

Recordemos a observação de Liebman segundo a qual a vontade individual é quanto há de mais incoercível e infungível no mundo do Direito.<sup>62</sup>

A valorização exagerada da soberania da vontade individual conduziria, por certo, a duas consequências. Em primeiro lugar, a limitação convencional da expressão da vontade, objetivada, no plano societário, pelo acordo de acionistas, contrastaria com o caráter absoluto da volição, imune a qualquer restrição. Em segundo lugar, a intervenção do Estado, através da sentença, no sentido de substituir-se à declaração de vontade não emitida, repugnaria ao pretensio dogma da infungibilidade das prestações personalíssimas, tais como as de expressar a vontade.

Em realidade, admitir semelhantes extremos equivaleria a recusar a própria liberdade humana, na medida em que se destruiria a possibilidade de as pessoas livremente pactuarem obrigações de seu interesse, através dos mecanismos convencionais e, sobretudo, através do contrato. A ordem jurídica, consagrando a

62. *Processo de Execução*, cit., p. 341.

obrigatoriedade das convenções (*pacta sunt servanda*), incumbem-se de proteger o equilíbrio das prestações recíprocas, sancionando o descumprimento das obrigações livremente assumidas. Sob esse prisma, fácil é concluir que não se pode tributar respeito absoluto à soberania da vontade individual, já que constitui imperativo ético e legal cumprir a obrigação pactuada segundo os requisitos da lei. Como enfatiza o Prof. Luis Eulálio de Bueno Vidigal, não se compreende em virtude de que princípios devesse ser protegida a vontade que se obstina em não cumprir a obrigação.<sup>63</sup>

A infungibilidade da declaração pessoal de vontade sugere outra ordem de considerações. A execução específica resulta em sentença que, uma vez transitada em julgado, produz todos os efeitos da declaração não emitida. É o que decorre do art. 641 do vigente CPC. Ora, a função substitutiva da sentença, que o preceito abriga, não implica em atribuir ao Estado o poder de declarar a vontade do obrigado; ao contrário, resulta na produção de todos os efeitos da declaração não emitida. O fundamento dessa função do provimento jurisdicional está na necessidade de recriar o equilíbrio contratual, rompido pelo inadimplemento do obrigado. Por essa razão, pode-se dizer, a exemplo do que consignamos no estudo da execução específica do acordo de acionistas como contrato preliminar, que o Estado realiza, através da sentença, a vontade contratual.

Pertinente e adequada a observação de Sydney Sanhones: "... o juiz não emite declaração de vontade em nome do promitente. A sentença é que produz os efeitos que, em princípio, deveriam resultar da declaração de vontade do devedor".<sup>64</sup>

Por meio do voto é que se organiza primariamente o poder de controle da sociedade anônima, a que a Lei 6.404 deu atenção fundamental, como se pode observar de seu art. 116. Com efeito, a noção de acionista controlador, aí descrita e definida, tem seus contornos delineados em função básica do poder votante, sendo que, na organização do controle, pode ter o acordo de voto relevância fundamental, como se desprende do *caput* do citado preceito legal. Mas também na constituição de blocos minoritários capazes de afrontar o poder do controlador, ou até mesmo hábeis a deslocar o poder de controle de um para outro grupo de acionistas, o acordo de acionistas se apresenta como instrumento de inestimável valia. O mesmo se diga quanto à sua aptidão para definir certos direitos das minorias acionárias, como por exemplo, o *quorum* deliberativo qualificado para certas matérias, chegando ao próprio direito de veto de determinadas deliberações, bem como a garantia de representação nos órgãos administrativos da sociedade.

Em matéria de reinvestimento de lucros e distribuição de dividendos, que também são assuntos de competência assemblear, as convenções de voto se revestem da maior importância prática, na medida em que definem a composição dos interesses dos variados grupos acionários que podem existir no contexto associativo da companhia.

Nas relações com entidades governamentais ou instituições financeiras, as sociedades são frequentemente solicitadas a demonstrar de que modo se regulam os direitos e obrigações de seus acionistas, para além das previsões legais e das

63. *Da Execução Direta*, cit., p. 79.

64. *Ob. cit.*, p. 27.

próprias disposições estatutárias. Entra em cena, nessas hipóteses, o acordo de acionistas, como instrumento regulatório, quer para demonstrar a fonte de efetivo controle acionário, quer para comprovar as tendências da companhia quanto à fixação de políticas de distribuição de resultados.

Por esse sumário de razões, será necessário que as disposições constantes do acordo de acionistas, revestido das formalidades legais, contem com a tutela específica capaz de fazer atuar os direitos de forma concreta, tornando exigíveis as obrigações respectivas. Na hipótese, os interesses envolvidos transcendem à esfera particular dos acionistas contratantes, individualmente considerados, para atingir terceiros, os órgãos públicos de participação ou financiamento, as instituições financeiras, os acionistas não integrantes do acordo, e o público em geral.

Dai o motivo pelo qual ao acordo de acionistas, enquanto convenção de voto, deve se acudir com a execução específica, aplicando-se à espécie o art. 641 do CPC.

20. *Problemática da execução específica das convenções de voto* — A aplicação prática do preceito envolve, porém, dificuldades substanciais, face às circunstâncias de fato que a experiência societária registra.

Dentre tais dificuldades, avulta, em primeiro lugar, a indagação sobre o cabimento da providência judicial ali prevista a hipótese de voto dado em assembleia geral em desarmonia com o acordo de acionistas, caso em que a sentença, uma vez transitada em julgado, teria a eficácia de substituir manifestação de vontade efetivamente expressa pelo agente, no conclave assemblear, por provimento apto a produzir todos os efeitos da declaração que deveria ser emitida segundo o regulamento prévio de interesses consubstanciado no acordo de acionistas.

A simples omissão do acionista conveniente, deixando de votar no sentido preconizado, parece sem dúvida o objeto próprio da execução de que trata o art. 641. Descartemos, aqui, as cogitações acerca do silêncio como manifestação de vontade, matéria de que se ocupa Serpa Lopes em erudita monografia,<sup>65</sup> porquanto, a nosso ver, para produzir efeitos no mundo exterior, notadamente nos trabalhos assembleares, a vontade do acionista necessita de expressão formal, no sentido ativo. O comportamento meramente omissivo, de índole passiva, não nos parece apto a induzir a existência de manifestação de vontade, ainda que considere que tal postura possa implicar negativa a proposições colocadas à deliberação da assembleia geral.

A falta de uma expressão formal do acionista (aderindo firmemente a determinada matéria sob deliberação, ou dela claramente dissentindo), tem, a nosso ver, em direito societário, a natureza do voto em branco, o qual, segundo a regra do art. 129 da Lei 6.404, não se computa no *quorum* deliberativo das assembleias gerais.

Resulta claro, por conseguinte, que à hipótese tem perfeita aplicação o art. 641 do estatuto processual civil.

*Quid iuris*, todavia, se a expressão formal do acionista existe e vem a contrariar o avençado no acordo de acionistas? Tratando-se, na espécie, de inadim-

65. O Silêncio como Manifestação de Vontade, Coelho Branco, Rio, 1935.

plimento contratual, o voto discrepante do acordo em princípio não se pode haver como *inexistente* e, portanto, por esse motivo, poder-se-ia repeli, nessa eventualidade, o cabimento da execução com apoio no art. 641, antes referido.

Toda a construção doutrinária do acordo de acionistas, como convenção ou verdadeiro contrato, leva-nos, no caso em tela, a transferir o problema para o campo da ineficácia do negócio jurídico, ou, antes, para as consequências da *declaração ineficaz*. O voto discrepante não é, desengadamente, inválido, posto que não o iniquam os vícios que induzem nulidade, nem, tampouco, as razões que determinam anulabilidade. Trata-se, ao contrário, de voto ineficaz.

A ineficácia do voto discrepante contaminaria a deliberação da assembleia, como expressão da vontade coletiva, formada e integrada pelas declarações individuais dos acionistas. Na mesma ordem de idéias, o voto discrepante de acordo de acionistas devidamente arquivado na sede social, nos termos do art. 118, *caput*, da Lei 6.404, não pode ser computado pela mesa diretora do conclave assemblear, pelas razões que já anteriormente expusemos, e, se o for, estará efetivamente atingida, por via de consequência, a eficácia da deliberação da assembleia.

Os efeitos dessa deliberação devem ser coartados, porque produzidos com base em manifestação ineficaz. Recorrer-se-á, segundo pensamos, ao poder cautelar geral do juiz, que o CPC agasalha em seu art. 798, para evitar o arquivamento no Registro do Comércio, bem como a publicação da ata de assembleia geral de acionistas contendo deliberação ineficaz.

Impõe-se a declaração de ineficácia da deliberação assemblear para a qual concorreu manifestação ineficaz de voto do acionista conveniente.

O problema crucial reside, entretanto, na possibilidade jurídica de pedido de condenação do devedor a emitir a declaração de vontade preconizada pelo acordo, com base no art. 641. Se a primeira manifestação de voto for reconhecida como ineficaz, deverá ser considerada, a nosso ver, como não emitida, em função da sua inaplicação a produzir efeitos jurídicos. A partir desse pressuposto, chegamos à conclusão de que a sede processual da tutela jurisdicional invocada continuará a ser o art. 641, objetivando o *petitum* sentença que produza todos os efeitos da declaração não emitida, considerando-se nesse caso como não emitida a declaração ineficaz e, como tal, a expressão formal de voto em dissonância com o pactuado no acordo de acionistas.

A hipótese envolve dificuldades ponderáveis, dada a circunstância de que os acionistas legitimados ver-se-ão diante da necessidade de pleitear a declaração de ineficácia da deliberação assemblear, ao mesmo tempo em que deverão promover a execução específica da obrigação do acionista faloso, com fulcro no art. 641 do CPC. Na verdade, a execução do acionista faloso, com base no art. 641, é um *plus* em relação à declaração de ineficácia da deliberação da assembleia. É mister, primeiramente, que se enuncie a declaração de vontade eficaz, consoante o regulamento prévio de interesses contidos no acordo de acionistas, o que se faz através da execução fundada no art. 641, para que, transitada em julgado a sentença substitutiva, se possa, por via de consequência, promover a declaração de ineficácia da deliberação da assembleia. Isso sem prejuízo do tempestivo pleito de medida cautelar, como acima exposto.



Segundo nosso entender, não se permite, no caso, a acumulação de pedidos, com base no art. 292, pela razão elementar de que as lides em questão não têm os mesmos sujeitos. Ré da ação destinada a declarar a ineficácia da deliberação da assembleia geral será a própria sociedade, ao passo que a execução fundamentada no art. 641 terá como réu necessariamente o acionista que proclamou o voto ineficaz.

Por aí se vê que o mero enunciado do § 3.º do art. 118 da lei acionária de 1976, no sentido de conferir execução específica aos acordos de acionistas (inclusive os que objetivam disciplinar o exercício do direito de voto em assembleia geral) não atende com a esperada eficácia prática os interesses em jogo. A complexidade processual inerente à consecução do objetivo desejado pelo legislador de 1976 revela o descompasso entre a lei acionária e o ordenamento processual, a sugerir e recomendar, além dos esforços da doutrina e da jurisprudência, providências legislativas capazes de colocar em consonância os preceitos da lei do anônimo e as disposições de ordem processual destinados a torná-los efetivos, numa perspectiva de praticidade e objetividade.

## EMPRÉSTIMO DE DINHEIRO POR PARTICULARES: QUANDO SE CARACTERIZA OPERAÇÃO PRIVATIVA DOS BANCOS

Interpretação teleológica do art. 17 da Lei 4.595, de 1964

WILSON DO EGITO COELHO

No pórtico de seu livro: *A Arte de Redigir Leis*, Reed Dickerson inscreve este pensamento de John Austin: "Atrevo-me a afirmar que a parte comumente chamada técnica da legislação é incomparavelmente mais difícil que aquela denominada ética. Em outras palavras, é muito mais fácil conceber certo a lei necessária do que redigi-la, de forma a satisfazer o objetivo do legislador."

Em verdade, as leis formam uma literatura de elaboração difícil, segundo um conceito de Aureliano Leal, razão por que F. Geny, no *Libro do Centenário do Código Civil Francês* observa que a boa lei, o bom código devem, antes de tudo, conter as qualidades exigidas de toda obra literária, que se dirige à inteligência e à vontade, antes que à imaginação e ao sentimento.

A Lei 4.595, de 31.12.64, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, regulando matéria tão importante e destinada a exercer, como está exercendo, tão-larga repercussão na economia do país, pois através dela é que se disciplina nossa política creditícia e monetária, logo se revelou um repositório de falhas e atecias gritantes, incidindo em vários erros que os autores apontam como modelos que não devem ser imitados.

Os seus defensores batizaram-na de "lei econômica" pretendendo, assim, justificar muitas de suas normas redigidas à base de termos com significação setorial, diferente da consagrada em vernáculo. Ora, não há leis econômicas ou não econômicas. O que há são, simplesmente, leis, que regulam, isto sim, fatos ou atos, econômicos ou não econômicos.

Como se observa na obra de Reed Dickerson, inicialmente citada (p. 18), a intervenção do Estado na ordem econômica, fenômeno que se acentua e generaliza, tornou ainda mais árdua e penosa a feitura da legislação. Os técnicos de todos os matizes passaram a disputar e a concorrer com os juristas na redação dos textos. O resultado é que, desconhecendo aqueles os princípios gerais da ordenação jurídica e ignorando as peculiaridades de seus variados compartimentos, cometem, freqüentemente, erros e enganos lamentáveis.

A Lei 4.595 embora calçada, basicamente, no substitutivo da Comissão Especial ao Projeto 15/63 da Câmara dos Deputados, que teve como relator o Dr. Ulysses Guimarães e que contou com a aprovação, dentre outros, dos juristas Herbert Levy, Flores Soares e Oswaldo Lima Filho, integrantes daquela Comissão, pode dizer-se que foi elaborada sob o influxo de regras estranhas à boa técnica legislativa, assinaláveis, sobretudo, em alguns de seus dispositivos subordinação das instituições financeiras, têm redação excessivamente abrangedora, de que resulta tormentoso o entendimento conceitual dos respectivos textos.

Estabelece o art. 17, *in verbis*: "Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que