



R E V I S T A

DA FACULDADE DE DIREITO

MILTON CAMPOS

ANO III

VOLUME

3



QUADRO COMPARATIVO – MERCOSUL X UNIÃO EUROPÉIA*

SÉRGIO MOURÃO CORRÊA LIMA

Estamos vivendo atualmente uma tendência mundial de globalização da economia. Estas modificações talvez venham a coroar os ensinamentos da corrente monista internacionalista liderada pelo eminente jurista *Hans Kelsen*. Este, há muito, previa um sistema jurídico marcado por um poder supranacional, de onde emanariam normas internacionais obrigatórias e hierarquicamente superiores às normas internas dos Estados.

A análise do estágio atual da União Européia faz concluir que, abrindo mão de parte considerável de suas soberanias, os Estados europeus estão vivenciando uma experiência supranacional. É certo que a submissão dos Estados a um Poder superior apresenta um proveito inquestionável. Os órgãos de cúpula da Organização Internacional são bem menos sensíveis às pressões dos diversos setores da economia interna dos Estados. Isto implica decisões isentas e compatíveis com os anseios da maioria da população.

Meu objetivo neste trabalho é traçar um breve paralelo entre as Organizações Internacionais Mercosul e União Européia com destaque para a forma com que cada uma delas tem utilizado para implementar a integração.

Entretanto, antes de adentrarmos na análise dos pontos divergentes, cabe lembrarmos algumas noções básicas de Direito Internacional Público.

Tal como as pessoas físicas no plano interno, os Estados, no plano internacional, também podem celebrar contratos. Quando celebrados entre nações, esses contratos são chamados Tratados Internacionais. Através destes, os países assumem obrigações uns para com os outros.

Uma pessoa física pode associar-se a outra através de contrato social com o intuito de constituir pessoa jurídica.

Estados como a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai também podem associar-se através de Tratado Internacional de Sociedade. Nos casos do Mercosul e da União Européia, o Tratado de Assunção e o Tratado de

* Considerações constantes de palestra proferida no V ENCUENTRO DE ESTUDIANTES DE DERECHO DEL MERCOSUR, 12 a 14 de agosto de 1996, Santiago, Chile.

Roma, respectivamente, correspondem aos “contratos sociais”. Uma vez conferida personalidade jurídica de Direito Internacional Público aos Tratados Internacionais de Sociedade, estes se transformam em Organizações Internacionais.

Tal como em uma sociedade entre pessoas, o sucesso da integração depende do bom relacionamento entre os países. Assim, a chamada *affectio societatis* entre os Estados-Membros é absolutamente necessária. A convivência harmônica e a lealdade entre os países são indispensáveis ao êxito da Organização Internacional do Mercosul. Isto implica planejamento, prudência e capacidade de gerência.

Ao lado do Mercosul e da União Européia, a Organização Mundial do Comércio – OMC e a Organização Internacional do Trabalho – OIT são exemplos de Organizações Internacionais. Entretanto, a OMC e a OIT apresentam objetivos específicos, enquanto o Mercosul e a União Européia pretendem uma integração total de seus membros, inclusive com a submissão destes a um poder supranacional.

Em uma seqüência lógica, tanto o Mercosul, quanto a União Européia pretendem ou pretendiam passar pelos seguintes estágios:

1º Estágio – *Zona de Livre Comércio*: ausência de limitações tarifárias ou não-tarifárias à circulação de mercadorias entre os países-membros (ex: um comerciante brasileiro não paga imposto de importação de produtos que ele traga do Uruguai).

2º Estágio – *União Aduaneira*: além da livre circulação de mercadorias, os Estados-Membros se comprometem a um procedimento homogêneo de trocas para com terceiros países (Ex: se o importador argentino paga 20% de imposto de importação para levar uma bicicleta proveniente dos Estados Unidos para a Argentina, um uruguaio pagará os mesmos 20% para importar a mesma bicicleta para o Uruguai).

3º Estágio – *Mercado Comum*: a livre circulação que se restringia a produtos, se estende a pessoas, serviços e capitais (Ex: um argentino poderá entrar e trabalhar no Paraguai sem qualquer restrição. Ainda, um uruguaio poderá remeter dinheiro para o Brasil livremente).

4º Estágio – *Poder Supranacional*: este estágio decorre da anuência dos Estados em abrir mão de parte substancial de suas soberanias mediante submissão aos órgãos executivos, legislativos e judiciários da Organização Internacional. Esta submissão se estende às normas (Ex: uma decisão do Conselho

Mercado Comum deve ser imediatamente cumprida nos Estados-Membros, prevalecendo sobre as leis internas destes).

5º Estágio – Integração Financeira e Monetária: finalmente, temos a integração de moeda e política financeira. (Ex: existência de uma moeda comum e um único Banco Central para Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai).

Deixo de fazer referência ao Chile porque este não pretende uma integração, mas apenas instituir uma Zona de Livre Comércio com o Mercosul.

A semelhança entre as metas não é suficiente para afastar as distinções entre o Mercosul e a União Européia. A primeira distinção decorre da forma de implementação das etapas. O estágio em que elas se encontram constitui a segunda distinção. A terceira se refere à solução de controvérsias. A representatividade dos Estados-Membros é outra significativa diferença. Várias outras distinções existem, mas, por uma questão de tempo, vou procurar me ater a estes quatro pontos.

Em função da destruição decorrente da guerra, tiveram início na Europa os primeiros movimentos integracionistas. Estes esforços foram traduzidos na Convenção de Londres de 1948, que instituiu o Conselho da Europa. A partir de então, institui-se um processo efetivo de integração, inicialmente em setores específicos da economia para, finalmente, atingir-se a união política. A Comunidade Européia do Carvão e do Aço, de 1951, foi a primeira forma de expressão da integração setorializada da economia.

Em 1957, através do Tratado de Roma, foi instituída a Comunidade Econômica Européia. Em 1968, através do Ato Único Europeu, foi efetivamente implementada a livre circulação de pessoas, mercadorias, capitais e serviços. Nesta mesma ocasião, o Parlamento e o Tribunal de Justiça tornaram-se órgãos supranacionais. A supremacia das normas e decisões emanadas destes órgãos implica a aplicabilidade imediata destas. Portanto, através do Ato Único Europeu, a atual União Européia ultrapassou os estágios da Zona de Livre Comércio, União Aduaneira, Mercado Comum e Poder Supranacional. Cumpre destacar, ainda, que a composição do Parlamento Europeu se faz considerando critérios de proporcionalidade. Assim, Estados mais populosos detêm maior número de assentos.

Por sua vez, o Mercosul teve sua origem em um movimento de cooperação em que os Estados latino-americanos, típicos exportadores de matéria-prima, pretendiam desenvolver o comércio intra-regional. Estes esforços também foram traduzidos em tratados. Como exemplos temos a Associação Latino-Americana de Livre Comércio – ALALC, criada em 1960 e a Associação Latino-Americana de Integração – ALADI, instituída em 1980.

Em função de problemas econômicos envolvendo estes Estados, os movimentos perderam força até 1985, quando foram assinadas as “Atas para

Integração” entre Brasil e Argentina, e os movimentos integracionistas voltam a ganhar destaque.

Neste contexto, o Tratado de Montevideu cria o Mercosul, estabelecendo 1994 como data-limite para a constituição simultânea de uma Zona de Livre Comércio e uma União Aduaneira. Como primeira deliberação, o Conselho Mercado Comum, órgão de cúpula do Mercosul, instituiu a arbitragem como forma de solução de controvérsias. O procedimento foi disciplinado através do Protocolo de Brasília.

Datado de dezembro de 1994, o Protocolo de Ouro Preto finalmente instituiu a livre circulação de mercadorias e o sistema uniforme de trocas para com terceiros países. A arbitragem permanece como sistema de solução de controvérsias. A supranacionalidade do Mercosul não é instituída, uma vez que o referido Protocolo prevê expressamente a incorporação das normas emanadas do Mercosul através do procedimento comum de recepção dos Tratados Internacionais em cada um dos Estados. No caso do Brasil, temos por ora, a aprovação pelo Poder Legislativo. Quanto à tomada de decisões, cumpre salientar que os votos dos países-membros do Mercosul têm o mesmo peso.

Estão, portanto, detectadas as quatro distinções a que fizemos referência. Quanto a estas, passo a tecer as seguintes considerações:

1ª Diferença – A forma de implementação das etapas

No caso da União Européia ficou demonstrada toda uma preocupação preliminar ao Ato Único Europeu, no sentido de trazer subsídios e informações à população. Desta forma, antes que os Estados assumissem compromissos externos, a população, já esclarecida, teve a oportunidade de se expressar. Como o Estado deve atender aos anseios de sua população, é possível afirmar que os cidadãos vêm sendo considerados no processo de integração europeu.

No caso do Mercosul, o contexto não é o mesmo. *Rachel de Queiroz*, culta e renomada escritora brasileira e integrante da Academia Brasileira de Letras, em artigo publicado recentemente em jornal brasileiro de grande circulação, fez a seguinte referência a uma reunião em que esteve presente:

“Éramos uma roda grande, havia cavalheiros no meio e eu, tentando uma enquete discreta, descobri que uns 98% dos presentes não tinham bem uma idéia do que fosse mesmo o Mercosul... Ninguém sabe nada.”

Não há qualquer esforço dos governantes no sentido de trazer esclarecimentos à população. Não houve, também, qualquer consulta sob a forma de plebiscito.

Faço constar aqui, a minha preocupação com a forma com que os governos dos Estados-Membros do Mercosul vêm desenvolvendo o nosso processo de integração.

2ª Diferença – *Estágio em que elas se encontram*

Como resultado lógico da distinção anterior, é fato que enquanto a União Européia criou condições de implementar várias fases de seus objetivos de uma só vez, o Mercosul caminha de uma forma não tão expressiva.

Entretanto, o período preparatório para a implementação do Ato Único Europeu, a contar do Tratado de Roma, foi de 1957 a 1986.

No caso do Mercosul, entre o Tratado de Assunção em 1991 e o Protocolo de Ouro Preto em 1994, decorreram apenas três anos.

Fica aqui a seguinte questão: Não seria conveniente a adoção de um maior lapso preparatório de tempo para, então, adotarmos medidas de maior expressão como foi o Ato Único Europeu?

3ª Diferença – *Solução de controvérsias*

Um dos pontos culminantes da União Européia foi, sem dúvida, a criação dos tribunais. Tanto a Corte dos Estados, quanto a *Court of First Instance*, voltada aos particulares, foram de suma importância para o movimento de integração europeu.

No Mercosul aplica-se o mecanismo da arbitragem previsto no Protocolo de Brasília. Quanto à conveniência deste meio de solução de controvérsias, o entendimento não é unânime. Alguns autores sugerem a imediata criação de um tribunal nos moldes do Órgão Judiciário Europeu.**

Outros juristas sustentam, por ora, a utilização do mecanismo arbitral. Segundo entendimento desta corrente, a forma atual de solução de controvérsias é menos dispendiosa e mostra-se adequada ao estágio atual do Mercosul.”

4ª Diferença – *A representatividade dos Estados-Membros*

Outra distinção que deve ser abordada é a forma de representatividade dos Estados-Membros na tomada de decisões. Enquanto no Parlamento Europeu os assentos são distribuídos aos Estados em atenção a critérios de proporcionalidade, no Mercosul todos os Estados têm o mesmo peso.

Este fato faz presumir que na Europa se procura prestigiar a vontade do indivíduo, o cidadão europeu. No nosso caso, a vontade do Estado se impõe à vontade dos indivíduos.

** Entendimentos expressos em palestras proferidas no CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO COMUNITÁRIO, 19 a 22 de setembro de 1996, Ouro Preto – MG.

Como o propósito é a integração, é possível que no momento em que se instituir também a livre circulação de pessoas, serviços e capitais, a representação dos Estados passe a ser proporcional ao número de habitantes, como é praxe nos órgãos legislativos internos dos Estados. Isto porque os indivíduos passam a ser, todos, cidadãos do Mercosul.

As críticas apresentadas não têm o propósito de desestimular a integração dos Estados através do Mercosul. Meu objetivo é suscitar alguns aspectos que podem contribuir para uma forma de integração com o esclarecimento e a efetiva participação da população dos Estados-Membros.

EFEITOS DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA EXECUÇÃO ESPECÍFICA DO ACORDO DE ACIONISTAS

CELSO BARBI FILHO

Sumário

1. Introdução. 2. Teoria das obrigações e execução específica. 3. Tutela específica das obrigações de fazer juridicamente infungíveis na reforma do CPC. 4. Natureza cognitiva do processo de execução das obrigações de contratar e declarar vontade. Caráter constitutivo de sua sentença. 5. O acordo de acionistas como título executivo extrajudicial. 6. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer relativas a contratar e a emitir declaração de vontade no acordo de acionistas. 7. Tutela antecipada das obrigações de fazer e não fazer relativas a contratar e a emitir declaração de vontade no acordo de acionistas. 8. Tutela cautelar das obrigações de fazer e não fazer relativas a contratar e emitir declaração de vontade no acordo de acionistas. 9. Aplicação da nova disciplina das tutelas específicas e antecipada do acordo de acionistas perante a companhia. 10. Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Vigentes a partir de 13/2/95, as Leis n. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953, de 13/12/94 promoveram algumas reformas no Código de Processo Civil brasileiro, alterando diversos de seus dispositivos. As repercussões dessas mudanças foram significativas, fazendo-se sentir nas estruturas do processo de conhecimento e de execução.

Em relação ao primeiro, merece destaque a introdução em nosso direito do instituto da Antecipação de Tutela, cuja finalidade precípua é inverter o ônus do tempo no processo, que tradicionalmente penaliza o autor. Quanto ao

segundo, significativa novidade foi a ampliação dos mecanismos destinados a tornar efetiva a execução específica das obrigações de fazer e não fazer, antigo anseio da doutrina e da jurisprudência.

Pela conhecida lição de *Chiovenda*, o processo, em sua concepção ideal, deve assegurar à parte exatamente aquilo que obteria fora dele, caso seu direito fosse espontaneamente respeitado.¹ A execução das obrigações de fazer e não fazer sempre constituiu obstáculo à concretização desse preceito na prática judiciária. Daí porque os mais expressivos processualistas pátrios virem, há muito, manifestando sua preocupação com o tema.²

Alguns institutos do Direito Substantivo brasileiro têm se mostrado particularmente ressentidos da inexistência de um sistema processual verdadeiramente capaz de dar-lhes efetividade quando reclamados em juízo. Dentre esses institutos destaca-se o Acordo de Acionistas de Sociedade Anônima, cujas obrigações pactuadas, embora dotadas expressamente de execução específica³, revelam incontáveis dificuldades processuais para sua concretização judicial.

Dita situação levou a doutrina a questionar a real adequação de nosso sistema processual para viabilizar de fato a execução específica do acordo de acionistas, prevista na Lei das S/A. Alguns autores identificaram mesmo um descompasso entre a executividade *in natura*, admitida no próprio direito material, e a sistemática processual então vigente.

José Alexandre Tavares Guerreiro, em profícuo estudo sobre o tema, escrito no já distante 1981, concluiu que

“o mero enunciado do § 3º 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 assembléia geral) não atende com 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 de esforços da doutrina e da jurisprudência, providências legislativas capazes de colocar em consonância os preceitos da lei do anonimato e as

1 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, v. I, p. 84, 1942.

2 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 426; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, 2ª Série, p. 31/32. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A garantia do processo legal e o grave problema do ajuste dos procedimentos aos anseios de efetiva e adequada tutela jurisdicional, *In: Atualidades jurídicas*. 1. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

3 Lei n. 6.404/76, art. 118, § 3º.

disposições de ordem processual destinadas a torná-los efetivos, numa perspectiva de praticidade e objetividade.”⁴

Visão um pouco distinta teve *Modesto Carvalhosa*, para quem a dificuldade da execução específica do acordo de acionistas estava mais na morosidade do serviço judiciário do que na sistemática processual vigente. Segundo suas sempre autorizadas palavras,

“a evidente defasagem entre a decisão constitutiva com trânsito em julgado em processo de conhecimento e a premência das deliberações exigida pela dinâmica do processo societário constitui fenômeno que, por si, não pode ser invocado para criticar o remédio previsto no § 3º do art. 118. Essa disfunção advém do lento andamento dos serviços judiciais, e não propriamente do rito ordinário da demanda.”⁵

Na esteira dos professores paulistas, encontrei semelhantes evidências, investigando o mesmo problema anos depois, e acabei por concluir que:

“Diante de todas essas considerações, o que se constata é a existência de um hiato entre o objetivo pretendido pelo legislador de 1976 e a realidade processual do direito brasileiro. A dificuldade não advém do rito ordinário do processo de conhecimento, mas sim da morosidade da máquina judiciária. Dessa forma, enquanto não houver solução legislativa específica para a questão, o acordo de voto só terá real eficácia enquanto seus signatários estiverem em harmonia. E, assim sendo, ele está mais para *acordo de cavalheiros* do que para negócio jurídico.”⁶

O fato é que, seja pela própria estrutura do nosso sistema processual, seja pela morosidade que muitas de suas normas impõem à prestação jurisdicional, o conjunto instrumental de procedimentos até então vigente revelava-se insatisfatório à eficiente tutela da execução específica dos acordos de acionistas, preconizada no próprio direito substantivo.

As reformas introduzidas no Código de Processo Civil pelas leis publicadas em 13/12/94 modificaram em substância o mecanismo existente para o instituto processual aqui discutido, qual seja, a execução específica.

4 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Execução específica do acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil*, v. 41, p. 68, 1981.

5 CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. *Acordo de acionistas*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, p. 269, 1984.

6 BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. 1. ed., Belo Horizonte: Del Rey, p. 180, 1993.

Cabe então investigar se as mudanças efetivadas realmente atenderam ao reclame da doutrina no que se refere aos acordos de acionistas de sociedades anônimas. É a que se propõe o presente estudo.

2 TEORIA DAS OBRIGAÇÕES E EXECUÇÃO ESPECÍFICA

Primeiro ponto de vital importância ao tema sob exame é a própria compreensão do que seja execução específica e do campo de sua aplicabilidade no direito obrigacional.

Juridicamente falando, pode-se cogitar de pelos menos três significados para a palavra execução.⁷ O primeiro deles é o cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor, o que constitui o antônimo de inexecução dessa obrigação. O segundo significado refere-se à chamada execução coativa, que é o conjunto de atos praticados pelo credor para obter o cumprimento da obrigação por via jurisdicional. E o terceiro sentido é o do processo de execução, que se opõe ao de conhecimento porque, enquanto neste o que se busca é a obtenção da norma jurídica concreta aplicável a determinada situação, naquele o que se pretende é a atuação prática dessa norma concreta, com a realização de atos materiais pelo Juiz, para a efetivação do direito tutelado. Como o processo de execução pressupõe o inadimplemento voluntário no cumprimento da obrigação, ele é chamado de processo de execução forçada.

Assim, processo de execução forçada é aquele em que a prestação jurisdicional postulada consiste na prática de atos materiais destinados à efetivação judicial de um direito certo quanto à existência e determinado quanto ao objeto, constante de título executivo judicial ou extrajudicial.

Existem duas grandes espécies de execução forçada: a por reparação e a específica. Na execução por reparação, o direito do credor é restaurado através da recomposição patrimonial. Opera-se uma substituição da prestação devida por outra equivalente, em dinheiro. Já a execução específica se dá quando a satisfação do direito do autor efetiva-se pelo cumprimento preciso e *in natura* da prestação que lhe era devida pelo réu.

Nesse passo, a execução da obrigação de pagar quantia certa seria a única sempre e verdadeiramente específica, pois visa ao pagamento em dinheiro ao credor, ainda que com a alienação compulsória dos bens do devedor. Todavia, tal conclusão é por muitos questionada, de vez que a execução para pagamento de quantia certa tem caráter genérico, sendo possível em todas as

7 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Parecer - Condenação a fazer - Limites da coisa julgada e da execução. *Revista dos Tribunais*, v. 711, p. 79, 1995.

modalidades de obrigação as quais, se não cumpridas em espécie, podem nela se converter, para resolverem-se em perdas e danos.

Excluída essa hipótese, a execução específica verificar-se-á nas obrigações de dar, fazer e não fazer, as quais compreendem a obrigação de entregar coisa certa, a de realizar determinada prestação e a de abster-se de um ato.

A obrigação de entregar coisa certa é passível de execução específica sempre que o bem está na posse do devedor. Sendo a coisa encontrada, ela é apreendida e entregue ao credor. Se a coisa não é encontrada com o devedor, a execução *in natura* torna-se inviável, procedendo-se então à execução pela obrigação subsidiária, que terá por objeto o valor da coisa e as perdas e danos. É uma solvência anormal pela conversão da obrigação de dar na de pagar quantia certa.⁸

Já no caso das obrigações de fazer, a situação é diversa. Essas obrigações, que podem ser positivas ou negativas, assim entendidas as de fazer e as de não fazer, respectivamente, não comportam, em princípio, uma atividade jurisdicional tendente ao constrangimento do réu para seu cumprimento específico. Isso, tendo-se em vista o secular princípio do *nemo ad factum praecise cogi potest*, segundo o qual não se pode utilizar a força física para obrigar o réu ao cumprimento específico da obrigação que se recusa a adimplir. Assim, a solução tradicional para seu inadimplemento seria a conversão em perdas e danos.

Todavia, a evolução dos direitos obrigacional e processual demonstrou que essas obrigações podem ser executadas especificamente.

Nas obrigações de não fazer, é viável a execução *in natura* quando se tratar de ato material concreto que possa ser desfeito, ou de ato coibível pela cominação de multa ou outra medida judicial preventiva.

As obrigações de fazer positivas, a seu turno, podem ser separadas em fungíveis e infungíveis. As primeiras são aquelas que admitem o cumprimento por terceiro, às expensas do devedor, quando este é inadimplente, o que significa execução específica. Já as segundas, que se subdividem em naturalmente infungíveis e juridicamente infungíveis, podem, na forma que se verá, comportar a efetivação judicial em espécie, mas por outros meios.

A diferença entre as obrigações naturalmente e juridicamente infungíveis é bastante nítida.

Nas primeiras, o devedor tem que cumprir pessoalmente a prestação, que é personalíssima, constituindo ato só por ele realizável, não passível de qualquer substituição por terceiros ou suprimento judicial. A infungibilidade é natural, essencial, e a recusa do devedor ao cumprimento da prestação acarreta

8 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, p. 225, 1980.

como soluções a imposição de penalidade (*astreintes*) para coagi-lo a tal cumprimento, ou o pagamento de perdas e danos.

Já nas obrigações juridicamente infungíveis, embora o ato, em princípio, só pudesse ser efetivado pelo obrigado, o ordenamento jurídico prevê mecanismo próprio para suprir eventual omissão do devedor. É o que ocorre com as obrigações de emitir declaração de vontade, nas quais, recusando-se o obrigado a seu cumprimento voluntário, pode-se obter decisão judicial (sentença), que supra integralmente o ato volitivo não manifestado, substituindo-o para todos os efeitos. Daí porque a infungibilidade não é natural ou essencial, mas apenas jurídica, na medida em que admite suprimento por sentença.

Ada Pellegrini Grinover, ainda à luz do direito anterior à reforma do CPC, assinalou ser

“preciso destacar a distinção entre infungibilidade jurídica e infungibilidade natural. Só esta, correspondendo a obrigações personalíssimas, pode constituir óbice à execução específica, se o devedor recalcitrante permanece inadimplente. Mas a infungibilidade meramente jurídica não limita a atividade jurisdicional, se outras medidas de sub-rogação, independentes da colaboração do obrigado, podem levar ao mesmo resultado prático.”⁹

Em se cuidando das obrigações de fazer naturalmente infungíveis, como no caso do artista que se compromete a fazer um *show*, a execução específica seria, a princípio, inviável em face da recusa do devedor, pois não se admite a coação *manu militari* para o cumprimento compulsório. Concede-se, todavia, a imposição das *astreintes*, para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Fora disso, a solução é em perdas e danos.

Mas, nas obrigações de fazer juridicamente infungíveis, consistentes em atos como as manifestações de vontade, passíveis de suprimento judicial, a execução específica mostra-se perfeitamente possível. A recusa do devedor ao cumprimento da obrigação é substituída por sentença que equivale à declaração de vontade não manifestada. Daí porque, como já dito, a infungibilidade dessas obrigações é considerada jurídica e não natural.

A tal propósito, bem acentua *Kazuo Watanabe* que

“a infungibilidade, porém é apenas aparente, como já ficou anotado, e, no momento em que o legislador teve a percepção da diferença básica

9 GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 79, p. 67, 1995.

entre o ato do devedor e o resultado prático-jurídico a ele correspondente, conseguiu conceber provimentos jurisdicionais propiciadores da tutela específica, como a ação de adjudicação compulsória e os provimentos previstos nos arts. 639 e 641 do Código de Processo Civil, em que a própria sentença do Juiz produz os mesmos efeitos do ato do devedor.”¹⁰

Assim, cumpre notar, como registra *Barbosa Moreira*, que a já mencionada *execução coativa*, que é um dos significados jurídicos do termo execução, consistente na prática de um ato ou conjunto de atos pelo credor para obter o cumprimento jurisdicional da obrigação do devedor, nem sempre necessita valer-se do “processo de execução” para atingir seu objetivo. Assinala o processualista que

“caso típico é aquele em que o credor de obrigação de emitir declaração de vontade pleiteia ao Juiz a prolação de sentença capaz de produzir os mesmos efeitos da declaração não emitida.”¹¹

Dessa breve exposição, infere-se que o campo de aplicação da chamada execução específica está nas obrigações de dar coisa certa, de não fazer, e de fazer, estas últimas quando juridicamente infungíveis, que são aquelas relativas a emitir declaração de vontade. Tais obrigações, portanto, quando objeto de acordo de acionistas, serão passíveis de execução específica.¹²

3 TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER JURIDICAMENTE INFUNGÍVEIS NA REFORMA DO CPC

Em nosso sistema positivo, os arts. 639 a 641 do CPC disciplinam o suprimento judicial do ato volitivo não manifestado voluntariamente nas obrigações de contratar (art. 639) e emitir declaração de vontade (art. 641). Tais preceitos foram introduzidos no direito brasileiro com o CPC de 1939 (art. 1.006), pondo fim à impossibilidade de execução compulsória das obrigações de declarar vontade.

A origem imediata do texto do art. 639 do CPC de 1973, segundo observa e demonstra o sempre metucioso *Fábio Konder Comparato*, está no art. 2.932

10 WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *Ajuris - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 66, p. 181, 1996.

11 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Parecer*, p. 80.

12 BARBI FILHO, Celso. *Op. cit.*, p. 156 e 159.

do Código Civil italiano de 1942, e não no § 894 da Ordenação Processual Alemã de 1950 (ZPO)¹³, como afirmam os comentadores do Código.¹⁴

A atual reforma introduzida no Código de Processo Civil brasileiro procurou ampliar os mecanismos para efetivação judicial das obrigações de fazer e não fazer *em geral*, criando instrumentos tendentes a tornar, ou pelo menos tentar tornar, viável seu cumprimento coercitivo, *in natura*.

Entre esses novos mecanismos, previstos no texto do art. 461, está a possibilidade de imposição de multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito (§ 4º); e também a determinação de medidas necessárias à efetivação da tutela específica, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial (§ 5º).

Entretanto, a doutrina especializada, nos estudos editados a respeito, não cogita da aplicação desses mecanismos coercitivos do art. 461 à execução específica das obrigações de fazer juridicamente infungíveis, que são aquelas que admitem suprimento judicial da vontade, caso das de contratar e prestar declaração de vontade (arts. 639 e 641, do CPC). O que se evidencia das manifestações doutrinárias é a utilização dos novos instrumentos executivos apenas nas obrigações de fazer fungíveis e naturalmente infungíveis.

Ada Pellegrini Grinover, ao analisar o novo regime de tutela específica das obrigações de fazer, previsto no art. 461 do CPC, é enfática em afirmar que

“o art. 461 aplica-se a todas as obrigações de fazer e não fazer, fungíveis ou infungíveis, com a observação de que a tutela específica das obrigações de prestar declaração de vontade continua subsumida ao regime próprio dos arts. 639/641, CPC, que não sofreram alteração.”¹⁵

Posicionando-se aparentemente em outro sentido, *Ernane Fidélis dos Santos* dá a entender que o novo art. 461 do CPC aplica-se também às obrigações de fazer juridicamente infungíveis (contratar e emitir declaração de vontade), sem prejuízo das disposições dos arts. 639 e 641. Com efeito, assinala o processualista mineiro que

“nas obrigações de contratar ou de prestar declaração, quando possível a substituição por sentença (arts. 639/640), alargou-se sensivelmente o

13 COMPARATO, Fábio Konder. Nota sobre a execução específica da obrigação de contratar. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, v. 97, p. 104, 1995.

14 LIMA, Alcides Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. VI, p. 675, 1991.

15 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 70.

campo de atuação do Juiz, que está autorizado não apenas a determinar que se cumpra, como também a usar de meios que facilitem o cumprimento do preceito.”¹⁶

A meu ver, os mecanismos executivos introduzidos no art. 461 para viabilizar ou assegurar a obtenção compulsória das obrigações de fazer não se aplicam à tutela específica das obrigações ditas juridicamente infungíveis, que são as de contratar e prestar declaração de vontade, cuja disciplina é aquela dos arts. 639 e 641, não modificada na reforma do CPC.

Primeiramente, porque o sistema da execução específica das obrigações de contratar e prestar declaração de vontade não é o da *coaço* à prática do ato volitivo, mas sim de sua *substituição* pelo provimento jurisdicional. Admitir-se a indução do devedor a emitir a manifestação de vontade pelos instrumentos coercitivos do art. 461 seria negar toda a construção que viabilizou o suprimento judicial daquela manifestação.

De fato, a idéia sempre foi de que, em razão do clássico princípio *nemo ad factum praecise cogi potest*, não se admitia a obtenção compulsória do ato de vontade em juízo, por ser ele personalíssimo. Todavia, como bem registra *Humberto Theodoro Júnior*, a legislação evoluiu no sentido de reconhecer que a

“infungibilidade das prestações de declaração de vontade era apenas uma criação jurídica, e não uma imposição da essência da coisa. Assim, da mesma maneira como nas execuções de dívida de dinheiro o órgão prescinde da vontade do devedor para alienar seus bens e pagar a seus credores, em caráter compulsório, também é lógico que pode suprir a vontade do promitente e realizar, em seu lugar, o contrato definitivo a que validamente se obrigou.”¹⁷

Além disso, existindo a previsão legal do suprimento por sentença da vontade não manifestada, faleceria ao credor da obrigação até interesse processual em se valer dos mecanismos executivos previstos no art. 461, do CPC, para obter compulsoriamente a declaração volitiva.

Ainda na vigência da legislação anterior à reforma, *Flávio Luiz Yarshell* analisou a possibilidade de o credor da obrigação de emissão de vontade postular a imposição das chamadas *astreintes* ao devedor, para que este emita

16 SANTOS, Ernane, Fidélis dos. *Novos perfis do processo civil brasileiro*. 1. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 76.

17 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execução*. 2. ed., Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 92, g.n.

a declaração volitiva. E, após meticulosa análise, concluiu negativamente, ponderando que

“à medida que o ordenamento estabelece a possibilidade de atingir o demandante o resultado prático que decorreria do adimplemento voluntário da prestação (que é precisamente o que estabelece a regra contida no art. 641 do CPC), não haveria qualquer utilidade em provimento que se limitasse a impor ao demandado o dever de efetuar a prestação.”

E especificamente sobre a cominação das *astreintes* arremata:

“Está claro no texto pátrio (art. 287 referido) que as hipóteses de cominação de pena pecuniária estão restritas às hipóteses em que invoca o demandante tutela jurisdicional de caráter condenatório. E, como se teve oportunidade de expor, na invocação da tutela específica sob exame não se reclama propriamente a condenação do réu a emitir declaração de vontade, mas a prolação de sentença que produza eficácia jurídica idêntica à que resultaria do adimplemento voluntário da obrigação.”¹⁸

Portanto, o que se aplica do art. 461 a todas as disposições a ele correlatas no CPC, inclusive as dos arts. 639 e 641, é o preceito geral de que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer o Juiz concederá a tutela específica”. E essa tutela específica, no caso das obrigações de contratar e emitir declaração de vontade, resume-se na prolação de sentença que supra a manifestação volitiva, descabendo falar-se na utilização dos mecanismos executivos presentes no art. 461 para compelir o devedor a tal manifestação.

Admissível, porém, em se tratando das obrigações de emitir vontade, a aplicação dos preceitos coercitivos do art. 461 apenas para a obtenção de *providências acessórias* que se destinem a assegurar o resultado do provimento principal postulado. Assim, como exemplifica o já citado *Ernane Fidélis dos Santos*, na efetivação da norma do art. 639 do CPC, o Juiz passou a poder

“usar de meios que facilitem o cumprimento do preceito, como pesquisas cartoriais, perícia para exata localização do imóvel, confrontação de

18 YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional nas obrigações de declaração de vontade*. 1. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 75/77. No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Parecer*, p. 80.

títulos etc., etc., etc. Para a facilitação da tutela específica ou realização de resultado prático correspondente ao adimplemento, as medidas constritivas são meramente exemplificativas, podendo outras ser empregadas, quando necessárias e adequadas.”¹⁹

Mas o âmago da prestação, ou seja, a manifestação volitiva não emitida voluntariamente, só poderá ser obtida mediante suprimento judicial por sentença, na forma já preconizada na lei.

Evidencia-se, pois, que o sistema legal vigente na tutela específica das obrigações de contratar e emitir declaração de vontade é o do *suprimento judicial* e não da *obtenção forçada* do ato volitivo, pelo que os meios executivos introduzidos com a Lei n. 8.952/94 no art. 461 do CPC mostram-se inaplicáveis à tutela do conteúdo principal de tais obrigações.

Esse aspecto é extremamente significativo para o tema presente, em se considerando que, como se verá adiante, o grande interesse da execução específica dos acordos de acionistas reside justamente nas prestações juridicamente infungíveis relativas à promessa de contratar a compra e venda de ações ou preferência para adquiri-las, e de emitir declaração de vontade, através do voto nas assembleias gerais.

4 NATUREZA COGNITIVA DA AÇÃO PARA EXECUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DE CONTRATAR E DECLARAR VONTADE – CARÁTER CONSTITUTIVO DE SUA SENTENÇA

Constitui ponto já pacífico na doutrina que o objeto do acordo de acionistas não se limita às hipóteses enunciadas no *caput* do art. 118, da Lei das S/A, quais sejam, compra e venda de ações, preferência para adquiri-las e exercício do direito de voto²⁰. Entende-se que, no que tange ao objeto do acordo, há uma tipicidade legal que, se respeitada, gera a obrigatoriedade de sua observância por parte da companhia, nos estritos termos enunciados no citado art. 118. Entretanto, isso não exclui a legitimidade de acordos com outros objetos, os quais apenas serão inoponíveis à sociedade.²¹

19 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Op. cit.*, p. 76.

20 COMPARATO, Fábio Konder. Acordo de acionistas e interpretação do art. 118, da Lei das S/A. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 527, 1979, p. 34; MOREIRA, Raul Justino Ribeiro. Acordo de acionistas. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 31, 1988, p. 90.

21 BULGARELLI, Waldírio. A regulamentação jurídica do acordo de acionistas no Brasil. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 40, 1980, p. 89; CARVALHOSA, Modesto. *Op. cit.*, p. 74.

Não obstante a possibilidade da existência de acordos com outros objetos que não os enunciados no texto da lei societária, é inegável que o maior interesse prático e usual volta-se sobre aqueles acordos que tenham objetos típicos, ou seja, a compra e venda de ações, a preferência para adquiri-las e o exercício do direito de voto. Tais ajustes implicam, em última análise, a pactuação de obrigações de contratar e de prestar declaração de vontade.²²

Assim sendo, a execução específica dos acordos de acionistas com essas obrigações é a que mais interesse desperta no estudo do tema. Sua sede legal, como já visto, está nos arts. 639 e 641 do Código de Processo Civil brasileiro. O art. 639 obriga quem se comprometeu a concluir contrato a cumprir tal promessa, sob pena de que a outra parte possa obter sentença que produza o mesmo efeito do contrato não firmado. Já o art. 641 preceitua que a sentença que condena o devedor da obrigação a emitir declaração de vontade, quando transitada em julgado, produz todos os efeitos da declaração não emitida.

Ambos os dispositivos tutelam o direito do credor da obrigação de emitir declaração de vontade, pois prevêm o pleito de uma sentença capaz de produzir os mesmos efeitos da declaração não emitida. O art. 641 contém a previsão em termos genéricos e o art. 639 cuida especificamente da obrigação de celebrar contrato.²³

Embora esses dispositivos estejam inseridos na parte do CPC que disciplina o processo de execução, e cuidem da execução específica das obrigações de fazer, as ordens deles emanadas, como já visto, pressupõem a existência de uma *sentença* para sua efetivação. Isso porque a execução forçada aqui não se opera por meio da prática de atos materiais pelo Juiz, mas sim através da prolação de decisão judicial que supre a manifestação de vontade recusada pelo devedor. Trata-se, pois, de típicas obrigações de fazer, cuja infungibilidade é apenas jurídica, e não natural, porquanto comportam suprimimento judicial por sentença.

Sabendo-se que o processo executivo não se destina à prolação de sentença de mérito, mas sim à prática de atos materiais para a concretização de um direito já definido em título preexistente, é inevitável inferir-se que a execução específica das obrigações de contratar e emitir declaração de vontade não se opera por via de processo de execução propriamente dito, mas sim de processo cognitivo.

22 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Op. cit.*, p. 45.

23 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Parecer*, p. 80.

Com efeito, ao contrário do que se dá no processo de execução, no de conhecimento, o Juiz desenvolve uma atividade de investigação e pesquisa para proferir decisão de mérito que aplica o direito ao fato, tornando a norma concreta. É precisamente o que se verifica em relação às obrigações de contratar e declarar vontade não cumpridas. Após investigar e pesquisar o inadimplemento, o Juiz profere sentença que supre a vontade não manifestada. Assim, a ação de execução específica dessas obrigações é a ação de conhecimento.²⁴

Os processualistas são bastante rigorosos quanto a tal aspecto, sendo que *Barbosa Moreira*, em estudo específico sobre o tema, critica o manifesto deslocamento desses dispositivos dentro da estrutura do Código, bem como a impossibilidade de se falar em “execução” quando deles se cuida, a não ser no que tange a parcelas acessórias. Preleciona ele:

“Tais dispositivos estão manifestamente deslocados no Livro II: dizem respeito à atividade cognitiva do órgão judicial, e de maneira particular à eficácia da sentença que acolha o pedido. Uma vez transitada em julgado, ela ‘substitui’, como se costuma dizer, a declaração de vontade do devedor, pondo *ipso facto* o credor em situação jurídica igual à que resultaria do cumprimento voluntário da obrigação. Nada mais se torna necessário fazer, seja por obra do devedor, seja por qualquer outro modo. Daí a absoluta desnecessidade (e, portanto, a absoluta impossibilidade) de instaurar-se processo de execução, a não ser, é claro, relativamente às condenações acessórias (custas e honorários de advogado). A colocação dos textos e o peso da tradição concorrem para que se continue a estudar o assunto no contexto do processo de execução, ao qual ele não é, a rigor, pertinente.”²⁵

Por isso é correto afirmar-se, como o fazia *Celso Agrícola Barbi*, que, em matéria de obrigações de contratar e emitir declaração de vontade em geral, não se tem ação de execução específica, mas sim ação para execução específica dessas obrigações.

24 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 18. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 244; SANCHES, Sidney. *Execução específica*. 1. ed., São Paulo, 1978, p. 46; YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. cit.*, p. 35; NIESS, Pedro Henrique Távora. *Da sentença substitutiva da declaração de vontade*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1977, p. 73.

25 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Parecer...* p. 80. *Fábio Comparato* noticia que, também no Direito italiano, é quase unânime o entendimento quanto à má colocação das normas sobre execução específica das obrigações de emitir vontade na parte no Código Civil italiano dedicada à execução (*Nota sobre a execução específica da obrigação de contratar...* p. 105).

Outro aspecto relevante refere-se à natureza da sentença proferida nessa ação de conhecimento que visa à execução específica das obrigações de contratar e emitir declaração de vontade. Uma parte mais tradicional da doutrina considera dita natureza como sendo constitutiva²⁶, enquanto outra corrente a entende como condenatória com força executiva, ou executiva *lato sensu*.²⁷

O professor paranaense *Carlyle Popp*, em monografia específica sobre o tema, pondera, na defesa dessa segunda corrente, que a sentença é de natureza executiva porque prescinde de uma fase executória que se siga à cognitiva, uma vez que: “condena-se e executa-se na mesma relação processual”.²⁸

Ada Pellegrini Grinover, a seu turno, assinala que a sentença a que alude o art. 639, do CPC, produz, por si só, os efeitos que o contrato definitivo haveria de produzir, substituindo-o e excluindo a necessidade de lavratura desse contrato. Assim sendo, o art. 639, do CPC, enseja a propositura de ação que visa a uma sentença condenatória, com força executiva.²⁹

Não obstante esses respeitáveis argumentos e o peso de quem os apresenta, tendo a filiar-me à corrente tradicional e majoritária, que considera de natureza constitutiva a sentença que substitui a vontade não manifestada nas ações previstas nos arts. 639 e 641 do CPC. Isso porque, a despeito da conseqüência puramente adjetiva de dispensar a fase executória do processo, a sentença que supre o ato de vontade tem o efeito substantivo de criar um estado jurídico novo para as partes, decorrente do ato volitivo que supriu.

Tais constatações são de relevante sentido prático para o tema sob exame, em face da recente reforma do CPC. Primeiramente, porque os arts. 639 e 641 não sofreram qualquer modificação em seu texto, evidenciando que o sistema de sua efetivação processual continua o mesmo. E, em segundo lugar, porque, conforme se verá, alguns dos mecanismos executivos introduzidos na lei adjetiva pressupõem a existência de título executivo, judicial ou extrajudicial, que já encerre a obrigação líquida de fazer, cuja execução se reclama em juízo.

26 MENDONÇA LIMA, Alcides. *Op. cit.*, p. 682. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, v. 3, 1980, p. 388; YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. cit.*, p. 52; COMPARATO, Fábio Konder. *Nota sobre a execução específica da obrigação de contratar...* p. 105, informando ser esse o entendimento majoritário na doutrina italiana.

27 PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, 357/8 e 358/65.

28 POPP, Carlyle. *Execução de obrigação de fazer*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 1995, p. 238, apoiado em SILVA, Ovídio Baptista. *Curso de processo civil*. 1. ed., Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1990, v. II, p. 98.

29 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 406, apoiando-se nas opiniões de José Carlos Barbosa Moreira, Sidney Sanches, Humberto Theodoro Júnior e Enrico Tullio Liebman.

5 O ACORDO DE ACIONISTAS COMO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Dentre as diversas inovações operadas no CPC, uma primeira que merece ser abordada para o tema em questão é a que modificou a definição do título executivo extrajudicial previsto no art. 585, II, do Código.

Na vigência da redação anterior, o documento particular subscrito pelas partes e duas testemunhas – configuração típica do acordo de acionistas – só constituiria título executivo extrajudicial se tivesse por objeto a chamada confissão de dívida. Com efeito, o art. 585, II, do CPC, era expresso ao estabelecer como título executivo extrajudicial apenas “o documento particular assinado pelo devedor e subscrito por duas testemunhas, do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada ou de entregar coisa fungível”. Portanto, somente o contrato que contivesse obrigação de pagar quantia certa ou de dar coisa fungível poderia constituir título executivo extrajudicial.

No caso particular do acordo de acionistas, havia quem o considerasse como título executivo extrajudicial, argumentando que o § 3º, do art. 118, da Lei n. 6.404/76, confere-lhe expressamente execução específica, e o inciso VII, do citado art. 585, do CPC, considera títulos executivos extrajudiciais “todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.”³⁰

Pessoalmente, sempre discordei dessa opinião, pois, tendo geralmente os acordos de acionistas objetos relacionados a obrigações de fazer juridicamente infungíveis, e possuindo natureza contratual, não podiam embasar diretamente o processo de execução, devendo submeter-se ao prévio procedimento cognitivo de interpretação do ajuste, com definição e suprimento da vontade não manifestada, nos termos dos próprios arts. 639 e 641, do CPC. Assim, a meu ver, os acordos de acionistas não constituíam títulos executivos extrajudiciais.³¹

Nesse mesmo sentido era a opinião de *Wilson de Souza Campos Batalha*, para quem

“o acordo de acionistas não se caracteriza como título executivo extrajudicial, razão por que indispensável se torna o processo de conhecimento.”³²

30 PAPINI, Roberto. *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliários*. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 173 e 174, apoiando-se em MARCELINO, George Washington T. *Sociedade por ações*: Estudo n. 21, São Paulo: Resenha Universitária, 1982, p. 1.456.

31 BARBI FILHO, Celso. *Op. cit.*, p. 162.

32 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito processual societário*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 290.

A reforma introduzida na redação do art. 585, II, do CPC, teve por escopo expandir o possível objeto dos ajustes formalizados em documento escrito que possam constituir títulos executivos extrajudiciais. Essa ampliação pretendeu precisamente incluir as obrigações de fazer e não fazer. Desapareceu do texto a restrição ao documento particular “do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada, ou de entregar coisa fungível”. O novo dispositivo não mais define qual deva ser a obrigação pactuada no documento.

O Prof. *Cândido Rangel Dinamarco* ressalta bem esse aspecto, observando que

“o que há de mais importante nessa nova redação, em confronto com a antiga, é que ficou suprimida a cláusula ‘do qual conste a obrigação de pagar quantia determinada ou de entregar coisa fungível’ [...]. Isso quer dizer que qualquer obrigação, de qualquer natureza, atestada em qualquer daqueles documentos arrolados no inciso II, sendo certa e sendo líquida, será suscetível de ser exigida pela via executiva.”

E acrescenta que a própria Justificativa do Projeto em que se converteu a Lei n. 8.953/95 deixou expresso que

“os documentos alusivos a dar coisa certa, ou de fazer e não fazer, também são conceituados como título executivo extrajudicial, sempre no pressuposto da liquidez, certeza e exigibilidade da prestação de pagar, dar ou fazer.”³³

Em face disso, poder-se-ia inferir, à primeira vista, que os acordos de acionistas efetivamente passaram a caracterizar-se como títulos executivos extrajudiciais, podendo embasar o processo de execução forçada de quaisquer obrigações neles pactuadas.

Contudo, tal conclusão não me parece correta, em face de dois aspectos que precisam ser considerados. Primeiramente, a disposição literal, ainda vigente, dos arts. 639 e 641, que disciplinam a execução específica das obrigações de contratar e emitir declaração de vontade, realizável por sentença. E, em segundo lugar, o requisito da liquidez do título, evidenciado como indispensável na própria Justificativa do Projeto da Lei, e que não é inerente aos acordos de acionistas. Vejamos cada um deles.

No que se refere ao conteúdo dos vigentes arts. 639 e 641 do CPC, nota-se, como já visto, que o provimento judicial em ambos exigido para suprimen-

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 228 e 229.

to da vontade não manifestada é uma sentença. De fato, o art. 639 estabelece textualmente que a parte “poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”. E o art. 641 vai mais além exigindo o trânsito em julgado da decisão para sua eficácia: “Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.”

Dentro de sua concepção básica o processo de execução “parte justamente da certeza do direito do credor, atestado pelo chamado ‘título executivo’. Não há decisão de mérito em ação de execução. A atividade do Juiz é prevalentemente prática e material, visando a produzir na situação de fato as modificações necessárias para pô-la de acordo com a norma jurídica reconhecida e proclamada no título executivo.”³⁴

Como já se ressaltou, na forma dos citados arts. 639 e 641, do CPC, a execução específica do acordo de acionistas que tem por objeto obrigação de contratar (compra e venda de ações ou preferência para adquiri-las) ou de emitir declaração de vontade (votar em assembléia) visa à obtenção de sentença que supra a vontade não manifestada. Assim sendo, não é admissível que esse tipo de ajuste possa configurar título executivo extrajudicial, mesmo em face da nova redação do art. 585, II, do CPC, que permite títulos executivos extrajudiciais com obrigações de fazer e não fazer.

Com efeito, considerando que a redação dos arts. 639 e 641 não foi modificada pela reforma do Código de Processo Civil, aceitar-se como título executivo extrajudicial acordo de acionistas com obrigações de contratar e emitir declaração de vontade seria conceber-se processo de execução de caráter cognitivo, cujo objeto fosse a prolação de sentença.³⁵

Por outro lado, como referido há pouco, um segundo óbice apresenta-se à classificação do acordo de acionistas como título executivo extrajudicial, qual seja o requisito da liquidez do título.

De acordo com o art. 1.533, do Código Civil brasileiro, “considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto.” Conforme já mencionado, a própria Justificativa do Projeto de Lei que ensejou a reforma do art. 585, II, do Código de Processo Civil, deixou expressa

34 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 7. ed., São Paulo: Leud, 1993, p. 11, com apoio em AMARAL SANTOS, Moacyr. *Direito processual civil*. 4. ed., São Paulo, v. III, p. 221, e LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 3. ed., p. 37.

35 Sobre a inviabilidade conceitual desse procedimento, tendo em vista o art. 639 do CPC, noticia-se da jurisprudência: “Sem que haja sentença anterior não poderá haver execução com base no art. 639. Não havendo sentença, deve o réu ser citado para contestar a ação em processo de conhecimento e não em processo de execução” (RTJESP 101/74, RF 322/274, NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 26. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 486).

a necessidade do pressuposto de liquidez para que os documentos relativos a obrigações de fazer e não fazer constituam títulos executivos extrajudiciais.

Analisando a reforma do texto legal, a doutrina insiste na presença desse requisito da liquidez da obrigação, inclusive de fazer e não fazer, para que o documento em que esteja encerrada seja considerado título executivo extrajudicial. O já citado Prof. *Cândido Rangel Dinamarco* explicita que

“o requisito da liquidez não foi dispensado, nem poderia (art. 586, art. 618, inciso I): ele deve estar presente em todas as obrigações a serem satisfeitas em via executiva [...]. Em outras palavras, a liquidez deve estar presente quando da celebração do negócio e constituição do documento que o instrumentalizará.”³⁶

Ora, as obrigações relativas à compra e venda de ações, preferência para adquiri-las e exercício do direito de voto delas decorrente, inseridas em acordo de acionistas, não poderão ser qualificadas como líquidas. Isso porque a certeza da sua existência e a determinação de seu objeto estarão sempre dependentes da interpretação de cláusulas, verificação de fatos, além da própria aferição do cumprimento das prestações recíprocas e sinalagmáticas, emergentes do negócio bilateral ou plurilateral em que se consubstancia o acordo de acionistas, do qual emanam obrigações para todas as partes.

Mesmo o acordo de acionistas unilateral quanto a seus efeitos, ou seja, aquele do qual decorrem obrigações para apenas uma das partes, estará sempre condicionado à prévia comprovação de fatos e à interpretação de cláusulas, procedimento absolutamente incompatível com a existência da condição legal de liquidez (certeza quanto à existência da obrigação e determinação de seu objeto).

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o contrato dependente da verificação de fatos e interpretação de cláusulas não constitui título extrajudicial, desafiando processo de conhecimento. Em acórdão da lavra do Ministro *Athos Gusmão Carneiro*, entendeu aquela Corte que

“os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade devem estar ínsitos no título. A apuração de fatos, a atribuição de responsabilidade, a exegese de cláusulas contratuais tornam necessário o processo de conhecimento e descaracterizam o documento como título executivo”.³⁷

36 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 229.

37 REsp. 1.080-RJ, DJU 27/11/89. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O STJ e o processo civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 395. Em idêntico sentido, mais recentemente, o REsp. 71.331-SP, Rel. Min. Waldemar Zewer, DJU de 13/5/96.

Em outro acórdão mais recente, relatado pelo Ministro *Costa Leite*, tal entendimento foi reiterado:

“Se as partes não avençaram de forma incondicionada o pagamento de quantia determinada, repontando obrigações recíprocas, o contrato não se caracteriza como título executivo extrajudicial (art. 585, II, do CPC).”³⁸

A atividade jurisdicional desenvolvida no processo de conhecimento, que o diferencia do de execução, é exatamente investigar, pesquisar e decidir à adequação da conduta à norma legal, para definir uma obrigação concreta, certa quanto à existência e determinada quanto ao objeto. Se o acordo de acionistas, como já visto e revisto, é “executado” judicialmente por via de processo de conhecimento, do qual resulta sentença, não se pode considerá-lo jamais como título líquido, sob pena de se criar uma contradição conceitual insanável.

Vale mencionar ainda em subsídio, particularmente no que se refere ao exercício do direito de voto contratato em acordo de acionistas, aquelas situações em que o sentido unitário do voto dos signatários depende de outro instrumento para sua definição, como uma ata de reunião prévia daqueles, o que inaviabiliza por completo a caracterização da liquidez das obrigações constantes do acordo.

Diante de tudo isso, em face do intransponível preceito dos mencionados arts. 639 e 641 do CPC, que exige sentença para o suprimento de vontade não manifestada, e da comum ausência de liquidez das obrigações emergentes dos contratos sinalagmáticos, ou dos que dependam da aferição de fatos e interpretação de cláusulas, reforço minha conclusão de que o acordo de acionistas que tenha por objeto obrigação de contratar (comprar e vender ações ou ter preferência para adquiri-las) ou emitir declaração de vontade (votar em assembléias) não pode constituir título executivo extrajudicial.

E, assim sendo, mesmo com a nova redação do art. 585, II, do CPC, o acordo de acionistas não configura, a meu ver, título executivo extrajudicial.

6 A TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER RELATIVAS A CONTRATAR E A EMITIR DECLARAÇÃO DE VONTADE NO ACORDO DE ACIONISTAS

Como exposto até aqui, os acordos de acionistas, cujo objeto é comumente a compra e venda de ações, preferência para adquiri-las ou exercí-

³⁸ DJU 1, 15/5/95, p. 13.398. *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1ª quinzena de agosto de 1995, p. 239.

cio do direito de voto, têm sua tutela específica na forma dos arts. 639 e 641 do CPC, não modificadas na recente reforma. Além disso, parece-me que qualquer que seja seu objeto, não constitui título executivo extrajudicial.

Não sendo o acordo de acionistas título executivo extrajudicial, exclui-se de sua execução específica o preceito constante da nova redação do art. 632 do CPC, com os mecanismos executivos a ele inerentes.

Assim, interessa examinar aqui as mudanças trazidas na reforma do CPC para a tutela específica das obrigações de fazer condicionadas a prévia ação de conhecimento para sua definição. Nesse particular, cumpre fazer-se boa análise do art. 461, que trouxe diversas inovações à tutela específica dessas obrigações, mesmo quando dependam de investigação cognitiva. O novo texto do dispositivo estabelece que

“na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

Ada Pellegrini Grinover, analisando os novos mecanismos dessa tutela, destaca que

“o próprio conceito de tutela específica é coincidente com a idéia da efetividade do processo e da utilidade das decisões, pois nela, por definição, a atividade jurisdicional tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento.”³⁹

A norma consagra duas alternativas para o Juiz. Ele concederá a *tutela específica* ou as *providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento*. Assim, cogita-se tanto da tutela específica, que é aquela que busca proporcionar ao credor o mesmo resultado prático que teria caso houvesse o adimplemento normal da obrigação, quanto da tutela inespecífica ou indireta, que procura neutralizar os efeitos do inadimplemento ou compensar financeiramente o credor em razão dele.

A doutrina especializada registra que, de acordo com a redação do dispositivo, a tutela específica poderá ser concedida antecipada e liminarmente (§ 3º) ou na sentença, enquanto que as providências

39 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer...* p. 66.

assecuratórias do resultado prático e equivalente só poderão advir da sentença, se procedente do pedido.⁴⁰

A *tutela específica* é a ordem dirigida ao réu, concedida antecipadamente ou na sentença, para que, em determinado prazo, cumpra a obrigação que lhe incumbe, sob pena de sujeitar-se ao pagamento de multa (§ 4º), e as outras medidas necessárias ao implemento da ordem, tais como busca e apreensão, remoção, requisição de força policial etc. (§ 5º). Já as *providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento* são igualmente medidas de natureza específica, só passíveis de concessão na sentença, se procedente o pedido, e que “somente se aplicam no âmbito das obrigações de fazer fungíveis e das obrigações de não fazer, haja vista que as infungíveis se resolvem invariável e necessariamente em perdas e danos.”⁴¹

Disso infere-se, como já visto, que a norma do art. 461 não se aplica à tutela específica das obrigações de contratar e emitir declaração de vontade, ditas juridicamente infungíveis, que mais diretamente interessam aos acordos de acionistas.

O sistema de execução específica dos acordos de acionistas, que tenham por objeto a compra e venda de ações e o exercício do direito de voto, não se modificou com a nova redação dada aos arts. 585, II, 632, e 461, do CPC. Tais dispositivos só cogitam da tutela específica das obrigações de fazer fungíveis, naturalmente infungíveis e das de não fazer, escapando-lhes às chamadas obrigações juridicamente infungíveis, que são de contratar e emitir declaração de vontade, supríveis apenas por sentença.

Ditas obrigações já tinham seu regime de tutela específica previsto nos arts. 639 e 641, do CPC, cuja redação não se modificou, e necessitam de ação de conhecimento da qual resulte *sentença* que supra o ato de vontade, não se lhes bastando, e nem sendo útil, simples ordens judiciais, coercitivas pela cominação de multa, ou providências materiais assecuratórias do resultado prático almejado.

Todavia, como já assinalado anteriormente, é possível cogitar-se da utilização dos mecanismos de coerção previstos no art. 461, tendentes a obter a tutela específica para se conseguir o cumprimento de obrigações que possam ser consideradas apenas *acessórias* ao pleito principal de suprimento da vontade por sentença. Mas tais obrigações acessórias, como se verá adiante, acabam tendo como destinatária, no caso dos acordos de acionistas a própria companhia.

De outro lado, quando a obrigação for de não fazer, parece-me possível a utilização dos mecanismos do art. 461. Analisando especificamente essa

40 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A reforma do processo civil interpretada*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 33.

41 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Op. cit.*, p. 33.

questão nos acordos de acionistas, à luz do direito anterior, *Humberto Theodoro Júnior* assinalou não haver propriamente

“mora da obrigação negativa, mas, sim, inadimplemento total, cuja eficácia consiste em fazer substituir a obrigação primitiva por uma nova obrigação, agora de fazer, ou seja, de exigir o desfazimento do ato indébito.”⁴²

Após o inadimplemento da obrigação negativa, portanto, a que surge para execução específica é positiva: desfazer o ato. Assim, embora cabível sua anulação por sentença, possível será também a utilização de métodos coercitivos para o seu desfazimento pelo próprio devedor. Arrisco-me a exemplificar uma hipótese de sua aplicação nos acordos sobre o direito de preferência na compra de ações. O dever de não alienar ações em desrespeito ao direito de preferência contratado com outros acionistas constitui inequívoca obrigação de não fazer. Dessa forma, cabível seria a tutela específica tendente compedir o devedor a desconstituir tal ato, se praticado, com imposição de multa para seu impedimento ou desfazimento, na forma do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC.

7 TUTELA ANTECIPADA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER RELATIVAS A CONTRATAR E A EMITIR DECLARAÇÃO DE VONTADE NOS ACORDOS DE ACIONISTAS

Outra significativa inovação trazida pela reforma do Código de Processo Civil foi a introdução em nosso direito da chamada antecipação de tutela.

Parece-me que sua aplicabilidade à execução específica dos acordos de acionistas relativos à compra e venda de ações, preferência para adquiri-las e exercício do direito de voto em assembleias precisa ser vista com prudência, enfrentando-se as graves imposições existentes na própria normatização do CPC. Como bem ressaltou *Sérgio Bermudes*,

“não há razões para receber a novidade, nem com desconfiança, nem com espírito misoneísta, nocivo ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.”⁴³

Antes da edição da lei que disciplinou o novo instituto, destacaram-se os estudos que o Prof. *Luiz Guilherme Marinoni* dedicou ao tema, demonstrando

42 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Execução*,... p. 452.

43 BERMUDES, Sérgio. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 28.

que a antecipação de tutela visa principalmente a neutralizar os efeitos do tempo sobre a efetiva prestação jurisdicional do Estado, antecipando, por via de uma cognição sumária, a tutela que normalmente demoraria a ser obtida no processo judicial.⁴⁴

Opera-se pela antecipação de tutela autêntica inversão do ônus do tempo no processo que, tradicionalmente, sacrifica o autor.

A previsão legal da nova figura veio na redação dada ao art. 273, do CPC, segundo o qual

“o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.”

Aspecto básico a se ressaltar quanto ao instituto da antecipação de tutela é a sua necessária distinção das medidas cautelares. Segundo ressaltam os processualistas,

“a tutela que satisfaz antecipadamente o direito não é cautelar porque nada assegura ou acautela. A tutela cautelar supõe referibilidade a um direito acautelado ou protegido. Quando não há referibilidade é porque há tutela antecipatória. A tutela antecipatória não tem por fim assegurar o resultado útil do processo, já que o único resultado útil que se espera do processo ocorre exatamente no momento em que a tutela antecipatória é prestada.”⁴⁵

Disso infere-se, como o fez *Sérgio Bermudes*, que

“a medida cautelar é concedida para assegurar o efeito prático de outra, enquanto a tutela antecipada constitui a própria providência que se demandou, limitada embora na sua eficácia.”⁴⁶

Interessa examinar aqui a aplicabilidade desse instituto aos acordos de acionistas sobre a compra e venda de ações ou preferência para adquiri-las (obrigação de contratar) e o exercício do direito de voto (obrigação de emitir declaração de vontade).

44 MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. 1. ed., Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 56 e 57.

45 MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 57.

46 BERMUDES, Sérgio. *Op. cit.*, p. 28.

A execução específica dessas obrigações, como já se viu, opera-se pelo suprimento jurisdicional da vontade não manifestada, através de *sentença* que a substitua (arts. 639 e 641, do CPC), sendo que a lei fala ainda em *sentença transitada em julgado* (art. 641).

A tutela antecipada, embora tenha por escopo *adiantar* efetivamente a prestação buscada no pedido de mérito, não tem natureza de sentença. De fato, ela é proferida no curso do processo, possui eficácia limitada, devendo ser necessariamente reversível, revogável e modificável pelo Juiz que a proferiu (§§ 2º e 4º do art. 273). Já a sentença apresenta como atributos exatamente o fato de ser proferida para encerrar o processo (art. 162, § 2º), sendo dotada de ampla eficácia, irreversibilidade, irrevogabilidade e imutabilidade pelo magistrado que a prolatou.

Por tal razão, *Sérgio Bermudes* é categórico ao afirmar que a antecipação de tutela

“é decisão interlocutória, e por isso agravável, o ato que se pronuncia sobre o pedido de tutela antecipada, quando o concede, o nega ou deixa de apreciá-lo”⁴⁷

Na mesma linha, *Kazuo Watanabe* acentua que

“o recurso cabível contra a decisão concessiva ou denegatória da tutela antecipada é o agravo de instrumento, certo é que estamos diante de decisão interlocutória.”⁴⁸

Assim, se o ato jurisdicional capaz de suprir manifestação volitiva omitida, por força da própria lei (arts. 639 e 641), é apenas a *sentença*, não se pode falar em antecipação de tutela nessas hipóteses, pois dita antecipação só será possível quando houver providências jurisdicionais outras, que não apenas a sentença, capazes de efetivar antecipadamente a pretensão de mérito do autor.

É verdade que o Código prevê a antecipação de tutela nas ações que tenham por objeto o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer (art. 461, § 3º). Entretanto, conforme já demonstrado, esse dispositivo aplica-se apenas às obrigações de fazer fungíveis, naturalmente infungíveis e obrigações de não fazer, fugindo a seu âmbito as obrigações juridicamente infungíveis, como são as de contratar e emitir declaração de vontade.

47 BERMUDES, Sérgio. *Op. cit.*, p. 30.

48 WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 177.

Como visto e revisto, na execução específica das obrigações juridicamente infungíveis o que se opera é um suprimento judicial da vontade não manifestada que, na forma dos arts. 639 e 641 do CPC, é substituída por sentença. Assim sendo, o provimento jurisdicional buscado pelo autor nessa ação revela-se essencialmente definitivo e irreversível. O § 2º, do art. 273, do CPC é expresso ao estabelecer que a reversibilidade é da essência da medida concedida em antecipação de tutela. Impossível, então, admitir-se o suprimento judicial de vontade como tutela antecipada.

Na doutrina, as manifestações sobre o cabimento de tutela antecipada na execução específica das obrigações de fazer juridicamente infungíveis evidenciam tal realidade, como se vê das palavras de *Carlyle Popp*, quando afirma que

“ainda que não seja possível a transferência definitiva da coisa mediante a tutela antecipatória, até porque este não é o objetivo direto da demanda (aquisição do domínio), é possível a obtenção de efeitos cautelares visando impedir prejuízos decorrentes do tempo no processo.”⁴⁹

Dessa forma, não se poderia aceitar, por exemplo, o deferimento, como antecipação de tutela, de uma adjudicação compulsória de ações vendidas em violação a acordo de preferência. Mais inconcebível ainda seria um provimento antecipado que substituísse nas assembleias gerais o voto do signatário que se recusa a cumprir convenção de voto.

Analisando situações análogas dentro das sociedades anônimas, à luz do novo instituto processual, *Kazuo Watanabe* demonstra que

“deverá o Juiz, em linha de princípio, limitar-se a antecipar alguns efeitos que correspondam a esses provimentos, e não o próprio provimento. Por exemplo, na ação em que se peça a anulação de uma decisão assemblear de sociedade anônima de aumento de capital, em vez de antecipar desde logo o provimento desconstitutivo, deverá ater-se à antecipação de alguns efeitos do provimento postulado, como o exercício do direito de voto correspondente segundo a situação existente antes do aumento de capital objeto da demanda ou a distribuição de dividendos segundo a participação acionária anterior ao aumento de capital impugnado etc.”⁵⁰

49 POPP, Carlyle. *Op. cit.*, p. 252.

50 WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 175.

Em suma, tratando-se de acordo de acionistas sobre a compra e venda de ações e o exercício do direito de voto, a execução específica das obrigações de contratar e emitir declaração de vontade não poderá ser objeto da antecipação de tutela prevista nos arts. 273 e 461, § 3º, do CPC, pois, à luz dos arts. 639 e 641 do mesmo Código, tal execução só pode operar-se por sentença, cuja natureza é diferente do provimento dado em antecipação de tutela.

Entretanto, da mesma forma que ocorre com os mecanismos da tutela específica, é possível conceber-se o uso da antecipação de tutela para obrigações *accessórias* à de contratar e declarar vontade, presentes em acordo de acionistas. Mas tais obrigações *accessórias*, como se verá, voltam-se na realidade para a companhia.

8 TUTELA CAUTELAR DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER RELATIVAS A CONTRATAR E A EMITIR DECLARAÇÃO DE VONTADE NO ACORDO DE ACIONISTAS

Não se há de confundir, contudo, as hipóteses de tutela antecipada, com as de tutela cautelar. Como já visto, na antecipação de tutela o Juiz defere, no próprio processo principal, providência que antecipa *precariamente* o pleito da ação. Já na tutela cautelar, a providência imediata é obtida em processo *accessório*, destinando-se apenas a assegurar o resultado útil do feito principal.

Assim, nas hipóteses de acordos de acionistas sobre compra e venda de ações e exercício do direito de voto, a verificação de fatos que ameacem a efetividade do direito postulado em Juízo terá que ser evitada por via de procedimento cautelar e não de antecipação de tutela.

Nesse aspecto, importa ressaltar, como já tive a oportunidade de fazer⁵¹, que as medidas cautelares em matéria de execução específica do acordo de acionistas têm repercussões muito especiais, que podem modificar impropriamente vantagem já indevida que o transcorrer do tempo confere a uma das partes no litígio. É essa má distribuição do ônus do tempo no processo é justamente o que se pretendeu evitar na reforma do CPC.

Sabendo-se das particularidades práticas que a dinâmica societária oferece, a concessão de medidas cautelares pode acabar por constituir inadequada antecipação de tutela.

Exemplo interessante a respeito é um julgamento da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo que, dando provimento a agravo de instrumento, concedeu liminar requerida com base em acordo de acionistas para

51 BARBI FILHO, Celso. *Op. cit.*, p. 179.

reempessar administradores de uma companhia em seu cargos. Reintegrados nos cargos por via cautelar, tais administradores conseguiram inviabilizar o prosseguimento de ação de responsabilidade (art. 159, da Lei das S/A), que, em nome da companhia, contra eles era movida. A decisão foi duramente criticada pela doutrina, justamente porque, em sede cautelar, deferiu-se uma tutela mais efetiva do que a da própria execução específica a qual, na forma dos arts. 639 e 641 do CPC, só poderia advir por sentença.⁵²

Isso não significa que não se concebam providências cautelares úteis em acordos de acionistas, que não impliquem tutela antecipada nem consolidação precoce e indevida de situações dentro da companhia, como em algumas hipóteses especiais de suspensão de assembléias, depósito judicial de dividendos cuja distribuição foi ajustada em acordo de voto etc.

Quanto às convenções de voto especificamente, já tive a oportunidade de ver medida cautelar que liberou signatário de acordo de acionistas com prazo indeterminado, unilateralmente denunciado, de ter que obedecer à forma de voto pactuada nesse acordo nas assembléias da companhia ocorridas durante o trâmite da ação declaratória de validade da denúncia.

No que tange em particular aos pactos sobre a compra e venda de ações, chamados acordos de bloqueio, revelam-se ainda outras hipóteses de tutela acautelatória. Analisando a possibilidade de providências cautelares em matéria de execução específica das obrigações de contratar, *Flávio Luiz Yarshell* assinala que

“na generalidade dos casos em que se faz cabente, a tutela específica prestada por sentença que produz os efeitos de declaração de vontade está associada à aquisição do domínio de determinado bem, ainda que eventualmente o seja pela via obrigacional. Tal é o que se passa nas hipóteses de tutela específica prestada nas obrigações resultantes de promessa de compra e venda ou nas de violação a direito de preferência na aquisição de determinado bem [...]. Em todos esses casos, não resta dúvida sobre a existência da litigiosidade sobre determinado bem, litigiosidade essa da qual pode resultar a inutilidade do provimento substitutivo pela perda, alienação ou deterioração da coisa a cujo domínio conduziria a emissão da declaração de vontade (ou o contrato dela resultante).⁵³

52 CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. Conferência: Acordo de acionistas. *Sociedade anônima - I Ciclo de Conferências para Magistrados*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, 1993, p. 238.

53 YARSHELL, Flávio Luiz. *Op. cit.*, p. 88.

Nesse raciocínio, destaca o autor o cabimento da medida cautelar de seqüestro da coisa litigiosa, o que poderia, em tese, aplicar-se ao caso de certificados ou cautelas de ações alienadas em desrespeito a pacto de preferência, com os quais o adquirente pretenda participar de assembléia da companhia.

Viável, por outro lado, a tutela cautelar destinada, por exemplo, a permitir que o signatário, prejudicado com a alienação e que pleiteia sua anulação em Juízo depositando o preço, possa votar nas assembléias em nome das ações reivindicadas, ou até mesmo receber os dividendos delas decorrentes.

A tal propósito, inclusive, cabe lembrar, como outro exemplo de providência cautelar que, nos acordos de preferência para a compra e venda de ações, um requisito indispensável ao cumprimento das condições necessárias à efetivação da tutela específica prevista no art. 639, do CPC, é o prévio pagamento do preço. Com efeito, o art. 640, do mesmo CPC, é enfático ao estabelecer que

“tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível.”

Com isso, para quem postula judicialmente o exercício da preempção na compra de ações alienadas em desrespeito a acordo de acionistas, necessário se faz o prévio depósito do preço em Juízo. Se assim não se proceder, o autor será carecedor da ação, ou terá seu pedido julgado improcedente (conforme a postura doutrinária que se prefira), segundo acertadamente conclui *Ada Pellegrini Grinover* em parecer específico sobre o tema.⁵⁴

Verifica-se aí, portanto, hipótese própria à aplicação de tutela cautelar para a efetivação do depósito judicial do preço. Isso porque tal depósito tem precisamente a finalidade de assegurar um resultado útil ao pleito principal de adjudicação compulsória das ações indevidamente alienadas. O depósito configura mesmo, à luz do art. 640, requisito intrínseco ao deferimento do pleito de preempção aduzido na ação.

Em suma, no caso dos acordos de acionistas, as providências urgentes verificadas nos processos para execução específica de suas obrigações terão que ser asseguradas por medidas cautelares, as quais não deverão, dentro da própria concepção da tutela cautelar, acarretar modificação indevida do ônus do tempo no processo, viabilizando a consolidação de situações societárias que só poderiam ser obtidas com o provimento final do pedido formulado na ação.

54 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução...* p. 412.

9 APLICAÇÃO DA NOVA DISCIPLINA DAS TUTELAS ESPECÍFICA E ANTECIPADA DO ACORDO DE ACIONISTAS PERANTE A COMPANHIA

Talvez o ponto de mais significativa reflexão sobre a incidência das tutelas antecipada e específica do acordo de acionistas seja quanto aos seus efeitos perante a companhia.

Como se sabe, o *caput* do art. 118, da Lei n. 6.404/76, estabelece que os “*acordos de acionistas deverão ser observados pela companhia quando arquivados em sua sede.*”

Por outro lado, os acordos de acionistas possuem uma tipicidade de objeto, prevista no mesmo dispositivo, que circunscreve o escopo dessas convenções à compra e venda de ações, preferência para adquiri-las e exercício do direito de voto. A consequência do respeito a essa tipicidade de objeto pelos acionistas signatários é, no entender da doutrina, exatamente o dever de observância pela companhia do acordo nela arquivado.

Em face de tal preceito, analisando a legitimação passiva na execução específica do acordo de acionistas, particularmente no que se refere ao acordo de voto, concluí em monografia sobre o tema que

“o pólo passivo da ação para execução específica reunirá a sociedade e o signatário inadimplente. Este, porque deu causa à ação com seu inadimplemento, e aquela porque terá que suportar os efeitos da anulação da deliberação.”⁵⁵

Parece-me inegável o envolvimento da companhia na execução específica do acordo de acionistas que nela esteja arquivado. Conforme assinala *José Edwaldo Tavares Borba*,

“a sociedade proporciona ao membro do acordo uma prestação negativa consistente em impedir a prática de ato contrário ao que estiver pactuado. A prestação positiva, ou seja, o real cumprimento do que se convencionou – a venda das ações, o voto em determinado sentido – não poderá ser obtido senão judicialmente.”⁵⁶

55 BARBI, Celso Filho. *Op. cit.*, p. 175. Em outro sentido posiciona-se *Tavares Guerreiro (Op. cit.*, p. 67), entendendo que, na realidade, há duas ações, uma de execução específica, para que se enuncie a declaração de vontade eficaz, a ser movida contra o acionista inadimplente, e outra, declaratória, da ineficácia da deliberação assemblear, a ser movida contra a sociedade.

56 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 267.

Assim, considerando-se a disposição cogente do art. 118, *caput*, da Lei das S/A, a companhia assume deveres ligados a essa *prestação negativa* no cumprimento do pactuado, e deve necessariamente figurar no pólo passivo da ação para execução específica do acordo de acionistas nela arquivado. Disso decorre relevante possibilidade de aplicação das tutelas específica e antecipada perante a sociedade.

Restou aqui demonstrada a impossibilidade de se postular como tutela jurisdicional a prática de atos coercitivos tendentes a obrigar o signatário de acordo de acionistas ao cumprimento forçado de obrigação de contratar ou emitir declaração de vontade. Isso porque, à luz dos arts. 639 e 641 do CPC, cujos textos não sofreram alterações na reforma ao Código, tais obrigações necessitam de sentença que supra a manifestação volitiva não emitida.

Da mesma forma, restou evidenciada a impossibilidade de tutela antecipada para cumprimento de tais obrigações, porquanto o provimento jurisdicional que as efetiva é sentença, final e irreversível, o que não se compatibiliza com a natureza da decisão proferida em antecipação de tutela.

Entretanto, ficou demonstrado que os mecanismos introduzidos nos arts. 461 e 273 do CPC, para efetivação das tutelas específica e antecipada, mostram-se perfeitamente aplicáveis às obrigações acessórias àquelas de contratar e emitir declaração de vontade. Tais obrigações acessórias residem justamente, a meu sentir, no dever de observância que a companhia tem em relação aos acordos de acionistas nela arquivados (art. 118, *caput*).

A companhia, como visto, deve figurar no pólo passivo da ação para execução específica do acordo de acionistas nela arquivado. Há prestações negativas e até positivas que lhe competem na *observância* desse acordo, e cujo cumprimento pode ser obtido por meio das medidas judiciais coativas de tutela específica ou antecipada introduzidas com a reforma do CPC. Tais prestações são apenas acessórias daquelas a que se objetiva na ação para execução específica do acordo, ou seja, as de contratar ou emitir vontade, exigíveis dos signatários do acordo e só supríveis por sentença.

No caso do acordo sobre a compra e venda de ações, por exemplo, constituirá típica hipótese de tutela antecipada na execução específica do pacto de preferência violado a ordem para que a companhia não proceda às averbações das transferências tidas como indevidas em seus livros de registro de ações, não expeça certificados representativos aos adquirentes, não lhes permita a participação e voto em assembléias, ou não lhes pague dividendos.

Na tutela específica de um direito de preferência, cuja violação já foi reconhecida em sentença, pode o signatário prejudicado postular, com base no art. 461, do CPC, a imposição de medidas coercitivas à companhia para que desfaça as transferências indevidamente efetuadas em seus livros de registro, ou cancele os certificados e cautelas de ações emitidos em desobediência a

acordo de acionistas regularmente arquivado e averbado. Nessa ação, o terceiro envolvido na aquisição deverá figurar, por óbvio, no pólo passivo da relação processual.

Outro exemplo de obrigação da companhia na observância do acordo de acionistas nela arquivado é o dever de impedir o acesso à assembléia de preferencialistas que pactuaram não comparecer aos conclaves societários, hipótese aventada por *Fábio Konder Comparato*.⁵⁷ Aqui, o pleito cominatório, dirige-se tanto aos acionistas, para que deixem de comparecer à assembléia, quanto à sociedade, para que impeça seu acesso à mesma.

No que se refere ao acordo de voto, já restou evidenciado, à luz do art. 641, do CPC, que a declaração de vontade correspondente ao voto a ser proferido em assembléia só pode ser suprida por sentença judicial transitada em julgado. Assim sendo, em relação ao signatário inadimplente, a execução específica da obrigação de votar não tem como se socorrer das tutelas específica ou antecipada.

Mas, conforme visto, com o arquivamento do acordo na sede da companhia, esta assume por lei o chamado dever de *observância* do pactuado. Nessa hipótese, então, possível se mostra a ordem para que a companhia não compute em assembléia o voto que está sendo discutido em Juízo por violação ao pactuado no acordo de acionistas que o vincula.

O importante é que se evidencie a diferença entre a obrigação juridicamente infungível de contratar ou votar que tem acionista signatário de acordo e aquela que o *caput* do art. 118 da, Lei das S/A, impõe à sociedade. A primeira, do acionista, só é suprível por sentença, por força dos arts. 639 e 641, do CPC. Já a segunda é da companhia, decorre da lei, sendo considerada acessória à dos acionistas, e podendo efetivar-se antecipada e/ou especificamente, conforme o caso concreto que se desenhe no processo judicial, onde a primeira obrigação esteja sendo discutida.

10 CONCLUSÕES

Doutrina e jurisprudência ainda estão trabalhando na sedimentação precisa dos conceitos e no dimensionamento das conseqüências que as modificações introduzidas no CPC trouxeram ao nosso sistema jurídico. A abordagem que aqui se fez pretendeu apenas despertar a atenção sobre repercussões dos novos instrumentos processuais sobre um instituto de direito material já existente, o acordo de acionistas.

57 COMPARATO, Fábio Konder. Acordo de acionistas e interpretação do art. 118, da Lei das S/A. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 527, p. 34, 1979.

Nesse propósito, são lançadas algumas conclusões, talvez merecedoras de severas críticas, mas que estão fundadas em uma leitura realista da normatização processual vigente. São elas, em síntese.

O campo de aplicação da chamada execução específica está nas obrigações de dar coisa certa, de não fazer, e de fazer, estas últimas quando juridicamente infungíveis. Tais obrigações, portanto, quando objeto de acordo de acionistas, serão passíveis de execução específica.

O sistema legal vigente na tutela específica das obrigações de contratar e emitir declaração de vontade é o do *suprimento judicial* e não da obtenção forçada do ato volitivo, pelo que os meios executivos introduzidos com a Lei n. 8.952/94, no art. 461, do CPC, mostram-se inaplicáveis à tutela do conteúdo principal de tais obrigações.

Em matéria de obrigações de contratar e emitir declaração de vontade em geral, não se tem ação *de* execução específica, mas sim ação *para* execução específica dessas obrigações, pois dita ação é de conhecimento, visando a uma sentença de mérito que supre a manifestação de vontade contratada e não emitida.

A sentença proferida na ação para execução específica das obrigações de contratar e emitir declaração de vontade é de natureza constitutiva porquanto, a despeito da consequência puramente adjetiva de dispensar a fase executória do processo, supre o ato de vontade e tem o efeito substantivo de criar um estado jurídico novo para as partes, decorrente do ato volitivo que supriu.

Os acordos de acionistas têm habitualmente como objeto obrigações de contratar (comprar e vender ações com preferência para adquiri-las) ou emitir declaração de vontade (votar em assembléias). Isso porque, além de serem esses seus conteúdos mais úteis e usuais, atendem a uma tipicidade legal que vincula a companhia à sua observância (art. 118, da Lei de S/A). Ditas obrigações, de contratar e emitir declaração de vontade, são juridicamente infungíveis e seu suprimento judicial se dá por sentença.

Em face do disposto nos arts. 639 e 641 do CPC, que exigem sentença para o suprimento de vontade não manifestada, e da absoluta ausência de liquidez das obrigações emergentes dos contratos sinalagmáticos, ou dos que dependam da aferição de fatos e interpretação de cláusulas, conclui-se que, mesmo com a nova redação do art. 585, II, do CPC, os acordos de acionistas que tenham por objeto obrigação de contratar (comprar e vender ações ou ter preferência para adquiri-las) ou emitir declaração de vontade (votar em assembléias) não constituem título executivo extrajudicial.

O sistema de execução específica dos acordos de acionistas, que tenham por objeto a compra e venda de ações, preferência para adquiri-las, ou exercício do direito de voto, não se modificou com a nova redação dada aos arts. 585,

II, 632, e 461, do CPC. Tais dispositivos só cogitam da tutela específica das obrigações de fazer fungíveis, naturalmente infungíveis e das de não fazer, escapando-lhes as chamadas obrigações juridicamente infungíveis, que são de contratar e emitir declaração de vontade, supríveis apenas por sentença.

Quando a obrigação constante do acordo de acionistas for de não fazer, será possível a utilização dos mecanismos executivos do art. 461, uma vez que, após o inadimplemento da obrigação negativa, a que surge para execução específica é positiva: desfazer o ato. Assim, embora cabível sua anulação por sentença, viável será também a utilização de métodos coercitivos para o seu desfazimento pelo próprio devedor.

Tratando-se de acordo de acionistas sobre a compra e venda de ações, preferência para adquiri-las ou exercício do direito de voto, a execução específica das obrigações de contratar e emitir declaração de vontade não poderá ser objeto da antecipação de tutela prevista nos arts. 273 e 461, § 3º, do CPC, pois, à luz dos arts. 639 e 641 do mesmo Código, tal execução só pode operar-se por sentença, que tem natureza distinta do provimento dado em antecipação de tutela.

Nos acordos de acionistas, as providências urgentes verificadas nos processos para execução específica de suas obrigações terão que ser asseguradas por medidas cautelares, as quais não deverão, dentro da própria concepção da tutela cautelar, acarretar modificação indevida do ônus do tempo no processo, viabilizando a consolidação de situações societárias que só poderiam ser obtidas com o provimento final do pedido formulado na ação.

Em matéria de acordo de acionistas, o campo efetivamente fecundo para a utilização dos novos institutos das tutelas específica e antecipada introduzidos na lei processual está junto à companhia que tenha arquivado e averbado o acordo. Com efeito, sendo ela parte necessária na ação para execução específica do acordo de acionistas nela arquivado, submeter-se-á a várias obrigações de fazer e não fazer que não são de contratar nem declarar vontade. E, para essas obrigações, a tutela antecipada e os novos mecanismos da tutela específica mostram-se perfeitamente aplicáveis e bastante úteis.

Assim, a companhia deve figurar no pólo passivo da ação para execução específica do acordo de acionistas nela arquivado. Há prestações negativas e até positivas que lhe competem na *observância* desse acordo e cujo cumprimento pode ser obtido por meio das medidas judiciais coativas, de tutela específica ou antecipada. Tais prestações são apenas acessórias daquelas a que se objetiva precipuamente na ação para execução específica do acordo, ou seja, as de contratar ou emitir vontade, exigíveis dos signatários e só supríveis por sentença.

Em suma, considerando que os usuais objetos dos acordos de acionistas são as obrigações de comprar ou vender ações com preferência para adquiri-

las, ou de votar em assembléia, as recentes modificações do CPC não alteraram a essência da tutela específica dessas obrigações, que permanece sob o mecanismo do suprimento judicial da vontade, já anteriormente disciplinado nos arts. 639 a 641 do CPC.

Quando se escreve sobre a aplicação de instituições novas, como no caso da reforma do CPC, está-se sempre no terreno da suposição e da especulação. É o que se dá em estudos como o presente, em que se procurou analisar as inovações processuais em face de um instituto já existente no direito material, o acordo de acionistas. De qualquer forma, a proposta é desprezível: esboçar idéias e fundamentar especulações, ainda que seja apenas para que, de seu desacerto, outros possam demonstrar o caminho correto.



No próximo ano, a nossa Faculdade de Direito Milton Campos estará completando seus 25 anos de existência, e desde agora começamos a pensar nas dificuldades, que foram muitas, para construirmos uma Faculdade séria e que, sem dúvida alguma, já se projetou no cenário cultural de Minas Gerais.

Muitos, naquela ocasião, chegaram a duvidar da nossa iniciativa, acreditando mesmo que o empreendimento não chegaria a bom termo. Mas foi o contrário o que se viu, pois hoje a Faculdade já se consolidou, sendo mesmo uma das mais organizadas que se conhece, nivelando-se com as melhores.

Também, já estão em fase final de organização os Cursos de Extensão e o Curso de Mestrado Profissional, que esperamos lançar no primeiro semestre do próximo ano, tratando dos melhores assuntos de interesse da comunidade. Com tais cursos, desde já nos preocupamos com a formação de profissionais com especialização em mediação, arbitragem e contratos internacionais, visando às atividades do Mercosul. O primeiro Curso de Mestrado Profissional será o de Direito Empresarial.

Além disso, a nossa entidade mantenedora – Centro Educacional de Formação Superior (CEFOS) – dedica-se à criação de uma Faculdade de Administração, cujo imóvel para construção da sede já foi adquirido, sendo certo que o processo de autorização para funcionamento já está no Ministério da Educação aguardando aprovação. A nossa futura Faculdade de Administração será dirigida, especialmente, para negócios internacionais do Mercosul.