

Revista de Direito Mercantil

industrial,
econômico e
financeiro

vol.

127



REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLI — n. 127 — julho-setembro de 2002

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

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

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:
CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE
LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *Scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

SOCIEDADE ANÔNIMA: INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO

- CALIXTO SALOMÃO FILHO 7

ATUALIDADES

REGIME SANCIONATÓRIO EM DIREITO BANCÁRIO

- ARMINDO SARAIVA MATIAS 21

AS SOCIEDADES LIMITADAS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

— A LIMITAÇÃO DO DIREITO DE CONTRATAR

- PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA E ANA PAULA DE CARVALHO REIS 30

ACORDOS FINANCEIROS E A RESOLUÇÃO 3.039/2002

DO BANCO CENTRAL — DISTORÇÃO NA LEGISLAÇÃO FALIMENTAR

- HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA 52

SOBRE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA DE EMPRESAS NO BRASIL

- RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE 56

OS COMPROMISSOS DE VOTO NOS ACORDOS DE ACIONISTAS E SUA EFICÁCIA EXECUTIVA

- JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA 63

CONFIDENCIALIDADE EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

- HEE MOON JO 68

A REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: O ART. 192 E O MITO DA LEI COMPLEMENTAR ÚNICA

- LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA E JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA 79

ACORDOS DE ACIONISTAS SOBRE O EXERCÍCIO DO PODER DE CONTROLE

(Análise das principais alterações introduzidas ao art. 118 da Lei das S/A
pela Lei 10.303/2001)

- MIGUEL TORNOVSKY 93

O SISTEMA DE PAGAMENTOS BRASILEIRO (SPB)

- ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES 107

AS IMPORTAÇÕES PARALELAS À LUZ DO PRINCÍPIO DE EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS CONTRATUAL E CONCORRENCIAL

- CLÁUDIA MARINS ADIERS 127

FUNDAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS DA GOVERNANÇA CORPORATIVA NO BRASIL	
— MILTON NASSAU RIBEIRO	165
PESSOAS JURÍDICAS DOMICILIADAS NO EXTERIOR	
— OBRIGATORIEDADE DE INSCRIÇÃO NO CNPJ	
— ZANON DE PAULA BARROS	175
DIREITO E ECONOMIA	
MUDANÇA INSTITUCIONAL, A PERSPECTIVA DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL	
— BASILIA AGUIRRE	179
JURISPRUDÊNCIA COMENTADA	
COBRANÇA JUDICIAL DE DIVIDENDOS PRIORITÁRIOS: DESNECESSIDADE DE ANULAÇÃO DE DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR	
— CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES	189
ESPAÇO DISCENTE	
A RELAÇÃO ENTRE O NOVO SPB E OS TÍTULOS DE CRÉDITO. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS	
— ANDRÉ BUENO DA SILVEIRA, ARTHUR MARINHO, EDSON FÁBIO GARUTTI MOREIRA E IBERÊ UCHOA DE AZEVEDO BARBOSA	215
O ABUSO DE DIREITO NA DENÚNCIA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E AS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL	
— PAULO EDUARDO LILLA	229

COLABORAM NESTE NÚMERO

ALMIR ROGÉRIO GONÇALVES

Advogado em São Paulo

ANA PAULA DE CARVALHO REIS

Advogada

ANDRÉ BUENO DA SILVEIRA

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Bolsista da FAPESP. Monitor da Cátedra de História do Direito na FADUSP

ARMINDO SARAIVA MATIAS

Professor Associado da Universidade Autónoma de Lisboa. Consultor do Banco de Portugal

ARTHUR MARINHO

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Pesquisador do CNPq, junto ao Departamento de Direito do Estado

BASILIA AGUIRRE

Professora da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo — FEA/USP

CALIXTO SALOMÃO FILHO

Professor Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

CARLOS EDUARDO DA COSTA PIRES

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

CLÁUDIA MARINS ADIERS

Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS. Advogada no Rio Grande do Sul

EDSON FÁBIO GARUTTI MOREIRA

Jornalista. Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP. Foi pesquisador selecionado pelo CNPq

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo — USP. Professor de Direito Comercial das Faculdades de Direito da USP e da FAAP. Membro do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Consultor

HEE MOON JO

Mestre em Direito pela *Korea University*. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo — USP. Professor do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da USF. Árbitro Comercial do *Korea Commercial Arbitration Board*

IBERÊ UCHOA DE AZEVEDO BARBOSA

Graduando da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP

JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA

Doutorando em Direito Econômico na Universidade de São Paulo — USP

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

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

LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo — USP.
Doutorando em Direito Constitucional e Teoria do Direito na Universidade de Kiel, Alemanha

MIGUEL TORNOVSKY

Formado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ.
Mestre em Direito pela *Columbia Law School*, em Nova Iorque. Advogado

MILTON NASSAU RIBEIRO

Pós-Graduado em Direito de Empresas e da Economia pela Fundação Getúlio Vargas — FGV. Mestrando em Direito de Empresa na Faculdade de Direito Milton Campos, BH/MG. Advogado

PAULO ALBERT WEYLAND VIEIRA

Professor de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro — PUC/RJ. Mestre em Direito pela Universidade de Cambridge, Inglaterra. Advogado

PAULO EDUARDO LILLA

Graduando da Fundação Armando Álvares Penteado — FAAP

RENATO LUIZ DE MACEDO MANGE

Ex-Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo. Advogado em São Paulo

ZANON DE PAULA BARROS

Advogado

Atualidades

OS COMPROMISSOS DE VOTO NOS ACORDOS DE ACIONISTAS E SUA EFICÁCIA EXECUTIVA

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

A) A validade jurídica dos acordos de acionistas. B) A eficácia prática das deliberações acordadas. C) O compromisso de voto.

A) A validade jurídica dos acordos de acionistas

É verdade que, conquanto os acordos de acionistas fossem introduzidos formalmente na ordem jurídica brasileira pela Lei 6.404/76, ou seja, há um quarto de século, ainda se mostra um tanto vago o trato da matéria, ou na sua apreciação jurisprudencial, ou na sua análise doutrinária.

Talvez a vertente mais complicada e, por certo, a mais polêmica desses acordos na modelagem adotada pela lei brasileira — e que se assenta em um decalque misto dos *pooling agreements* e dos *voting trusts* do direito anglo-saxão (conforme Fran Martins, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, v. 2, t. 1, 2ª ed., Forense, p. 117, e Osmar Brina Corrêa, “Direito de voto na Sociedade Anônima”, RT 530/26) — seja a do compromisso ou acordo de voto, pelo efeito evidente e radical sobre a conhecida força decisória democrática dos conclaves (assembléias gerais, reuniões de conselhos de administração) nas companhias.

Modesto Carvalhosa, em trabalho seminal sobre a matéria (*Acordo de Acionistas*, Saraiva, 1984, pp. 91 e ss.) explica a resistência inicial que se ergueu nas ordens jurídicas pioneiras, no acolhimento do instituto quanto à disponibilidade convencional do voto.

E conclui pela derrota desses preconceitos diante da realidade consagrada pela evolução empresarial durante o século passado:

“A escala de grande empresa proporciona o regime de domínio da companhia por aqueles que se organizam para tal fim, e não pelos acionistas que detêm a maior percentagem de ações representativas do seu capital. Rompe-se, assim, o princípio sobre o qual se basearam tantos argumentos contra a cessão do direito de voto: o princípio da proporcionalidade entre o risco assumido pelo capital próprio investido, na empresa, e o poder exercido sobre ela.

“Diante de todos esses fatos incontesteáveis, verifica-se que a total fragilidade da tese política do direito de voto acionário funda-se, não na personalidade do acionista, mas em seu patrimônio acionário. Sendo, com efeito, um direito baseado na participação do acionista na assembléia geral, não há por que considerar tal direito pessoalíssimo.

“Nas palavras de Fábio Comparato, ‘na esfera das relações patrimoniais, a autonomia privada consiste, justamente, em poder negociar e ceder, livremente, os seus direitos. Se o acionista não é obrigado a comparecer às assembléias gerais, se pode a todo tempo ceder as suas ações, por que

atentaria contra a sua liberdade a estipulação de votar neste ou naquele sentido?.”

E certo então que a validade jurídica dos compromissos ou acordos sobre o exercício do direito de voto em acordos de acionistas parece hoje indiscutível.

Longe estão os tempos em que, como o mesmo Carvalhosa já apontou nesta *RDM* (n. 106/20, “Acordo de acionistas”), a jurisprudência declarava a prevalência absoluta da assembléia geral não estando vinculada a pactos entre os acionistas (Ap. 120.135, de 27.11.1962, cf. Fran Martins in *Direitos Societário*).

B) A eficácia prática das deliberações acordadas

Mas a questão que se põe agora é a de se conferir uma eficiência prática a esses compromissos de voto, de uma forma tal que o seu eventual descumprimento — que é tão simples, pois que cuidamos de uma mera manifestação de vontade na votação — não acabe acarretando uma consequência muito drástica, e de efeitos não recuperáveis naquele equilíbrio relacional entre os pactuantes.

Nesta direção o legislador (Lei 6.404, art. 118, § 3º) se preocupou em deixar consignado que o descumprimento do acordo de acionistas permitirá a “execução específica” de suas disposições.

Pretendendo que a publicidade será requisito necessário à plena eficácia do acordo — até para que terceiros sejam compelidos a respeitá-lo — consagra-se o necessário registro do ajuste nos livros sociais, pela força probatória e semipúblico dos mesmos, aos quais cada um pode ter acesso pelos meios adequados.

Para a execução específica desse compromisso entre acionistas a lei processual brasileira tem as regras pertinentes, seja ali votada uma declaração de vontade (um voto favorável ou desfavorável a uma deliberação social), a entrega de um bem (o aporte de algo ao patrimônio social), a abs-

tenção de um ato (uma proibição de comerciar, de exercer alguma atividade etc.), tudo o que não seja uma daquelas obrigações personalíssimas, dessas que só se admitem sejam cumpridas por uma dada pessoa, por isso que nessa hipótese não há compulsão judicial cabível (não se admite a *vis compulsiva* no direito brasileiro).

Celso Barbi Filho em interessante monografia (*Acordo de Acionistas*, Del Rey, p. 160), ensina:

“Conforme foi exposto no item anterior, a execução específica, enquanto instituto de direito processual, aplica-se a qualquer acordo de acionistas que tenha por objeto obrigação passível desse tipo de execução. Assim, nada impede, por exemplo, que se execute um acordo cujo objeto seja obrigação de dar coisa certa, como no caso dos acionistas que convencionem a doação da ações necessárias à manutenção do controle àquele que permanecer na sociedade, em caso de saída do outro. Da mesma forma é possível quando o objeto do acordo seja obrigação de não-fazer, como no pacto em que os acionistas se obrigam a não comprar mais ações, de maneira a manter inalterada a participação proporcional dos signatários; ou ainda no acordo em que os titulares de ações sem direito a voto se comprometem a não comparecer às assembleias, exemplo mencionado por Fábio Comparato.

“Acordos como esses são, a meu ver, perfeitamente passíveis de execução específica, no que se refere às obrigações de dar coisa certa ou de não-fazer, neles pactuadas.

“Mais acertado seria não se limitar a sede processual da execução a esse ou àquele artigo, mas à legislação adjetiva como um todo. Dessa forma, não haveria restrição à classificação do instituto nem à liberdade volitiva dos acionistas.”

A questão já se complica, contudo, quanto à plena eficácia processual executória do acordo: muitos são os que, como J. A. Tavares Guerreiro Filho (“Execução específica do acordo de acionistas”, *RDM* 41/45) e mesmo Celso Barbi (ob. cit., p.

162), não vêem aí um título executivo extrajudicial.

Barbi Filho explicita seu opinamento assim:

“A doutrina deixa claro que isso não é possível. Os títulos extrajudiciais encerram sempre obrigação de pagar quantia certa. Como ensina Alcides de Mendonça Lima, não há execução para entrega de coisa infungível; ou de obrigação de fazer, ou não-fazer, uma ou outra fundada em título extrajudicial. E são justamente essas obrigações que se pretende realizar por via da execução específica do acordo de acionistas.

“Assim, resta claro que o acordo de acionistas não pode constituir título executivo extrajudicial. Ele tem natureza jurídica contratual e, para que sejam identificadas as obrigações dele decorrentes, é necessário que seja interpretado por quem tenha poder de dizer com quem está o direito naquela questão. Só depois é que tais obrigações poderão ser executadas especificamente. Verifica-se assim, que a execução específica do acordo de acionistas é sempre precedida de uma fase jurisdicional cognitiva.

“Dessa forma, a ação para execução específica do acordo, o instrumento não pode ser executado diretamente, pois não pode ser executado diretamente, pois não constitui título executivo extrajudicial. Terá que ser obtida uma sentença, a qual condenará o réu a realizar a prestação volitiva e constituirá sucedâneo dessa prestação. A rigor, a ação não é ‘de’ mas ‘para’ execução específica.”

Não partilhamos desse ponto de vista.

Ao capitular os processos de execução, a lei processual brasileira apenas os categoriza em dois braços: a execução de título judicial e a execução de título extrajudicial. E, por óbvio, pela suposta carga verídica do conteúdo das sentenças, os títulos judiciais comportam uma margem de defesa (via embargos, via exceção de pré-executividade etc.) muito mais estrita do que os títulos extrajudiciais.

Mas não há nas balizas do CPC nenhuma diferença de grau, de peso executório entre uma obrigação de dar, de pagar, e uma de fazer, ou de não-fazer.

Dizer como o Prof. Barbi Filho (ob. cit., p. 162), que o acordo de acionistas não pode constituir título executivo extrajudicial porque “ele tem natureza jurídica contratual e para que sejam identificadas as obrigações decorrentes é necessário que seja interpretado por quem tenha poder de dizer com quem está o direito (...)”.

Não é positivamente algo que se possa aceitar sem a necessária retificação.

Já em Enrico Liebman (*Manual de Direito Processual Civil*, tradução de Cândido Dinamarco, 2ª ed., Forense, 1985, p. 212) aprendemos que “a eficácia executiva é idêntica para todos os títulos”.

O que existe, diante da variedade dos “direitos substanciais a atuar” (Cândido Rangel Dinamarco, *Execução Civil*, Malheiros Editores, 5ª ed., p. 316), é a instituição de pagar um valor certo, de fazer ou de não-fazer alguma coisa, ou de entregar coisa certa.

A obrigação de fazer, se identificada com a emissão de uma declaração de vontade, como na obrigação de voto e em tantas outras possíveis dentro de um acordo de acionistas, fica tratada muito especificamente no art. 641 do CPC onde a sentença definitiva ganha efeitos da própria declaração de vontade omitida ou errônea.

Afinal, os contratos particulares formais, ou públicos, com valores certos e datas previstas a pagar, também tem *natureza jurídica contratual*, como diria o Prof. Barbi, e ninguém de bom senso lhes nega a carga de execução específica.

É claro que na execução, nos limites mais amplos que a lei confere às defesas contra cobranças de título extrajudicial (um tanto reduzidos no caso dos títulos de crédito à força da autonomia e da tipicidade estrita que qualificam estes), há margem para se embargar a exigência de se votar de certa forma (obrigação de fazer) tal como

há margem para se recusar juridicamente o pagamento de uma obrigação de quantia certa (obrigação de dar).

Tal como o devedor de uma obrigação de pagamento pode se escudar, diante da execução judicial, na compensação, na novação, na remissão, na exceção de contrato não cumprido se bilateral o ajuste etc., o devedor da obrigação de fazer (compromisso de voto, por exemplo) também pode se esquivar em juízo alegando razões que o escusem. Nem por isso deixa de ser um processo de execução, e a mesma carga cognitiva que há na execução de obrigação de dar existe na obrigação de fazer.

C) O compromisso de voto

Uma preocupação central aqui com essa *performance* específica demandada em juízo, da obrigação de fazer, diz respeito, como já apontamos, aos hoje tão importantes compromissos ou acordos de voto.

Tal aspecto dos acordos de acionistas, no dizer de Carvalhosa (ob. cit., p. 112) representa “um negócio, cujo objetivo é a proteção dos interesses individuais dos acionistas que o subscrevem”. Há pois interesses de acionistas ali acobertados de modo a que uma maioria ali perante no acordo vai assegurar a prevalência de certas deliberações.

É claro que o voto convencionalizado acertado no acordo, tal como o voto simples, pode ser abusivo se ocorrer conflito de interesses, oposição aos maiores objetivos da companhia etc.

Mas fora essas hipóteses, que não de ser objetivamente evidenciadas, caso a caso, o acerto de voto previsto no acordo de acionistas é soberano. Confirma-se Modesto Carvalhosa (ob. cit., p. 115): “Na oportunidade da manifestação de voto, não há subjetividade atual, do vínculo do acordo, que foi legitimamente assumido, em momento distinto e em condições diversas”.

Mesmo as convenções que impõem votação conjunta sobre certas matérias en-

tendem-se tranqüilamente como válidas, desde que não atentem contra os interesses maiores da sociedade e dos demais acionistas. Veja-se Arnaldo Wald nesta *RDM* (n. 110/14), assentado em Ascarelli e seu *Studi in Tema di Società*.

Acontece que, no compromisso de votação, o descumprimento, em regra, só vai se revelar na hora mesmo da deliberação assemblear, quando o acionista comprometido eventualmente se manifesta de modo diverso àquele acertado.

Lembra Celso Barbi (ob. cit., p. 182), com razão, que a ação de execução específica do acordo “só pode se dar depois da realização da assembléia, pois até então inexistente para o autor o interesse de agir”.

É claro que o juiz não vota em lugar do acionista, mas, apreciando a questão, se pronuncia em decisão que substitui a declaração de vontade que, por omissão ou comissão, desrespeita o acordo válido.

Entra aí a chamada execução específica por título extrajudicial, onde uma declaração de vontade omissa ou desconforme aos termos comprometidos há de ser corrigida, através do procedimento executório, onde aparecem os “meios executivos e as providências técnicas adotadas pelo juiz, apropriadas à obtenção do (...) pretendido pelo exeqüente” (Leonardo Greco, *O Processo de Execução*, v. 1, Renovar, p. 345).

Inclusive as *astreintes* ou outras formas de coação, pressões indiretas, levando o devedor contratual a cumprir o ajustado, ou então, sendo pertinente, a substituição da declaração de vontade do devedor pela decisão judicial.

E, ao contrário de Celso Barbi (ob. cit., p. 187), estamos entre os que acham perfeitamente cabível e amplo o espectro de providências cautelares antes ou depois da realização de assembléia, para que o acordo tenha prevalência compulsória na exteriorização do voto, não se concebendo como seriam satisfativas tais cautelares, revertendo-se o quadro com viabilidade se ao final revelar-se desarrazoada a providência imposta.

Neste sentido Tavares Borba (*Direito Societário*, 4ª ed., Freitas Bastos, p. 312): “Na pendência da ação principal, poderá o interessado instaurar um procedimento cautelar destinado a impedir a posse de diretor ou a prática de ato contrário ao acordo”.

Na verdade, em linha mais direta e prática, encontramos o § 9º do art. 118 da Lei 6.404, contido no seu projeto de reforma, no momento (abril de 2001) em tramitação congressional, já que ali se defere poderes ao presidente da assembléia geral para *recusar voto contrário a acordo arquivado na companhia*.

Esse o princípio hoje vertido a converter-se em norma legal expressa, e que, já de agora nos parece aplicável, e conveniável em acordos, para que o presidente da assembléia geral proceda em concórdância com o registro do contrato de acionistas nos livros da sociedade, conferindo tal força de observância pelos órgãos e autoridades responsáveis pela empresa.

É certo que, desconsiderado, desprezado o voto do acionista, terá esse acesso ao Judiciário para, até cautelarmente, se as condições processuais forem preenchidas, obter uma decisão revertendo o ato de desconsideração de sua vontade.

Mas a ele, divergente, argüindo razões que lhe permitam fugir às amarras de compromisso firmado, cabe o ônus da prova e a demanda judicial.

Pode-se imaginar diante dessas eventualidades quanto à efetiva eficácia do compromisso de voto de acionistas que outros acertos podem ter utilidade, como a criação, no acordo, de uma reunião ou conclave obrigatório, pré-assemblear, com prazos e meios de convocação expressos e simples, onde os votos comprometidos não de se acertar por maioria, de modo a que, na assembléia geral já apareça de modo mais simplificado, e assim menos sujeita a resistências, a vontade concertada daqueles blocos de acionistas nas deliberações sociais em pauta.