JOÃO PAULO HECKER DA SILVA
N. USP 5100592

TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA
NOS PROCESSOS SOCIETÁRIOS

Tese apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP
Faculdade de Direito do Largo São Francisco
São Paulo – SP
2012

BANCA EXAMINADORA:

ORIENTADOR: _____
PROF. DR. PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha amada esposa Ana Letícia Ferreira do Amaral Hecker, não só pela enorme paciência com que enfrentou todo o meu mau humor durante o processo de elaboração da tese, como também pelo grande incentivo a mim dado nas horas mais difíceis.

Agradeço aos meus pais Lino Fernandes da Silva Júnior e Carmen Lúcia Hecker Fernandes da Silva, bem como minha irmã Alice Helena Hecker da Silva Bottura, por terem me dado a base do que é o amor dentro de uma família; devo tudo o que tenho e o que sou a vocês.

Agradeço ao meu amigo e orientador, Paulo Henrique dos Santos Lucon, por todo conhecimento e confiança em mim depositados.

Agradeço ao meu amigo-parceiro-sócio-irmão Ronaldo Vasconcelos, não só pela amizade, mas pelo companheirismo no dia-a-dia.

Agradeço, por fim, a todos os companheiros do *Escritório*, na pessoa de Frederico Sabbag Andrade Grilo, que muito auxílio prestou em minha ausência na reta final de elaboração da tese.

ÍNDICE

I – INTRODUÇÃO

1. Relevância do tema e plano da obra, **7**
2. Tutela de urgência, tutela da evidência e o tema da tempestividade da tutela jurisdicional, **12**
3. Celeridade do processo, segurança jurídica e técnica processual aplicada aos processos societários, **19**
4. O novo Código de Processo Civil e a opção política e social entre valores, **25**

II – PREMISSAS METODOLÓGICAS

5. Princípios e garantias constitucionais do processo e os pilares para obtenção de resultados justos, **31**
6. Princípio do devido processo legal, **37**
7. Princípio da celeridade e da tutela jurisdicional em tempo hábil, **44**
8. Os processos judiciais no contexto da análise econômica do direito, **50**
9. Relações de direito e processo na análise dos litígios societários, **63**
10. Cautelar e tutela antecipada como gênero das medidas urgentes, **74**

III – TUTELA DE URGÊNCIA NO DIREITO SOCIETÁRIO

11. Limites do controle judicial e seu âmbito nas medidas urgentes, **84**
12. Contraditório e liminares *inaudita altera parte*, **89**
13. *Astreintes*, **100**
14. Descumprimento das decisões concessivas de medida urgente, **106**
15. Contracautela, **108**
16. Irreversibilidade e reversão das tutelas de urgência concedidas e efetivadas, **111**
17. Antecipação dos efeitos das tutelas declaratória, constitutiva e condenatória, **114**
18. Regime de nulidades no direito societário e seus reflexos nas medidas urgentes, **137**

IV – TUTELA DA EVIDÊNCIA NO DIREITO SOCIETÁRIO

19. Tutela da evidência no contexto da quebra da ordinaryidade do sistema, **145**
20. Tutela da evidência, sanção e pedido incontroverso, **158**
21. Tutela da evidência e os processos societários, **161**
22. Interesse do sócio x interesse da sociedade: a dissolução parcial, **164**
23. Interesse social defendido pelo sócio, **176**
24. Conflitos que se desenvolvem fora do âmbito da sociedade: desconsideração da personalidade jurídica, **178**
25. Ainda a desconsideração: verossimilhança, contraditório e ônus da prova, **184**
26. Desconsideração da personalidade jurídica inversa, **190**
27. Novo Código de Processo Civil: incidente de desconsideração da personalidade jurídica, **193**
28. Novo Código de Processo Civil: tutela da evidência, **197**

V – TUTELAS DE URGÊNCIA E DELIBERAÇÕES SOCIAIS

29. Extensão do termo suspensão no que se refere a deliberações sociais, **202**
30. Ilegalidades e mecanismos, **206**

- 31. Necessário equilíbrio, **213**
- 32. Legitimidade ativa, **217**
- 33. Acionista que vota contra, **218**
- 34. Acionista que vota a favor, **222**
- 35. Acionista que se abstém de votar ou não comparece ao conclave, **222**
- 36. Acionista sem direito a voto, **224**
- 37. Ministério Público e ações coletivas, **225**
- 38. Novo acionista; ex-acionista, **225**
- 39. Voto por procuração, **227**
- 40. Administradores e conselheiros, **228**
- 41. Ações constritas ou oneradas, **229**
- 42. Subsidiária integral e *holdings* de participação, **231**
- 43. Usufruto, **233**
- 44. Legitimidade passiva, **234**
- 45. Litisconsórcio e efeitos da decisão, **236**

VI – TUTELAS DE URGÊNCIA E OUTRAS QUESTÕES SOCIETÁRIAS

- 46. Produção antecipada de provas em apuração de haveres, **246**
- 47. Antecipação dos haveres na dissolução parcial, **253**
- 48. Afastamento de sócio (administrador ou não) da sociedade, **261**
- 49. Arrolamento, **269**

VII – EXIBIÇÃO DE LIVROS OU DOCUMENTOS SOCIETÁRIOS

- 50. Exibição de livros e documentos e o direito societário, **273**
- 51. Direito de fiscalização do acionista, **278**
- 52. Demanda judicial para conferir efetividade ao direito de fiscalização, **283**
- 53. Inaplicabilidade da Súmula n. 372 do STJ aos casos societários, **285**

VIII – MEDIDAS URGENTES NA ARBITRAGEM EM MATÉRIA SOCIETÁRIA

- 54. Relevância da arbitragem em matéria societária, **291**
- 55. Medidas urgentes e processo arbitral, **292**
- 56. Jurisdição, arbitragem e limites do poder do árbitro, **295**
- 57. Medidas urgentes na arbitragem: necessário esclarecimento, **299**
- 58. Medidas urgentes preparatórias à arbitragem, **300**
- 59. Medidas urgentes incidentais à arbitragem, **305**
- 60. Ainda as medidas incidentais: prejudicialidade entre o processo de execução e o processo arbitral - suspensão da execução, **306**
- 61. Revisão da concessão de medida urgente deferida pelo árbitro, **312**
- 62. Execução das medidas urgentes e as boas relações entre o árbitro e o juiz, **314**
- 63. Responsabilidade da parte e dos árbitros na medida urgente na arbitragem, **319**
- 64. Procedimento pre-arbitral, **322**
- 65. *Anti-suit injunctions*, **324**

IX – ENCERRAMENTO

- 66. Propostas, **326**

67. Conclusões, **328**

X – BIBLIOGRAFIA

68. Obras citadas, **341**

XI – ANEXOS

69. Resumo, **368**

70. Abstract, **369**

71. Riassunto, **370**

CAPÍTULO I INTRODUÇÃO
--

1-
RELEVÂNCIA DO TEMA E PLANO DA OBRA

O cientista do direito deve sempre primar pelo aprimoramento dos institutos jurídicos. O objetivo dessa jornada é buscar, com cada vez mais efetividade e técnica, o acesso à ordem jurídica justa (expressão creditada ao prof. KAZUO WATANABE), promovendo a pacificação social com justiça¹, escopo magno do processo (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO). Esse é um dos caminhos para a obtenção da segurança jurídica necessária para a estabilidade das decisões judiciais.

A iniciativa ora proposta tem como objetivo precípua a pesquisa em torno da tutela de urgência e tutela da evidência nos processos societários, de grande importância em nosso ordenamento, mas de bibliografia específica e recente muito escassa e quase sempre voltada para o direito material ou para questões processuais pontuais. Algumas monografias acerca de temas processuais relacionados ao direito societário são conhecidas. Contudo, não há trabalhos que tratem sistematicamente sobre o processo societário sob o ponto de vista das medidas de urgência e da tutela da evidência, no sentido de lhes dar contornos próprios, características específicas de modo a melhor garantir a tutela jurisdicional sobre esse tema. Mais ainda, essa carência se verifica também no que se refere à sistematização das medidas urgentes no processo societário sob a ótica da cognição do julgador quando da ponderação dos interesses em jogo.

Eis, portanto, a grande justificativa da relevância, atualidade e conveniência de se desenvolver uma tese acerca do tema da tutela de urgência e a tutela da evidência nos processos societários.

Outra relevante justificativa é o fato de o tema do processo societário estar inserido em um contexto de grande avanço econômico voltado ao direito empresarial em evolução, aos valores mobiliários e às grandes empresas com capital aberto em bolsa de valores. É em tal panorama que o processo societário assume um papel importante para desmistificar a idéia de que o Poder Judiciário não está preparado para as contendas empresariais. Ou seja, o processo judicial envolvendo questões societárias pode

¹- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, A instrumentalidade do processo, Malheiros, São Paulo, p. 162.

figurar, como de fato figura, como eficaz instrumento de solução de controvérsias juntamente com o instituto da Arbitragem.

Experiência relevante para o trabalho é aquela da legislação italiana, a qual possui dispositivos específicos no Código de Processo Civil para regular o processo societário, tudo muito bem abordado pela doutrina local.² Tal abordagem, que não é nova no direito italiano, recebeu recentes reformas legislativas, as quais ressaltaram a importância do tratamento diferenciado ao direito processual, quando voltado ao processo societário.³ Aliás, o confronto entre os processos foi objeto da interessante monografia italiana de DANIELA PASSARELA, cuja necessidade de tratamento diferenciado às questões processuais societárias se mostra ainda mais pertinente.⁴

Do direito português é possível extrair diversas questões importantes, também por contemplarem os portugueses em seu Código de Processo Civil uma medida cautelar específica para tratar da suspensão das deliberações sociais. Aliás, com essa previsão legal portuguesa específica, na linha do que o presente trabalho também defenderá, “procurou o legislador evitar, tanto quanto possível, a perturbação injustificada da actividade societária, através de uma ajustada ponderação dos valores da segurança e da celeridade que convivem nos procedimentos cautelares.”⁵

Nesse diapasão, os estudos doutrinários no direito pátrio sobre o tema, bem como a abordagem acadêmica sobre o assunto não conseguiram muito bem alçar vãos além das análises pontuais, como já dito. Falta a sistematização, o apontamento de princípios básicos norteadores, razão pela qual a literatura sobre a matéria ficou defasada nesse ponto. Assim, o direito societário, tão estudado sob a ótica do direito material e no contexto dos atos societários em si, careceu de estudos profundos no tocante às questões voltadas ao processo judicial e aos princípios que devem nortear a lide societária no âmbito processual.

²- A esse respeito, confira em sede doutrinária: FERDINANDO MAZZARELA, GIOVANNI TESORIERE, Corso di Diritto Processuale Civile, 2ª ed., CEDAM, Padova, 2007, p. 451. PAOLO COMOGLIO, PAOLO DELLA VEDOVA, Lineamenti di Diritto Processuale Societário, Giuffrè, Milano, 2006, p. 431. CRISANTO MANDRIOLI, Corso di Diritto Processuale Civile, vol. III, 6ª ed., G. Giappichelli, Torino, 2007, p. 319. CRISANTO MANDRIOLI, Diritto Processuale Civile, vol. IV, 19ª ed., G. Giappichelli, Torino, 2007, p. 315; FERRUCCIO TAMMASEO, Lezioni sul Processo Societário, Aracine, Roma, 2005, p. 93.

³- ÂNGELO ALBANO, PIETRO FIORI, GAETANO IORIO FIORELLI, VINCENZO MANNINO, Il Nuovo Processo Societário, Simone, Napoli, 2003, p. 5.

⁴- DANIELA PASSARELA, Processo Civile e Processo Societário: Riti a Confronto, G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, p. 373.

⁵- ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, Temas da reforma do processo civil, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 72.

Dessas ponderações é que se extrai a importância e relevância do objetivo desse trabalho, de não se focar no direito material em si, mas nos processos judiciais que envolvem essa matéria, também de igual importância para os estudos acadêmicos.

Guardadas as limitações a que o presente trabalho está sujeito, as principais questões a serem analisadas podem ser divididas em nove grandes partes.

A primeira parte envolverá a introdução do assunto, com a abordagem dos temas da tutela de urgência e tutela da evidência no contexto da tempestividade da tutela jurisdicional, sempre sob a égide da celeridade do processo, da segurança jurídica e da técnica processual aplicados aos processos societários. Ainda nessa primeira parte, nada obstante inexistir uma redação final, haverá uma introdução a respeito dos pilares do Novo Código de Processo Civil, relevantes para o desenvolvimento do trabalho.

A segunda parte tratará das premissas metodológicas com as quais serão trabalhados os conceitos no curso do trabalho, tais como os princípios constitucionais de processo (especialmente o devido processo legal e o contraditório), a necessária análise econômica do direito e sua relação com os processos judiciais, as relações de direito e processo no âmbito dos processos societários e o regime jurídico único das medidas urgentes.

A terceira parte terá como objeto a tutela de urgência no direito societário, com a abordagem de questões gerais importantes e pressupostos do regime de medidas urgentes no processo societário como os limites do controle judicial, o contraditório e as medidas *inaudita altera parte*; as *astreintes*; o descumprimento das medidas e a contracautela pela substituição da medida urgente por caução pecuniária; a irreversibilidade das medidas urgentes; e a relação entre a antecipação da tutela e sua eficácia nas tutelas declaratória, constitutiva e condenatória, com o arremate nos reflexos do regime das nulidades em direito societário nas medidas urgentes.

A quarta parte tratará da tutela da evidência no direito societário, tratando de assuntos como a quebra da ordinaryidade do sistema processual brasileiro atual; a tutela da evidência no direito brasileiro, seus desdobramentos quanto às medidas urgentes e, a despeito de sua inexistência na forma pura nos processos societários, a possibilidade de o legislador regular a matéria; alguns conflitos societários e sua relação com a evidência e a sua tutela processual, com o arremate do que é proposto sobre o assunto até o momento para o Novo Código de Processo Civil.

A quinta parte conterá desdobramentos da tutela da evidência e da tutela de urgência nas deliberações sociais, tema árduo e com diversas implicações de ordem prática e de cunho estritamente processual, tais como os mecanismos à disposição para combate às ilegalidades e o equilíbrio na concessão da medida urgente de suspensão das deliberações sociais; a legitimidade e o litisconsórcio.

A sexta parte terá como objeto as tutelas de urgência e demais questões societárias que demandam apreciação mais detida, tais como a produção antecipada de provas, a antecipação de haveres, sempre na ótica da dissolução parcial de sociedade; o afastamento de sócio ou administrador e o arrolamento.

A sétima parte tem por objeto a exibição de livros e documentos societários, com forte implicação e reflexos ao direito essencial do acionista na sociedade que é o de fiscalizar os negócios sociais; serão ainda objeto de análise a demanda que busca a efetivação desse direito material e o importante instrumento para compelir a sociedade de permitir seu exercício, com crítica à posição do Superior Tribunal de Justiça a respeito, que não leva em consideração as particularidades do direito material envolvido.

A oitava parte diz respeito à arbitragem em matéria societária, mais precisamente às questões de direito processual relativas ao processo e das boas relações entre juízes togados e árbitros; serão objeto de apreciação também as medidas urgentes preparatórias e incidentais, bem como os procedimentos pré-arbitrais.

A nona parte conterá algumas propostas legislativas que contemplarão, em parte, alguns dos temas abordados no trabalho e que serão objeto das conclusões, nas quais serão elencadas as proposições e a tese a que se propõe formular por meio do presente trabalho.

A décima e última parte trará bibliografia utilizada para elaboração do trabalho, com o elenco de obras citadas.

A primeira limitação ao conteúdo do presente trabalho diz respeito ao direito alienígena, que não recebeu um capítulo específico.⁶ Contudo, como dele se

⁶ - “A ciência processual civil brasileira vive, em tempos presentes mais do que nunca, uma grande necessidade de tomar consciência das realidades circundantes representadas pelos institutos e conceitos dos sistemas processuais de outros países para a busca de soluções adequadas aos problemas da nossa Justiça. Isso é consequência natural de quatro ordens de fatores, identificados (a) na necessidade de coletivização da tutela jurisdicional numa sociedade de massa, (b) na crise de legitimidade por que passa o Poder Judiciário e consequentes propostas de seu controle externo, (c) na assimilação de institutos novos pela própria lei do processo (especialmente, as técnicas da tutela coletiva, o processo monitorio e as medidas urgentes de antecipação de tutela no processo cognitivo) e (d) na crescente aproximação entre culturas e nações soberanas (o fenômeno Mercosul). Tais fatores de pressão tornam

extrai profunda contribuição não só ao direito material societário, mas também para a resolução judicial de inúmeras questões processuais, haverá citações no corpo do texto ou em notas de rodapé no curso do trabalho, de forma que se discorra sobre a experiência de direito estrangeiro sempre quando importante para a análise do instituto sob a ótica do direito pátrio.

Além disso, a investigação aos ordenamentos alienígenas se mostra crucial para amadurecimento do instituto e, com base na análise comparatística, absorver modelos aplicáveis ou úteis ao aprimoramento do direito pátrio.

Não se propõe também no presente trabalho a tecer profundas considerações de direito material societário. As menções aos institutos de direito material serão aquelas suficientes para se ter um ponto de partida para a análise de questões de direito processual civil. Afinal, trata-se de um trabalho de direito processual civil com o objetivo de propor tese de direito processual civil.

As referências de direito societário quase sempre foram às sociedades anônimas, tipo societário no qual se concentrou a maioria das considerações do trabalho. A escolha no tratamento processual de questões societárias vinculadas às sociedades anônimas se deveu à enorme plêiade de controvérsias processuais que dela pode-se extrair, sem ignorar que existem outras oriundas dos demais tipos societários.

Outra opção feita no trabalho é aquela voltada a institutos relacionados à coisa julgada, efeitos da sentença, etc., os quais foram tratados apenas e tão somente no contexto das tutelas de urgência e da tutela da evidência. Ou seja, eventuais menções àqueles assuntos ocorreram somente para embasar as conclusões que adiante se extraiu, sem intenção de se aprofundar em questões controversas, mas que não tinham efeitos práticos relevantes no que se propunha tratar.

O trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto e, por isso, se concentrou nos temas de direito societário de maior debate forense e dos quais é possível tirar consequências processuais importantes para a formulação da tese.

imperiosas as comparações jurídicas que sempre foram úteis ao aprimoramento institucional do direito de um país e agora revelam-se como verdadeira necessidade e tornam-se indispensáveis sob pena de se caminhar às cegas e correr desnecessários riscos de fracasso e de injustiças” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Fundamentos do processo civil moderno, Malheiros, 2000, pp. 762-763).

2-

TUTELA DE URGÊNCIA, TUTELA DA EVIDÊNCIA E O TEMA DA TEMPESTIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

O Estado Liberal (do qual o Código Napoleônico é uma das mais importantes expressões) tinha como pressuposto a garantia às liberdades individuais e a contenção do poder do Estado, na medida em que este último tinha liberdade para intervir para garantir a existência daquele primeiro. ARRUDA ALVIM assinalou que seu objetivo era “consolidar as instituições, de forma a garantir a segurança jurídica da classe emergente mediante o primado da lei e da previsibilidade, (...) das consequências jurídicas de cada ato praticado”.⁷ Sua implementação ocorreu, basicamente, pela criação de pormenorizados textos legais e pela imposição de restrição à atividade jurisdicional. Por consequência, portanto, a solução do direito, naquele tempo, tinha por premissa a sua declaração com o mais alto grau de certeza e segurança possíveis.

Essa metodologia deu origem à instituição de procedimentos complexos e altamente regularizados, cujo ranço, nada obstante as últimas reformas processuais, é ainda encontrado em nosso Código de Processo Civil. Trata-se, como se percebe, de uma nítida e clara opção política e social entre valores, não de modo a desconsiderar por completo um ou outro, mas de fazer prevalecer, *in casu*, a certeza da declaração do direito sobre a celeridade do processo.⁸

⁷ ARRUDA ALVIM, “A evolução do direito e a tutela de urgência”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 153, coord. Donaldo Armelin.

⁸ “A estrutura rígida e o caráter moroso do processo de conhecimento herdado desse período é ainda perceptível em nossos códigos – abstraídos, naturalmente, os mecanismos posteriormente implementados, tendentes à abreviação do procedimento. A premente necessidade de uma resolução mais segura do que célere das situações litigiosas constitui, certamente, a razão ao preciosismo científico e do alto grau de regulamentação do processo de conhecimento, assim como também foi a causa da sobrelevação da coisa julgada à realização prática do direito material e à consecução de uma decisão justa. A afirmação de que a segurança jurídica se sobrepunha à realização prática do direito se explica pelo fato de que a execução propriamente dita praticamente só podia se operar após o trânsito em julgado da sentença condenatória. No que diz respeito à sobrelevação da coisa julgada à solução justa do conflito, não há que se compreender tal afirmação como crítica ao instituto da coisa julgada ou uma defesa de sua relativização; trata-se, tão somente, da constatação de que as teorias da relativização ou desconsideração da coisa julgada somente vieram a ser amplamente difundidas a partir do final do séc. XX, entre nós, diante da perspectiva principiológica da interpretação e aplicação do direito constitucional, “implodindo” uma decisão já revestida pela coisa julgada. Isso se explica pelo fato de que os fatores políticos e sociais que antes apontavam para a necessidade extrema de segurança jurídica transformaram-se de modo a justificar a busca de outros valores, que passam a ser considerados mais importantes para a sociedade ou para uma classe dominante” (ARRUDA ALVIM, “A evolução do direito e a tutela de urgência”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, pp. 152-175, p. 154, coord. Donaldo Armelin).

Assim como essa opção político-social era condizente com a estrutura e dinâmicas do Estado Liberal praticamente agrário, o séc. XX trouxe mudanças tais às referidas dinâmicas que essa opção passou a ser objeto de questionamento pela sociedade. O que é natural, visto que o processo, “sendo consequência ordenada à produção de um resultado, é inteligente, está impregnado de opções valorativas e submetido a princípios substanciais”.⁹

Uma nova ordem, portanto, se instalou, de forma que a antiga concepção burguesa de tolerância à longa espera de um provimento jurisdicional permeado de certeza se esvaiu com o tempo. Era chegada então a hora de adequar o sistema jurídico à nova ordem político social, fortemente ditada pelas transformações econômicas ocorridas no séc. XX. Sob os auspícios dessa nova conjuntura social e econômica, a demora inerente à busca de um mais alto grau de certeza do direito e de uma segurança jurídica fincada na coisa julgada começou a causar inconvenientes. Em vista disso, a pretensão da burguesia industrial ascendente, oriunda de relações comerciais mais céleres e dinâmicas, passou a questionar aquele sistema jurídico ultrapassado, mormente o processual, para buscar adequação dos mecanismos de declaração do direito a essa nova realidade.

Nesse contexto, a base para os provimentos jurisdicionais foi transferida, paulatinamente, da certeza obtida por meio de um procedimento ordinário e de cognição exauriente, para um de verossimilhança, com base em uma investigação perfunctória dos fatos. A demora como meio para se obter resultados justos deu lugar à aceitação de uma medida urgente e de eficácia imediata. O conceito de segurança jurídica baseado na coisa julgada deslocou-se para efetividade, fincada na resposta provisória do Poder Judiciário, contudo rápida. Ou seja, operou-se, mais uma vez, não só a incorporação de valores político-sociais agora vigentes ao processo, mas uma mudança radical na forma de se interpretar o direito e as leis.¹⁰

Encontramo-nos ainda nesse processo de transição e a nova linha de pensamento em torno dessa opção político-social é bem representada pela doutrina de

⁹- PAULA COSTA E SILVA, “A sobrevivência do Summ Quique tribuere: fungibilidade de tutela de meios na tutela cautelar civil”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, pp. 938-958, p. 939, coord. Donaldo Armelin.

¹⁰- ARRUDA ALVIM, “A evolução do direito e a tutela de urgência”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, pp. 152-175, p. 157, coord. Donaldo Armelin

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, no sentido de que uma boa ordem processual é aquela baseada não só na certeza, mas nas probabilidades e nos riscos.¹¹

O amplo debate em voga a respeito da necessidade de acelerar os procedimentos, as reformas processuais dos últimos 20 anos ou mesmo a própria busca dos motivos para a lentidão encravada no Poder Judiciário, hoje em dia, são provas dessa transição.

A própria promulgação da Constituição Federal em 1988 abarcando garantias como a do processo sem ilações indevidas¹² ou da própria tempestividade da tutela jurisdicional,¹³ são fatores que determinam a nova ordem político-social no país.

A partir daí, solidificou-se o entendimento de definir processo justo¹⁴ como processo célere¹⁵; tutela jurisdicional como tutela tempestiva; ou ainda devido

¹¹ - “Uma boa ordem processual não é feita somente de segurança e das certezas do juiz. Ela vive de certezas, probabilidades e riscos. Onde houver razões para decidir ou para atuar com apoio em meras probabilidades, sendo estas razoavelmente suficientes, que se renuncie à obsessão pela certeza, correndo algum risco de errar, desde que se disponha de meios aptos a corrigir os efeitos de possíveis erros” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “relendo princípios e renunciando a dogmas”, in *A nova era do processo civil*, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 18). Em outra obra, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ressalta que “em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera probabilidade, variando somente o grau da probabilidade exigida e, inversamente os limites toleráveis dos riscos” (*A instrumentalidade do processo*, 7ª ed., Malheiros, 1999, n. 33, p. 238). CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO faz tais ponderações com base no que PIERO CALAMANDREI afirma ser um mero cálculo de probabilidades do qual o juiz se vale para, ao proferir sentença, transformar, por um ato de fé, a probabilidade em certeza (“Verità e verosimiglianza nel processo civile”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1955, n. 2, p. 166).

¹² - JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “Garantia do processo sem ilações indevidas”, in *Garantias constitucionais do processo Civil*, RT, São Paulo, 1999, pp. 234 e ss., coord. José Rogério Cruz e Tucci. No mesmo sentido: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Garantias da prestação jurisdicional sem as dilações indevidas, como corolário do devido processo legal*, revista de Processo, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 74, abr./jun. 1992; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, da CF), in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, p. 1076, coord. Araken de Assis (et al.).

¹³ - LUIZ GUILHERME MARINONI, “Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição”, in *Garantias constitucionais do processo Civil*, RT, São Paulo, 1999, pp. 207 e ss., coord. José Rogério Cruz e Tucci.

¹⁴ - SERGIO CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, Revista de Processo, n. 152/87-108, out. 2007, São Paulo; LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Garanzie costituzionali e giusto processo: modelli a confronto*, Revista de Processo n. 90, São Paulo, 1998; MAURO BOVE, “Art. 111 cost. e ‘giusto processo civile’”, in *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVII, n. 2, aprile-giugno, 2002, CEDAM, Milano, p. 329. (Peruggia); LEONARDO GRECO, *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, Revista Jurídica n. 305, São Paulo, 2003; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. 1. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

processo legal como o processo que além de conferir às partes a participação em contraditório, permita que o provimento jurisdicional dele resultante seja em tempo e modo condizentes com as necessidades do direito material. A partir daí também se instituiu o constitucionalismo na ciência processual. Permitiu-se também a abertura para uma perspectiva metajurídica do processo civil, com a abertura das normas e institutos de processo para a análise sob a égide de seus próprios fundamentos constitucionais.¹⁶

Essa concepção nos leva a afirmar que ausência de celeridade (de forma a perpetuar o conflito) é ausência de justiça.¹⁷ O contraponto reside na afirmação de que a celeridade não é um valor que deva ser perseguido a qualquer custo. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA faz uma ponderação importante ao afirmar que “se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”¹⁸

E os parâmetros para limitar e guiar essa busca desenfreada pela celeridade se encontram na própria Constituição Federal. A tutela de urgência tem como fundamento a própria Constituição Federal, que, no art. 5º, inc. XXXV, estabeleceu que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹⁹

É fato que hoje não mais se ousa questionar o fundamento constitucional das tutelas antecipadas ou cautelares, das medidas urgentes que visam a

¹⁵ - A própria Comissão de Juristas, presidida pelo Min. Luiz Fux, que apresentou o Anteprojeto de Código de Processo Civil ao Senado Federal em 2010 fez consignar o seguinte em sua exposição de motivos: “Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo.”

¹⁶ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O futuro do processo civil brasileiro”, in Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol. II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 730.

¹⁷ - A respeito do fato de que ausência de celeridade é ausência de justiça, a exposição de motivos do projeto n. 166 de 2010 do novo Código de Processo Civil aduz o seguinte: “harmonização da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República, incluindo-se no Código princípios constitucionais na sua versão processual, como, por exemplo, ter-se levado em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”.

¹⁸ - “O futuro da justiça: alguns mitos”, in Revista de Processo, v. 102, abr.-jun. 2001, p. 228-237, p. 232.

¹⁹ - EDUARDO ARRUDA ALVIM, “A raiz constitucional da antecipação de tutela”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, pp. 426 e ss, coord. Donaldo Armelin.

debelar os efeitos deletérios do tempo no processo.²⁰ Nessa linha de não se buscar a celeridade a qualquer custo, não podemos, portanto, nos esquecer de interpretar essa garantia constitucional²¹ em consonância com outras igualmente estabelecidas constitucionalmente, sempre utilizando de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Tal orientação vem de encontro ao que CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO afirma, pois “é preciso ler uma garantia constitucional à luz de outra, ou outras, sob pena de conduzir o processo e os direitos a rumos indesejáveis”.²²

É preciso, então, combater as causas da lentidão da prestação jurisdicional com vista a efetivar, no mundo dos fatos, o comando constitucional de processo célere e efetivo.

O tema de combate à lentidão do judiciário em Portugal foi discutido recetemente sob à luz de sua origem. Constatou-se que a morosidade da justiça não residia nos recursos empregados, no número de funcionários alocados na justiça, nem

²⁰- FERRUCCIO TOMASEO chega a afirmar, com relação ao ordenamento italiano, que a crise da justiça deu relevância ao princípio da efetividade de forma a autorizar uma interpretação constitucional da tutela cautelar: “la crisi della giustizia há fatto emergere questa esigenza e ha dato rilevanza centrale al principio di effettività che, considerato per l’innanzi ovvia dimensione di ogni forma di tutela giurisdizionale, è ora divenuto obiettivo da raggiungere e pietra de paragone per saggiare l’idoneità del modello processuale a consentire pieno e fruttuoso esercizio del potere di ciascuno d’agire e di difendersi in giudizio, poteri processuali che trovano nella Costituzione riconoscimento e presidio (...) mettere in evidenza, come ho fatto, qualche zona d’ombra nella disciplina della tutela cautelare. Che uno sforzo interpretativo no particolarmente ardito potrebbe restituire ad una piana applicazione dei principi del giusto processo, non impedisce di riconoscere che il legislatore há saputo dare alla cautelare regole che di tali principi sono coerente attuazione: si tratta di regole che potranno essere perfezionate, anche soltanto con gli strumenti dell’interpretazione, ma certo nos bisogna incoraggiare interpretazioni che, allo scopo di perfezionare il sistema delle garanzie, approdino a formalismi esasperati ed esasperanti, insomma a quel formalismo delle garanzie che, Nei fatti, diminuisce la stessa effettività della tutela giurisdizionale” (FERRUCCIO TOMASEO, “Il fondamento costituzionale della tutela cautelare”, in Stato di diritto e garanzie processuali a cura di Franco Cipriani, edizione Scientifiche italiane, Napoli, 2008, pp. 165-184, pp. 167 e 183-184, coord. Franco Cipriani).

²¹- ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA defendem a idéia de que a garantia de tutela jurisdicional é portadora do direito à celeridade do processo (ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA, *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*, Giapichelli, Turim, 1990, n. 9, p. 89).

²²- “A adoção desas premissa metodológica manda, em primeiro lugar, que todos os princípios e garantias constitucionais sejam havidos como penhores da obtenção de resultados justos, se receber um culto fetichista que desfigura o sistema. Manda também que eles sejam interpretados sistematicamente e em consonância com os valores vigentes ao tempo da interpretação. Muitas vezes é preciso sacrificar a pureza de um princípio, como meio de oferecer tutela jurisdicional efetiva e suficientemente pronta, ou tempestiva; muitas vezes, também, é preciso ler uma garantia constitucional à luz de outra, ou outras, sob pena de conduzir o processo e os direitos a rumos indesejáveis” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “relendo princípios e renunciando a dogmas”, in *A nova era do processo civil*, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 13).

tampouco no número de magistrados e membros do Ministério Público. Segundo levantamento contido no relatório do “European Judicial Systems” de 2006, Portugal está proporcionalmente na média dos países europeus quanto a todos esses itens.²³ Ou seja, não é a insuficiência ou deficiência de tais fatores, ao menos em maior escala, o fato gerador preponderante da letidão do Poder Judiciário português.

Segundo consta, um dos principais responsáveis pela morosidade da justiça portuguesa é o “deficit de produtividade do sistema”.²⁴ Nesse sistema improdutivo, os gargalos são muitos, dentre os quais se destacam a necessidade de melhoria no procedimento estatuído em lei para desenvolvimento do processo (p.ex. adotando-se métodos de oralidade e de simplificação dos procedimentos), a má qualidade e preparo dos meios humanos empregados (juízes e funcionários da justiça) e também pelos ineficientes e burocráticos “procedimentos administrativos pelos quais se processa o fluxo dos processos dentro de um tribunal”.²⁵

É fato que a realidade sócio-econômica de Portugal e Brasil são diferentes, bem como a desses dois países para a dos demais da Europa ou Américas. Um fato de certo modo alentador para os portugueses, quiçá para nós brasileiros também, é que a lentidão processual ou ao menos as queixas de morosidade da justiça são universais. Nada obstante isso, alguns problemas são comuns, tais como aqueles relativos a procedimentos internos de cartório ou de fluxo administrativo dos processos dentro dos tribunais. Em estudo organizado pela Fundação Getúlio Vargas e pela pesquisadora LESLIE SHÉRIDA FERRAZ²⁶ e pela obra de LUCIANA GROSS CUNHA²⁷, foi constatado que bem mais da metade do tempo de duração de um processo judicial no Juizado Especial Cível em São Paulo é decorrente de atividades administrativas de cartório.

Ou seja, apesar desse estudo tratar especificamente sobre os Juizados Especiais, quem atua no dia-a-dia forense sabe que essa conclusão vale tanto para os processos nos Juizados Especiais, quanto para os processos judiciais em geral das Justiças Estadual e Federal tendo em vista a superlotação dos foros. Em estudo elaborado

²³- MANUEL DE ALMEIDA RIBEIRO, Um debate sobre a morosidade da justiça, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 12-13.

²⁴- MANUEL DE ALMEIDA RIBEIRO, Um debate sobre a morosidade da justiça, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 12-13.

²⁵- MANUEL DE ALMEIDA RIBEIRO, Um debate sobre a morosidade da justiça, Almedina, Coimbra, 2009, p. 16.

²⁶- Acesso à justiça – uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil, Editora FGV, 2010.

²⁷- Juizado especial cível – criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, Saraiva, 2008.

pelo Instituto ETCO em 2006, constatou-se que nos últimos 50 anos a população brasileira triplicou de número, enquanto que o número de processos judiciais aumentou 80 (oitenta) vezes.²⁸

Em 2010, segundo o Conselho Nacional de Justiça, existiam 47.960.519 processos pendentes de julgamento final na Justiça Estadual e 59.166.724 considerando-se também os processos pendentes da Justiça Federal e do Trabalho. Por outro lado, existiam 11.938 magistrados na Justiça Estadual e 16.804 considerando-se os magistrados também das Justiças Federal e do Trabalho. Ou seja, é uma média de 4.017 processos para cada magistrado da Justiça estadual ou uma média de 3.521 considerando-se a Justiça brasileira. A Justiça brasileira dispõe ainda, em média, de aproximadamente 9 magistrados para cada grupo de cem mil habitantes. O índice mais elevado é encontrado na Justiça Estadual (6 magistrados por cem mil habitantes) e o menor na Justiça Federal (com 1 magistrado por cem mil habitantes). Analisando-se a força de trabalho dos tribunais por cem mil habitantes, havia, ao final de 2010, 167 servidores do Judiciário (variando de 122 na Justiça Estadual a 20 na Justiça Federal) para cada grupo de cem mil habitantes. Ou seja, a Justiça brasileira conta com uma média de 18,5 funcionários à disposição de cada magistrado (ou 20,3 funcionários para cada magistrado na Justiça Estadual).²⁹

É de se considerar ainda que, segundo o Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário não dá vazão a seus processos. Isso porque o número de processos ingressados por ano é maior que o número de processos que são encerrados. Na medida em que o contingente de processos pendentes na Justiça aumenta ano-a-ano, é evidente que o panorama para o futuro a respeito da lentidão da justiça tende somente a piorar.

Em obra relevante sobre o assunto, RICARDO QUASS DUARTE assinala alguns fatores como determinantes para a lentidão da justiça no Brasil, tais como a inexistência de dados estatísticos, a litigiosidade excessiva, a falta de estrutura do Judiciário, a insuficiência de juízes, o andamento precário do processo, o formalismo

²⁸- ROGÉRIO GESTA LEAL, Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios, ENFAM, Brasília, 2010, p. 42. Em outra pesquisa elaborada pelo Instituto ETCO, intitulada “Direito e Economia – percepções sobre a justiça”, houve críticas massivas quanto à agilidade da justiça (http://www.etco.org.br/user_file/Pesquisa_ETCO_DireitoEconomia_2009.pdf).

²⁹- Publicação do Conselho Nacional de Justiça denominado “Relatório Justiça em Números – sumário executivo”, 2010: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf.

excessivo do processo, o abuso do processo pelos operadores do direito, as leis processuais e a inexistência de medidas legislativas efetivas para combater a morosidade da justiça.³⁰

Muitos desses temas não se relacionam com o objeto do presente trabalho. De qualquer forma, diante da multiplicidade de fatores que geram a lentidão da justiça e à crise³¹ do Poder Judiciário, dois dos caminhos para aperfeiçoar a prestação da tutela jurisdicional e que têm estreita intimidade com o objeto do presente trabalho são os da utilização de uma técnica processual adequada que tenha como premissa a utilização do processo como instrumento de efetivação do direito material (visão instrumentalista³²) e da adoção de medidas urgentes com o fito de se mitigar os efeitos deletérios do tempo no processo³³, nem que para isso os provimentos se baseiem mais em juízos de evidência do que de certeza.

3- CELERIDADE DO PROCESSO, SEGURANÇA JURÍDICA E TÉCNICA PROCESSUAL APLICADA AOS PROCESSOS SOCIETÁRIOS

A melhor doutrina sobre o assunto com muita propriedade relaciona segurança jurídica com a conjugação do aspecto material e formal do julgamento.³⁴ Ou seja, a justiça deve ser realizada por meio de um “proceder”, uma ação

³⁰ - RICARDO QUASS DUARTE, O tempo inimigo no processo civil brasileiro, LTr, São Paulo, 2009, pp. 63 e ss.

³¹ - A respeito do termo crise, JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA suscita outro viés, o da “perda de autoridade do Poder Judiciário perante os demais Poderes da República (“A crise do judiciário e o processo”, in Teses, estudos e pareceres de processo civil, vol. 1, RT, 2005, São Paulo, p. 256).

³² - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instrumentalidade do processo, 6ªed., Malheiros, n. 36, p. 302: “a afirmação e plena consciência da necessidade de extrair dos provimentos jurisdicionais e do próprio sistema todo proveito que deles seja lícito esperar têm a sua valia na medida em que sejam capazes de conduzir a uma postura mental favorável a essa idéia instrumentalista. Em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acanhada e limitativa da utilidade do processo e outra capaz de favorecer a sua efetividade. E pairam ainda no ar muitos preconceitos irracionais que opõem resistência à plenitude da consecução dos objetivos eleitos. É dever do juiz e do cientista do processo, nesse quadro, romper com eles e dispor-se a pensar como mandam os tempos, conscientizando-se dos objetivos de todo sistema e, para que possam ser efetivamente alcançados, usar intensamente o instrumento processual”.

³³ - Ou do que FRANCESCO CARNELUTTI denominou de “tempo inimigo” (FRANCESCO CARNELUTTI, Diritto e processo, Morano, Nápoles, 1953-1958, n. 232, p. 354).

³⁴ - Nesse sentido é o entendimento de TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. quando afirma que “essa conjugação do aspecto formal e material justifica, assim, a classificação da justiça do proceder processual como um caso particular, ao lado da justiça material e da segurança

estatal que assegure um resultado justo por meio de um processo de decisão predefinido e adequado à realização da pretensão de direito material, com ampla defesa dos litigantes e que garanta seu desenrolar em contraditório. Na mesma linha, NIKLAS LUHMANN em sua teoria da legitimação pelo procedimento, afirma que a legitimidade da sentença tem seu requisito de validade no procedimento que a originou, o qual deve ser antecedente, em contraditório e apto tecnicamente para a realização do direito material.³⁵

Hoje não mais prevalece o conceito de segurança jurídica que antes era buscado por meio de um processo de cognição exauriente nos planos vertical e horizontal apto a obter um resultado de certeza máximo (e que depois seria imunizado pelos efeitos da coisa julgada).

Face às novas demandas político-sociais surgidas a partir do séc. XX, a rapidez da resposta do Judiciário às demandas de direito material se tornou preponderante.³⁶ E mais, já se esvaiu a crença na coisa julgada como principal efeito pacificador e determinante para instituição de decisões com segurança jurídica (sem tirar a sua importância para o sistema até hoje). Isso porque, a dinâmica com que as relações de direito material se desenrolam hoje em dia enseja provimentos mais velozes e ágeis, nem que isso ocorra por meio de um juízo de verossimilhança, calcado em cognição superficial ou sumária. No mundo dos fatos, se mostra mais relevante ter uma decisão imediata, mesmo que baseada na evidência, do que ter uma decisão, recheada de certeza, mas que chega atrasada (ou que nunca chega).

Trata-se da dicotomia certeza-celeridade, elementos esses que nunca poderão coexistir em sua completude, dado o fato de que a certeza pressupõe uma cognição exauriente e a celeridade uma cognição sumária.

Essa dicotomia justifica os movimentos pendulares da história, na medida em que nos tempos em que a certeza é a prioridade, o problema será a celeridade. No momento em que esse pêndulo pende para o outro lado, o problema antigo é resolvido (celeridade) na mesma medida em que o outro (certeza) toma seu lugar. E por aí vai, em

jurídica” (“Irretroatividade e jurisprudência judicial”, in *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*, 2ª ed. São Paulo, Manole, 2009, p.1-34, coord. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Roque Carrazza e Nelson Nery Jr.).

³⁵- NIKLAS LUHMANN, *Legitimação pelo procedimento*, Univ. Brasília, Brasília, 1980, p. 12 e ss., trad. Maria da Conceição Côrte-Real.

³⁶- A exposição de motivos do Projeto n. 166 de 2010 do novo Código de Processo Civil afirma o seguinte a esse respeito: “o novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas”.

uma alternância talvez infinita. Uma problemática interessante reside no fato de que o equilíbrio desse pêndulo talvez não resolva os anseios de quaisquer posicionamentos, nos colocando, conseqüentemente, diante de um problema insolúvel. Isso porque, ao que parece, esse ponto de equilíbrio é uma utopia, no sentido de que os anseios político-sociais predominantes sempre se posicionaram de forma dicotômica.

Deixando a história um pouco de lado, parte-se da premissa, portanto, de vigência dessa nova ótica de prestígio à celeridade e de incentivo à aceleração dos procedimentos.³⁷

Nesse sentido, é lícito apregoar que o conceito de segurança jurídica também abarca o de segurança na definição das contendas judiciais pela duração razoável do processo.³⁸ Ou seja, os predicados de uma tutela jurisdicional sem ilações indevidas, que a Constituição Federal definiu como “duração razoável do processo” (CF, art. LXXVIII – EC 45) estão ligados à idéia de segurança jurídica.³⁹ Ora se a própria Constituição Federal dispõe que no processo judicial são assegurados às partes “os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, é evidente que acaba por trazer um verdadeiro ideal de calculabilidade.

Essa possibilidade de se calcular as consequências de seus atos, *in casu*, o tempo de duração da indefinição acerca da contenda judicial, nos leva ao conceito

³⁷- ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA defendem a idéia de que a garantia de tutela jurisdicional é portadora do direito à celeridade do processo (ITALO ANDOLINA e GIUSEPPE VIGNERA, *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*, Giapichelli, Turim, 1990, n. 9, p. 89).

³⁸- A esse respeito: HUMBERTO ÁVILA, *Segurança jurídica no direito tributário – entre permanência, mudança e realização*, tese apresentada para o concurso de titularidade na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 684.

³⁹- A questão a respeito da duração do processo recebeu muita atenção nacional, com se extrai desses trabalhos de escol: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O problema da duração dos processos*, premissa para uma discussão séria, in *Temas de direito processual: nona série*, Saraiva, São Paulo, 2007, p. 367-377; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, RT, São Paulo, 1997; FLÁVIO LUIZ YARSHELL, “A reforma do judiciário e a promessa de ‘duração razoável do processo’”, *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 75, p. 28-33, abr. 2004; PAULO HOFFMAN, *Razoável duração do processo*, Quartier Latin, São Paulo, 2006. Com o direito italiano não foi diferente, como se percebe das seguintes obras: ROMANO BETTINI, FULVIO PELLEGRINI, “Circolo vizioso giudiziario o circolo vizioso legislativo? La durata dei procedimentnti giudiziari in Italia”, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, anno 54, n. 1, pp. 24-51, mar. 2007; PAULO HOFFMAN, “O direito à razoável do processo e a experiência italiana”, in *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, RT, São Paulo, 2005, coord. Teresa Arruda Alvim (et al.). Outros ordenamentos também tratam do assunto, confira-se, a respeito: ARAKEN DE ASSIS, *O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário*, in *Revista do Advogado*, n. 43/9-25, São Paulo, 1994.

de previsibilidade que, por sua vez, confere segurança aos atos jurídicos praticados todos os dias pelos jurisdicionados. Segundo RENATA POLICHUK, a segurança jurídica decorre da confiança e da previsibilidade depositadas nas estruturas do Estado, a qual somente pode ser alcançada mediante um sistema estável de decisões judiciais. Por essa razão, as decisões judiciais devem ser capazes de suprir a demanda de estabilidade, de previsibilidade e de confiança dos jurisdicionados e dos cidadãos, que são obtidas pela adoção de técnicas que alcancem a segurança jurídica.⁴⁰

A indefinição a respeito dos resultados do processo não pode perdurar por período tão longo a ponto de se tornar, a própria indefinição, a causa da inação do jurisdicionado frente a uma pretensão resistida. Ou seja, nos termos da lição de HUMBERTO ÁVILA, se o jurisdicionado não consegue prever quando e em que sentido ocorrerá a definição de uma determinada contenda judicial, o processo, além de não ter cumprido seu escopo social de pacificar conflitos⁴¹, impediu o jurisdicionado de planejar suas ações, condição essa inerente à própria realização da vontade da lei.

Por isso que perpetuar o estado de indefinição, agora no âmbito de um processo que nunca termina, significa, ao fim de tudo, instituir um verdadeiro estado de “insegurança jurídica”.

De qualquer forma, os temas da celeridade do processo e da segurança jurídica estão umbilicalmente ligados à técnica processual empregada para efetivação do direito material. É essa técnica que empresta, no mundo das idéias, a efetividade ao processo de forma que este possa produzir todos os resultados dele esperados.⁴²

E nessa linha de raciocínio⁴³, adequar a técnica processual à natureza jurídica de direito material envolvida se tornou primordial, até por conta do

⁴⁰- Segurança Jurídica dos atos jurisdicionais, Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2011, p. 12. A respeito do tema também: ROGÉRIO GESTA LEAL, Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios, ENFAM, Brasília, 2010, p. 36 e ss..

⁴¹- Sobre esse escopo específico do processo, confira: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, A instrumentalidade do processo, 7ª ed., Malheiros, 1999, pp. 159 e ss.. Aliás, nesse caso de perpetuação da indefinição, como o processo não consegue atingir quaisquer de seus escopos políticos, sociais ou jurídicos, pode-se até falar em ausência de jurisdição.

⁴²- JOSÉ ROBERTO DO SANTOS BEDAQUE, Efetividade do processo e técnica processual, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, pp. 31-32.

⁴³-Sem se esquecer, é claro, das medidas no mundo dos fatos que são também necessárias tais como a melhoria da qualidade dos juízes e dos serventuários da justiça, o aumento de recursos materiais e humanos, etc., que, como já dito, não serão abordadas no presente trabalho.

disposto no art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.⁴⁴

Se o comando constitucional, apesar de inserido recentemente pela emenda Constitucional n. 45, assegurou meios que garantam a celeridade de tramitação dos processos, é justo que tais técnicas não só sejam instituídas por via legislativa, como também extraídas por interpretação sistemática de dispositivos já existentes com os preceitos constitucionais.

Com relação à iniciativa legislativa, ela não é nova em nosso sistema jurídico, como denota o Código de Processo Civil de 1973, p.ex., ao estipular no Livro IV procedimentos especiais para as ações possessórias, inventários e partilhas, venda à crédito com reserva de domínio, *etc.*, ou mesmo no Livro III, ao prever procedimentos cautelares específicos ou nominados como o arresto, exibição, produção antecipada de provas, *etc.*.⁴⁵

No que se refere à interpretação sistemática do ordenamento jurídico nacional, produto da hermenêutica do operador do direito, podemos mencionar alguns institutos jurídicos criados pela jurisprudência, tais como o da dissolução parcial de sociedade ou mesmo da fungibilidade das tutelas cautelar e antecipatória, esta última que veio por merecer ulteriormente uma previsão legislativa expressa (com a inserção do §7º ao art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, pela edição da Lei n. 10.444 de 2002). Essas foram “criações” que tinham por objetivo emprestar mais eficácia à tutela jurisdicional, como é o caso dessa última, como também a de garantir que o processo possa atender melhor à prestensão de direito material, no caso daquela primeira.

⁴⁴- A respeito da técnica processual a serviço dos escopos do processo confira: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instrumentalidade do processo*, 7ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999, p. 224. No mesmo sentido, mas colocando a técnica a serviço do direito material, de modo que a regulação contenha, para fugir de um formalismo despropositado (que o autor a contrapõe com o formalismo valorativo), apenas o indispensável para uma condução bem organizada e eficiente do feito: CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009, p. 146. Sobre o tema, mas abarcando sua problemática: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Notas sobre o problema da efetividade do processo e da técnica processual”, in *Temas de direito processual*, Sexta série, Saraiva, São Paulo, 1997.

⁴⁵- Como bem adverte LUIZ GUILHERME MARINONI, “não há como confundir técnica processual com procedimento. O procedimento é uma espécie de técnica processual destinada a permitir a tutela dos direitos” *Técnica processual e tutela de direitos*, 3ª ed, RT, 2010, São Paulo, p. 148.

É necessário, portanto, adequar a técnica à sua finalidade que é encontrar meios aptos a permitir que a relação processual se desenvolva da forma mais adequada possível, para obtenção de um resultado justo sob o ponto de vista do direito material. Isso porque, nas palavras de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “deve o procedimento adaptar-se à necessidades da relação substancial”⁴⁶, não só por esta constituir a razão de ser daquela, mas também porque, à luz da tutela de urgência, “o fumus e o periculum são aferidos a partir de elementos da relação substancial”.⁴⁷ Assim, adequar a técnica à sua finalidade significa identificar eventuais distorções e corrigi-las de modo a possibilitar um resultado rápido, seguro e efetivo à luz do direito material.⁴⁸

Sob o ponto de vista do direito societário, dinâmico e célere por conta da própria natureza dos interesses materiais em jogo, a lentidão da justiça é deveras perniciosa, razão pela qual os mecanismos de aceleração dos procedimentos e de obtenção liminar da pretensão jurisdicional são determinantes para o alcance de resultados esperados por um justo processo.

Nos negócios jurídicos empresariais é comum haver influência na esfera de direitos subjetivos de uma série de pessoas (físicas ou jurídicas). É mais comum ainda que determinados atos jurídicos se desenvolvam ou tenham fundamento de validade em outros atos jurídicos precedentes e assim sucessivamente. Esse feixe de atos se desenvolve a uma velocidade acima do que é comum verificar nas demais relações de direito privado. Seus reflexos, da mesma forma, têm repercussões perante terceiros ainda em maior escala.

Veja uma deliberação social no âmbito de uma sociedade anônima que, por meio de voto do controlador, aprova as contas do exercício. A mesma deliberação tem o condão de aprovar a distribuição de dividendos no mínimo legal, determinar investimentos internos dentro da companhia e a contratação de terceiros para prestação de alguns serviços. Caso essa deliberação seja anulada, p. ex., pelo fundamento da proibição do controlador aprovar as suas próprias contas ou por qualquer outra irregularidade, efeitos nefastos não só à sociedade advirão, mas também aos acionistas e a terceiros.

⁴⁶- JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, Malheiros, São Paulo, 1995, p. 131.

⁴⁷- JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, Malheiros, São Paulo, 1995, p. 133.

⁴⁸- JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Efetividade do processo e técnica processual*, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, p. 34

A velocidade em que tais questões ocorrem demanda uma resposta imediata do Poder Judiciário contra qualquer eventual ilegalidade. Uma justiça tardia nesse caso não só corre o risco de ser inócua, como também pode acabar com a vida da empresa. É por essas razões que as contendas societárias têm sido caracterizadas como uma verdadeira “guerra de liminares” ou como uma “justiça de liminar”, já que uma decisão a respeito do direito material somente tem utilidade prática se proferida imediatamente.

Essa dinâmica possui uma série de peculiaridades que serão consideradas no presente trabalho à luz das tutelas de urgência e da evidência.

4- O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A OPÇÃO POLÍTICA E SOCIAL ENTRE VALORES

O anteprojeto do novo Código de Processo Civil elaborado pela Comissão de Juristas liderada pelo Min. LUIZ FUX e apresentada ao Senado Federal como Projeto n. 166 de 2010, trouxe uma nítida opção político-social entre valores de modo a privilegiar a celeridade do processo e a busca de uma tutela jurisdicional justa e tempestiva.⁴⁹

Tais mudanças sociais exigiram um grau mais intenso de funcionalidade e eficiência, o que ensejou a necessidade de um novo Código: “sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência”. Por conta disso que “o novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.”

⁴⁹- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO se refere ao “indispensável predicado da tempestividade” da tutela jurisdicional (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Aceleração de procedimentos”, in Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol. II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 894-895). Em sua exposição de motivos, o anteprojeto ratifica esse entendimento afirmando que “o Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições”.

Dentro da perspectiva de tornar as leis processuais menos complexas e mais ágeis, o Código também teve por objetivo a solução de problemas e a redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil. Assim, segundo informa a exposição de motivos, os trabalhos da Comissão tiveram cinco grandes objetivos, quais sejam: “1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, 5) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.”

Uma leitura do Livro I, Parte geral, Título I, Capítulo I, referente aos princípios e garantias do processo, deixa clara a tomada de posição de, finalmente, romper com o ideal de certeza como objetivo final e primordial do processo, para adotar a celeridade e a efetividade como linhas mestras da prestação jurisdicional.

O art. 1º do anteprojeto vem assim redigido: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. Ou seja, trata-se de norma programática que define não só a forma de interpretação das leis processuais, mas também estabelece os valores perseguidos e garantidos pelo processo civil. À luz disso, os arts. 4º⁵⁰, 5º⁵¹, 8º⁵² trazem em si, logo no início do Código, toda a carga valorativa dos preceitos de celeridade e efetividade da prestação jurisdicional que devem permear a interpretação dos demais dispositivos.

No contexto do presente trabalho, releva frisar as alterações proposta pelo anteprojeto no que se refere às tutelas de urgência e da evidência. E muitas

⁵⁰- “Art. 4º As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”

⁵¹- “Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”.

⁵²- “Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios”.

foram elas, inclusive estruturais. Em resumo, foram propostas no projeto as seguintes alterações:

- (i) As tutelas antecipadas e cautelares, como gêneros das medidas urgentes, foram disciplinadas sob um regime único das tutelas de urgência, cujo tratamento em termos de procedimento e requisitos foi unificado e previsto no Código de Processo Civil em um único local, o da Parte Geral (excluiu-se, portanto, o livro das ações cautelares).
- (ii) Os requisitos para deferimento das tutelas da urgência foram unificados e definidos como sendo a “plausibilidade do direito” e o “risco de dano irreparável ou de difícil reparação”.
- (iii) Criou-se a figura da tutela da evidência, com a prescindibilidade do requisito da urgência (“risco de dano irreparável ou de difícil reparação”) em determinadas hipóteses de “palusibilidade do direito” pré-definidas: abuso do direito de defesa ou propósito protelatório; pedido incontroverso, com solução definitiva sobre ele; prova documental irrefutável contra a qual o réu não oponha prova inequívoca; matéria de direito com jurisprudência definida em recursos repetitivos ou súmula vinculante (única hipótese de deferimento sem a oitiva do réu).
- (iv) O requerimento das medidas urgentes foi previsto em seus caracteres preparatório e incidental (antes ou no curso do procedimento), sem pagamento de custas extras àquelas em que se pleiteia a providência principal.
- (v) Previu-se a autorização para o juiz conceder medidas de urgência de ofício em determinadas hipóteses (sem apontar exatamente quais seriam), a faculdade de o juiz exigir caução (salvo em caso de hipossuficiência econômica) e a possibilidade de o juiz revogar as medidas de urgência em decisão fundamentada.
- (vi) A prioridade de tramitação nas demandas em que tenham sido deferidas medidas de urgência foi definida, em acréscimo aos demais motivos de tramitação preferencial previstos em lei.
- (vii) O projeto de estabilização da medida urgente foi expressamente incorporado, de modo que a medida urgente será mantida desde que ausente a impugnação da parte contrária. Assim, os efeitos da medida urgente perduram até que ela seja questionada por demanda autônoma. Nesses casos, a situação não ficará protegida pela coisa julgada, salvo se houver decisão de mérito nessa referida demanda autônoma.
- (viii) Havendo impugnação da medida urgente, previu-se que o pedido principal deverá ser apresentado nos mesmos autos.

- (ix) Não tendo havido resistência pelo réu, previu-se a hipótese de o juiz extinguir o processo depois da efetivação da medida urgente, conservando-se sua eficácia sem que a situação fique protegida pela coisa julgada. Assim, os efeitos da medida urgente perduram até que ela seja questionada por demanda autônoma.

Todas essas propostas estão ainda sob análise legislativa e a probabilidade de serem modificadas é grande, tendo em vista a Comissão Especial criada pela Câmara dos Deputados em 2011, a qual vem recebendo inúmeras sugestões de todo o país. Uma das mais relevantes é aquela entregue pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual-IBDP, lideradas e organizadas pelos Profs. ADA PELLEGRINI GRINOVER, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, CARLOS ALBERTO CARMONA e CÁSSIO SCARPINELA BUENO. De qualquer forma, todas as propostas até então apresentadas desde antes da conclusão dos trabalhos da comissão que elaborou o Projeto n. 166 de 2010, seguem a linha mestra desta no sentido de eleger a celeridade e efetividade do processo como as principais linhas mestras do processo civil, apesar de não serem as únicas.

De qualquer forma, afora as inúmeras sugestões com relação à redação dos dispositivos do Projeto n. 166 de 2010, pela reiterada utilização de expressões deveras vagas e sem correspondência legislativa (quando era possível tal utilização) ou ainda de forma atécnica, algumas críticas positivas e negativas ao projeto no que se refere às medidas urgentes podem ser aqui elencadas.

No que se refere às inovações e supressões positivas contidas no Projeto n. 166 de 2010, pode-se elencar genericamente as seguintes:

a) o Projeto instituiu um regime jurídico único para as medidas urgentes, abarcando totalmente o ideal de fungibilidade das tutelas cautelar e antecipatória, ideal esse já há muito reivindicado pela doutrina para emprestar mais efetividade às medidas de urgência (art. 283);

b) o Projeto tutelou não só a urgência, mas também a evidência porque previu a hipótese de concessão de medida urgente com base em hipóteses pré-definidas de “plausibilidade do direito” sem o requisito da urgência (art. 285, *caput* e incisos);

c) o Projeto trouxe a possibilidade expressa de o juiz conceder as tutelas de urgência de ofício em determinadas circunstâncias (art. 284), independentemente da natureza jurídica que queira se emprestar à medida urgente (se de cautelar ou de tutela antecipada);

As inovações e omissões negativas contidas no Projeto n. 166 de 2010, podem ser elencadas genericamente abaixo:

a) o Projeto não previu expressamente qualquer medida coercitiva para conferir efetividade às medidas urgentes cominatórias (a multa diária, astreintes, etc.). Nesse ponto não foi feliz a alteração da redação dos dispositivos que diziam respeito às obrigações de fazer e não fazer, entrega de coisa, etc., pois instituiu que somente a sentença poderia impor tais medidas de efetividade à tutela cominatória (arts. 502 e 504). Essa omissão pode gerar muito problemas de interpretação e de ordem prática.

b) o Projeto não andou bem na redação do art. 283, quando estipulou os requisitos para a concessão das tutelas de urgência. O *caput* do art. 283 trouxe as seguintes locuções: “plausibilidade do direito” e “risco de dano irreparável ou de difícil reparação”, as quais trarão basicamente dois inconvenientes:

b1) será necessária uma nova definição de “plausibilidade”, já que não é um termo utilizado pelas legislações anteriores. Pode-se imaginar que a redação do art. 273 do Código de Processo Civil já teria suficientemente resolvido essa questão semântica, mas é certo que a utilização de expressões já consagradas na lei e na jurisprudência como “verossimilhança” ou até mesmo o bom e velho “*fumus boni iuris*” seria mais recomendado ou imune a novas discussões. Em um contexto de tantas mudanças, o ideal seria evitar, quando possível, mais discussões sobre a interpretação da nova lei;

b2) o *caput* do art. 283, ao dispor que as medidas urgentes serão deferidas se presente o elemento “risco de dano”, acabou por instituir um injustificado retrocesso às conquistas que deram ensejo à tutela do ilícito. Restringir a concessão da tutela de urgência à demonstração de dano impõe a conclusão de que não são cabíveis tutelas de urgência contra o ilícito.⁵³ Ou seja, a redação do dispositivo limitou as mediadas de urgência às hipóteses de ocorrência de danos efetivos, o que contraria não só a Constituição Federal (CF, art. 5º, inc. XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), como também está em dissonância com os princípios estatuídos no próprio projeto, estatuídos nos arts.

⁵³- Nesse sentido, bem apontam LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO que “os novos direitos, característicos do Estado Constitucional, requerem de um modo geral a tutela inibitória contra o ilícito, independentemente da ocorrência de qualquer espécie de dano” (LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, O projeto do CPC – críticas e propostas, RT, 2010, São Paulo, p. 107).

1^o⁵⁴ e 3^o⁵⁵. Nesse caso, melhor tutelar tanto o perigo de dano, como também o de ineficácia do provimento ou de demora na prestação jurisdicional.

c) o Projeto perdeu uma ótima oportunidade para disciplinar as medidas urgentes sem a oitiva da parte contrária. O ideal seria condicionar a concessão de medidas urgentes sempre à oitiva da parte contrária, salvo em caso de perecimento de direito na espera do contraditório ou mesmo quando a ciência da parte contrária puder, de alguma forma, inviabilizar a efetivação da própria medida urgente. Nesses casos, seria imprescindível exigir do juiz a fundamentação adequada para justificar a dispensa do contraditório.

⁵⁴- “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

⁵⁵- “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”.

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO II PREMISSAS METODOLÓGICAS</p>
--

**5-
PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO E OS PILARES PARA
OBTENÇÃO DE RESULTADOS JUSTOS**

Como já dito, processo justo⁵⁶ é também processo célere⁵⁷ e apto a fornecer uma tutela jurisdicional tempestiva às partes, satisfazendo a pretensão de direito material. A partir dessa premissa, abriu-se uma perspectiva metajurídica do processo civil, com a abordagem de seus institutos fundamentais à luz dos princípios e garantias contidos na Constituição Federal.⁵⁸

Como o direito processual constitucional constitui um método de examinar o sistema e os institutos de direito processual à luz da Constituição Federal, é evidente a importância de se analisar as influências recíprocas havidas entre a constituição e o processo.⁵⁹ Trata-se de um método de exame que tem por finalidade não só emprestar efetividade aos preceitos constitucionais, mas também garantir que o processo siga em conformidade com os ditames constitucionais.

Essa relação entre Constituição e processo é uma via de duas mãos: a Constituição Federal dita os princípios e garantias do ponto de vista político-social sob os

⁵⁶- SERGIO CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, Revista de Processo, n. 152/87-108, out. 2007, São Paulo; LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Garanzie costituzionali e giusto processo: modelli a confronto*, Revista de Processo n. 90, São Paulo, 1998; MAURO BOVE. “Art. 111 cost. e ‘giusto processo civile’”, in *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVII, n. 2, aprile-giugno, 2002, CEDAM, Milano, p. 329. (Peruggia); LEONARDO GRECO, *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, Revista Jurídica n. 305, São Paulo, 2003; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Malheiros, São Paulo, 2001.

⁵⁷- A própria Comissão de Juristas, presidida pelo Min. LUIZ FUX, que apresentou o Anteprojeto de Código de Processo Civil ao Senado Federal em 2010 fez consignar o seguinte e, sua exposição de motivos: “em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo.”

⁵⁸- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O futuro do processo civil brasileiro”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 730.

⁵⁹- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 189.

quais o processo deve ter seu curso, enquanto o processo efetiva e serve de instrumento de atuação concreta da própria Constituição. A tutela jurisdicional é prestada, então, por meio do processo em conformidade com a ordem político-social vigente no país e ditada pela Constituição Federal.

Essa noção de direito processual constitucional é muito importante para manter não só a unidade no sistema processual em uma mesma linha interpretativa, mas também para criar a consciência de que o processo civil é um ramo do direito público.⁶⁰ Por isso, está sujeito a uma série de regras e princípios, que lhe dão os contornos necessários para efetivação da tutela jurisdicional.

Esses princípios e garantias constitucionais não só asseguram às partes litigantes decisões imperativas promovidas pelo Estado, como também um sistema de contornos e limitações à própria atividade jurisdicional. Portanto, os litigantes em um processo judicial têm para si garantidos que o Estado pacificará o conflito emitindo uma decisão imperativa, sob a égide de regras pré-estabelecidas e pelas quais o juiz deve se submeter para proferir uma sentença. Tais regras são o que garantem aos litigantes, por exemplo, o direito de serem julgados por um juiz isento e natural (impedindo que o juiz atue em nome de seus próprios interesses) ou o direito de apresentarem defesa e atuarem em contraditório (impedindo que o juiz profira sentença sem permitir que a parte apresente suas razões e sem que possam contribuir na dialética do processo).

Assim sendo, é lícito afirmar que “a tutela constitucional do processo consiste na projeção da índole e características do próprio Estado sobre o direito processual”.⁶¹ Portanto, à luz dos exemplos mencionados acima, o princípio do juiz natural no processo constitui a materialização da tutela jurisdicional em nome do Estado e não de interesses particulares, ao passo que o princípio do contraditório é a verdadeira materialização do Estado Democrático de Direito, o qual tem por pressuposto de validade a participação dos indivíduos como fator legitimante de suas decisões.

⁶⁰ - Até porque a própria Constituição Federal, no art. 5º, inc. XXXV, dispõe sobre o princípio da inafastabilidade de jurisdição. Esse conceito é advindo de uma evolução que decorre do sistema privatístico romano (quando o processo tinha um caráter contratual entre os litigantes). Hoje, o poder de o juiz decidir imperativamente e com autoridade sobre a vontade dos litigantes decorre do próprio poder estatal.

⁶¹ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, vol. I, Malheiros, 2001, p. 194.

Os conceitos de princípio e garantia não são unanimidade na doutrina.⁶² De qualquer forma, os conceitos mais celebrados são aqueles que, de alguma forma, definem garantia como um sistema de limitações ao poder estatal;⁶³ princípios, por sua vez, são definidos como aquelas regras mais fundamentais do sistema e dotadas de generalidade e que preceituam a atuação geral, características essas do direito alemão⁶⁴ e norteamericano.⁶⁵

Nesse contexto, é importante mencionar que a antiga distinção entre normas e princípios deu lugar, depois das obras de RONALD DWORKING⁶⁶ e ROBERT ALEXY⁶⁷, à distinção entre regras e princípios,⁶⁸ já que para os autores ambos seriam considerados normas.⁶⁹

⁶² - Há ainda quem aproxime esses dois conceitos de forma a tratá-los com certa indistinção (JOSÉ ANTÔNIO DELGADO, “A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão”, in Revista de Processo, n. 65, 1992, pp. 89-103). Segundo a obra de ROBERT ALEXY, o conceito de princípio não se relaciona obrigatoriamente com o conceito de fundamentalidade do comando legal (como usualmente se tem como pressuposto na doutrina constitucional brasileira). Para ROBERT ALEXY, princípio pode ser a norma fundamental do sistema como também pode não ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não em razão de sua funcionalidade (ROBERT ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, Malheiros, São Paulo, pp. 86-90, trad. Virgílio Afonso da Silva). Para uma busca a respeito das teorias brasileiras e estrangeiras mais relevantes confira-se: NELSON NERY JR., Princípios do processo na Constituição Federal, 10ª ed., RT, São Paulo, 2010, pp. 21 e ss..

⁶³ - Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, garantias são normas que conferem a seus titulares meios, técnicas e instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade dos mesmos ou ainda imposições limitativas ao exercício do poder público (JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de direito constitucional positivo, 19ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001, p. 92).

⁶⁴ - AUGUST SIMONIUS, “Über bedeutung, herkunft und wandlung der grundsätze des privatrechts”, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 71 (1952), p. 239. Contra a generalidade como critério distintivo no direito alemão: JOSEF ESSER Grundsatz und Norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts, 3ª ed., Mohr, Tübingen, 1974, p. 51; KARL LARENZ, Richtiges Recht, Beck, München, 1979, p. 26. Citados por ROBERT ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008, p. 93, trad. por Virgílio Afonso da Silva.

⁶⁵ - JOSEPH RAZ, “Legal principles and the limits of law”, in Yale Law Journal 81 (1972), p. 838; GEORGE C. CHRISTIE, “The model of principles”, in Duke Law Journal 17 (1968), p. 669; Graham Hughes, “Policy and decision making”, in Yale Law Journal 77 (1968), p. 419. Citados por ROBERT ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008, p. 93, trad. por Virgílio Afonso da Silva.

⁶⁶ - RONALD DWORKING, Taking rights seriously, 2ª ed., Duckworth, London, 1978.

⁶⁷ - ROBERT ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008, p. 93, trad. Virgílio Afonso da Silva.

⁶⁸ - Em boa análise sobre essa proposta de distinção entre regra e princípio: VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, in Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, v. 1, 2003, p. 612 e ss.

⁶⁹ - Ainda sobre o debate acerca da distinção entre regras e princípios, confira: KLAUS GÜNTHER, Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e ampliação, Landy, São Paulo, 2004, trad. Cláudio Moltz; ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS e CLÁUDIO LADEIRA

Para ROBERT ALEXY, princípios são normas que ordenam uma conduta realizável na maior medida possível, dentro das circunstâncias jurídicas e fáticas existentes, ou seja, princípios são “mandamentos de otimização”. Regras, segundo o autor, seriam determinações obrigatórias dentro de determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas, ou seja, as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.

A teoria de ROBERT ALEXY tem por base definir princípios por critérios de “peso”, segundo o conceito da “dimensão do peso” dado por RONALD DWORKING.⁷⁰ Isso porque, esse é o melhor método, no entendimento de ROBERT ALEXY, que possibilita resolver os conflitos entre princípios e entre regras.

Dessa forma, havendo colisão entre princípios, “um dos princípios tem precedência sobre o outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”.⁷¹ Ou seja, os princípios coexistem e são, na medida das condições do caso concreto, preponderantes um sobre os outros. Havendo colisão entre regras, sempre uma delas será válida e a outra inválida.⁷² Há, portanto, segundo a teoria de ROBERT ALEXY, uma “diferença qualitativa”⁷³ entre regras e princípios.⁷⁴

DE OLIVEIRA, “A contribuição de Klaus Günter ao debate acerca da distinção entre regras e princípios, in revista Direito GV, vol 2, n. 1, jan-jun 2006, 241-254.

⁷⁰ - RONALD DWORKING, *Taking rights seriously*, 2ª ed., Duckworth, London, 1978, pp. 26-27.

⁷¹ - ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008, p. 94, trad. Virgílio Afonso da Silva. A respeito de colisão de princípios: ROBERT ALEXY, “Direitos fundamentais no estado constitucional democrático” in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217, julho/setembro 1999, pp. 55-66, trad. Luís Afonso Heck. A respeito dos conflitos entre princípios e a aplicação do princípio da proporcionalidade, confira-se: WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

⁷² - Assim em caso de conflito, deve-se soperar as circunstâncias fáticas e jurídicas no sentido de que os princípios devem sempre coexistir. As regras não seriam dotadas de peso e por isso não há coexistência: se há conflito, uma delas será sempre inválida e a outra válida.

⁷³ - ROBERT ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008, p. 90, trad. Virgílio Afonso da Silva.

⁷⁴ - “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma ou é uma regra ou é um

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, os princípios processuais constitucionais são eficazes porque suas garantias são dotadas de sanção. Garantias constitucionais, por sua vez, consistem em preceitos dotados de sanção e que têm seu pressuposto de validade no respectivo princípio constitucional. Dessa forma, a inobservância a determinada garantia constitucional processual gera a invalidade ou ineficácia do ato.⁷⁵

Nem sempre um princípio constitucional vem acompanhado de uma respectiva garantia: o que ocorre nesses casos é que o princípio age como norma programática e orientadora de conduta e de produção legislativa infraconstitucional. Quando a um princípio corresponde uma garantia, têm-se preceitos dotados de sanção e, seu descumprimento, a pena de invalidade ou ineficácia. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO traz o exemplo do princípio do duplo grau de jurisdição que, categorizado como princípio constitucional processual, inspira o legislador ao editar leis e o juiz ao interpretá-las quando da resolução de casos concretos a respeito do juízo de admissibilidade de algum recurso.⁷⁶ Agora, por não ser uma garantia, o princípio do duplo grau de jurisdição concilia sua existência com a de casos de competência originária dos tribunais, hipóteses em que há um grau único de jurisdição.

Mas nem tudo aquilo que usualmente se vê referido como princípio é mesmo um princípio. Como bem apontado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, existem os “falsos princípios” a que alude a doutrina italiana, constituindo esses falsos princípios, na verdade, verdadeiras regras técnicas.⁷⁷

princípio” (ROBERT ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008, pp. 90-91, trad. Virgílio Afonso da Silva).

⁷⁵- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, vol. I, Malheiros, 2001, pp. 195-196.

⁷⁶- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, vol. I, Malheiros, 2001, p. 195.

⁷⁷- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO dá conta da existência dos princípios formativos (ou informativos) do processo, que não são tecnicamente princípios, mas verdadeiras técnicas e regras de grande importância para o processo. São eles: a) princípio econômico: melhor resultado com o melhor dispêndio de recursos possível (eficiência); b) princípio lógico: seleção de meios eficazes à descoberta da verdade e das soluções corretas, evitando erros; c) princípio jurídico: igualdade no processo e julgamentos com fidelidade no direito material; d) princípio político: binômio representado pelo máximo de benefício social com o mínimo de sacrifício pessoal. Esses falsos princípios são na realidade regras técnicas que não refletem opções políticas. Independentemente de opções político-sociais, um processo deve sempre realizado de modo eficiente, lógico, juridicamente adequado e politicamente correto. Seu resultado não tem, portanto e por si só, o condão de exprimir resultados coerentes com grandes premissas constitucionais e adequados às suas opções político-sociais, esses sim verdadeiros princípios. Outros exemplos de regras técnicas usualmente tidas por princípios:

Nesse contexto a Constituição Federal dispõe expressamente a respeito de alguns verdadeiros princípios que prevalecem em toda espécie de processo (trabalhista, penal, fiscal, civil, administrativo ou judicial, etc.). São eles o do devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da igualdade, da liberdade, do contraditório e ampla defesa, do juiz natural, da publicidade, da entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável, da motivação das decisões judiciais, entre outros.

A intenção é refletir no processo os valores do próprio Estado-de-Direito, valores esses de perspectiva claramente democrática, já que o Estado Democrático de Direito tem por premissa ser pluralista, de acesso universal, participativo, isonômico, liberal, transparente, impessoal, etc. Trata-se, na verdade, dos parâmetros para definição de um justo processo, pelo qual o indivíduo tem à disposição garantias constitucionais que possibilitem que a tutela jurisdicional seja legítima e efetiva.

O processo, portanto, se apresenta como um verdadeiro instrumento de materialização do regime democrático, já que constitui um dos meios pelos quais o indivíduo põe em prática seus direitos fundamentais quando busca a realização de seu direito substancial. Essa perspectiva realça duas importantes questões.

A primeira de que o processo deve ser visto como meio de efetivação do direito material, colocando-se a serviço deste e não como mero exercício formal dos direitos processuais garantidos na constituição.⁷⁸ A segunda de que o processo, no desempenho dessa função, persegue a realização de um escopo jurídico (realização do direito material), um político (do próprio exercício do poder estatal, com a participação do indivíduo) e um social (pacificação com justiça).⁷⁹

da demanda, da correlação ente o pedido e o provimento, do livre convencimento, da oralidade, dispositivo, lealdade, instrumentalidade das formas. Todos esses princípios informativos do processo, nada obstante sua importância, não podem ser considerados princípios gerais porque referem-se a apenas algum setor do direito ou ciência processual: o princípio do livre convencimento tem pertinência à disciplina da prova e o da oralidade à forma de determinado procedimento (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, vol. I, Malheiros, 2001, pp. 195-196). Elencando princípios processuais que tecnicamente não são: RAUL PORTANOVA, Princípios do processo civil, 5ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, p. 13-16.

⁷⁸- JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Direito e processo, Malheiros, São Paulo, 1995, p. 17. O autor ainda afirma que “à luz da natureza instrumental das normas processuais, conclui-se não terem elas um fim em si mesmas. Então, pois, a serviço das regras substanciais, sendo esta a única razão de ser do direito processual. Se assim é, não se pode aceitar um sistema processual não sintonizado com seu objeto” (pp. 17-18).

⁷⁹- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instrumentalidade do processo, 6ªed., Malheiros, 1998, pp. 149 e ss.. O autor assevera que “fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade (...) em outras palavras: a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica

Todos esses princípios convergem para três princípios basilares do processo: o do acesso à justiça (o Estado, por ter avocado a competência exclusiva de resolver os conflitos, tem de possibilitar a todos indivíduos mecanismos para fazer valer seus direitos);⁸⁰ o devido processo legal (o Estado, para legitimar suas sentenças, tem de se valer de um processo segundo regras pré-estabelecidas e recheado dessas garantias constitucionais);⁸¹ e o da celeridade do processo (sem o qual não se pode falar nem mesmo em jurisdição).⁸²

No contexto do presente trabalho, é imprescindível examinar os princípios constitucionais de processo aplicados ao direito societário, sob o ângulo da efetividade do processo societário. Para tanto, propõe-se a tratar do processo societário à luz do princípio do devido processo legal (principalmente sob o aspecto substantivo) e do princípio da celeridade (entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável e celeridade processual). Aliado a esses dois princípios e partindo-se da premissa de que o processo é instrumento de efetivação do direito material, o presente trabalho também analisará esses princípios constitucionais processuais à luz das relações entre direito e economia, para abarcar o princípio da eficiência (econômica) ao processo.

6- PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A origem histórica⁸³ da cláusula do *due process of law* é do direito inglês, especificamente da edição no ano de 1.215 da Magna Carta pelo do Rei João Sem

por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos” (pp. 149 e 150).

⁸⁰ - Constituição Federal, art. 5º, inc. XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁸¹ - Constituição Federal, art. 5º, inc. LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

⁸² - Constituição Federal, art. 5º, inc. LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Segundo a visão de DELOSMAR MENDONÇA JÚNIOR, “o direito de ação significa não apenas o mero acesso ao judiciário, na dimensão restrita e insuficiente de propor demandas e se defender. Não. O direito de acesso à justiça significa tutela efetiva que se desdobra nos elementos adequação e tempestividade” (DELOSMAR MENDONÇA JÚNIOR, Princípio constitucional da duração razoável do processo, in Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, RT, São Paulo, 2007, p. 994, coord. Araken de Assis, et al.)

⁸³ - A respeito do perfil histórico da cláusula do *due process of law*, confira: PAULA SARNO BRAGA, Aplicação do devido processo legal nas relações privadas, Jus Podivum, São Paulo, 2008, pp. 155 e ss.; MARIA ROSYNETE OLIVEIRA, Devido processo legal, Sérgio Antônio Fabris,

Terra.⁸⁴ Esse documento, que em sua origem constituiu garantia conferida aos senhores feudais pelo Rei, tornou-se um verdadeiro embrião para a imposição pela nobresa de leis às quais o próprio monarca deveria se submeter.⁸⁵ Especificamente em seu capítulo 39, assegurava-se que nenhum homem livre poderia ser privado de seus bens sem um julgamento por seus pares (*judgment of his peers*) e em desatendimento à lei da terra (*law of the land*).

A Magna Carta, que havia sido escrita inicialmente em latim, foi traduzida para o inglês em 1354.⁸⁶ Contudo, a terminologia *law of the land* foi substituída por *due process of law* somente com a edição do Statute of Westminster of the Liberties of London. Durante alguns séculos a discussão a respeito do devido processo legal ficou em segundo plano, diante da divisão de poder na Inglaterra entre o Rei e o Parlamento. Contudo, com o advento de algumas rusgas entre esses dois pólos de poder, a leitura da cláusula do *due process of law* passou a ser insuficiente sob seu aspecto unicamente processual. Pela necessidade de impor a Magna Carta ao próprio poder estatal, passou-se a interpretar a cláusula do devido processo legal pelo seu aspecto substantivo, na medida em que era preciso impor um verdadeiro “controle de validade dos atos estatais”,⁸⁷ o que culminou com a edição do Petition of Right em 1.628, verdadeiro embrião dessa nova forma de se interpretar a lei da terra.

Como colônia inglesa, os Estados Unidos da América também tiveram, desde sua constituição pela independência havida em 1776, a cláusula do devido processo legal em sua cultura jurídica. Inicialmente incorporada sob seu aspecto meramente processual, naturalmente houve uma evolução para reconhecer um caráter

Porto Alegre, 1999, pp. 22 e ss.; PONTES DE MIRANDA, História e prática do habeas corpus (direito constitucional e processual comparado), tomo I, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 1979, pp. 12 e ss.; ADAUTO SUANNES, Os fundamentos éticos do devido processo penal, 2ª ed., RT, São Paulo, 2004, pp. 96 e ss.; RUTEMBERG NUNES PEREIRA, O princípio do devido processo legal substantivo, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 14 e ss..

⁸⁴- Há posicionamento doutrinário no sentido de que a origem do devido processo legal é do direito grego na “Antígona” de Sófoles (ADHEMAR FERREIRA MACIEL, “O devido processo legal e Constituição brasileira de 1988, in Revista de Processo, n. 85, 1997, pp. 176 e ss.) e também no sentido de ser originária do direito alemão na Alemanha Medieval do séc. XI – Reinado de Conrado II (RUTEMBERG NUNES PEREIRA, O princípio do devido processo legal substantivo, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 15 e ss.),

⁸⁵- ADA PELLEGRINI GRINOVER, As garantias constitucionais do direito de ação, RT, São Paulo, 1973, pp. 23-24.

⁸⁶- PAULA SARNO BRAGA, Aplicação do devido processo legal nas relações privadas, Jus Podivum, São Paulo, 2008, p. 159.

⁸⁷- PAULA SARNO BRAGA, Aplicação do devido processo legal nas relações privadas, Jus Podivum, São Paulo, 2008, p. 164.

substantivo ao *due process of law* em decorrência de tomadas de posições sucessivas da Suprema Corte americana pela possibilidade de se rever atos normativos inconstitucionais que restringiam indevidamente “os bens jurídicos mais valiosos da pessoa humana, tutelados constitucionalmente”.⁸⁸ Essa garantia, incorporada pela Constituição americana na 5ª e 14ª Emendas, com o tempo, ganhou o mundo e logo se instalou nas principais constituições da Europa e América: Alemanha, Itália, Espanha, Argentina, México, Panamá, etc.⁸⁹

No Brasil, a garantia do devido processo legal tardou a chegar em nosso ordenamento constitucional. Somente na Constituição Federal de 1988 é que o devido processo legal foi incorporado explicitamente ao ordenamento jurídico nacional como princípio e garantia fundamental, quando em seu art. 5º, inc. LIV, dispôs-se o seguinte: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O princípio do devido processo legal é uma convergência de uma série de princípios e garantias constitucionais de processo.⁹⁰ A Constituição Federal no art. 5º, inc. LIV, constitui uma verdadeira “fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma”⁹¹ dessas garantias constitucionais. Como bem notado por NELSON NERY JR., “bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despidiendos”.⁹² De qualquer modo,

⁸⁸ - PAULA SARNO BRAGA, Aplicação do devido processo legal nas relações privadas, Jus Podivum, São Paulo, 2008, p. 170.

⁸⁹ - A respeito da absorção da cláusula do *due process of law* nesses países: PAULA SARNO BRAGA, Aplicação do devido processo legal nas relações privadas, Jus Podivum, São Paulo, 2008, pp. 167 e ss.

⁹⁰ - ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, Constituição e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo, Saraiva, São Paulo, 1989, p. 15; ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, Devido processo legal e tutela jurisdicional, RT, São Paulo, 1993, p. 19. “A observância dos preceitos previamente estabelecidos na Constituição Federal e na lei significa respeitar o devido processo legal. Isso significa que oferecer decisões motivadas, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, é respeitar o devido processo legal. Há portanto, uma superposição do devido processo legal sobre os demais princípios, garantias e regras constantes no ordenamento jurídico” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, “Devido processo legal substancial”, in Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, v. II, 2002. Cfr. tb. http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6, acesso em 2/11/2011).

⁹¹ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, vol. I, Malheiros, 2001, n. 94, p. 243.

⁹² - NELSON NERY JR., Princípios do processo civil na Constituição Federal, 10ª ed., RT, São Paulo, 2010, p. 87. O autor, contudo, faz a ressalva no sentido de que a repetição e explicitação de

como a Constituição Federal de 1988 foi editada em período de transição de um regime político militar para um democrático, a preocupação do constituinte foi, legitimamente, a de explicitar todas as garantias fundamentais de forma que se evitasse qualquer discussão sobre sua extensão.

A doutrina tem muita dificuldade de conceituar o devido processo legal e precisar contornos exatos dessa garantia porque tal conceito é deveras vago e possui uma amplitude deliberadamente indeterminada. A finalidade de se estabelecer uma cláusula aberta é exatamente a possibilidade de se amoldar essa garantia às exigências de cada situação de vilipêndio aos direitos fundamentais dos cidadãos.

De qualquer forma o devido processo legal em seu viés processual ou formal tem por objetivo primordial a tutela da liberdade e dos bens por meio de um processo judicial (ou não – arbitral ou administrativo). Trata-se da instituição da forma,⁹³ de verdadeiras garantias processuais formais das quais decorre não só a legitimidade da decisão, como também a sua própria imperatividade.⁹⁴

cada uma das garantias inseridas dentro da cláusula do devido processo legal tem por objetivo enfatizar a importância dessas garantias e evitar qualquer dúvida em sua aplicação.

⁹³ - O processo, segundo a visão de MICHELE TARUFFO, é um “jogo” e por isso não pode ser encarado como uma relação solitária ou uma partida jogada “a dois”, mais sim uma relação dinâmica. Essa dinâmica fundamental do processo é a contraposição dialética entre as posições em conflito; da tese e da antítese; da afirmação e da constestação. Trata-se, substancialmente, do encontro entre versões contrastantes dos fatos e do direito. Não é por outro motivo que o próprio conceito do contraditório seja confundido com o de processo, mostrando por vezes como um elemento diferenciador entre este ou aquele processo. Não se trata de referência apenas da inevitável atuação da garantia de defesa. Trata-se, sobretudo, de compreender que a estrutura basilar do processo se funda na contraposição (controvérsia) de duas ou mais hipóteses relativas situação de fato e de direito que estão na base da controvérsia. Ademais, importante considerar que as diversas histórias contadas pelos sujeitos do processo podem variar em seu curso, em função da história que tenha sido proposta pela outra parte. Se consideramos o processo como um instrumento para se alcançar um fim, materializado na sentença, pode-se afirmar que o processo serve para preparar a sentença final. A função preparatória do processo se explica por diversos modos e aspectos, incluídos na formulação das hipóteses relativas às posições controvertidas das partes. O desenvolvimento da dialética processual serve, então, para a coleta dos elementos necessários à decisão. É exatamente nesse contexto dialético que o devido processo legal processual vem para, por meio de um procedimento pré-estabelecido, guiar a sequência de atos para a obtenção de um resultado que é a decisão judicial (MICHELE TARUFFO, “Giudizio: processo, decisione”, in *I metodi della giustizia civile*, CEDAM, Milano, 2000).

⁹⁴ - “No Brasil, no campo específico do direito processual, a regra do inc. LIV, do art. 5o, da Constituição Federal tem o valor supremo de demonstrar a indispensabilidade de todas as garantias e exigências inerentes ao processo, de modo que ninguém poderá ser atingido por atos sem a realização de mecanismos previamente definidos na lei” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, “Devido processo legal substancial”, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, v. II, 2002. Cfr. tb. http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6, acesso em 2/11/2011).

Mas essa visão não se mostra suficiente dentro de um regime democrático. É necessário analisar o devido processo legal pelo seu aspecto substancial ou material, cujos objetos de incidência são as próprias normas (assim entendidas como leis, decretos, regulamentos – emanados do Poder Legislativo ou não) em seu aspecto de criação e de aplicação concreta.⁹⁵ Apesar do conteúdo substantivo do *due process of law* ser insuscetível de confinamentos conceituais⁹⁶, seu âmbito de atuação está centrado na imposição de regras à sociedade, dimensão essa que vai além do processo. Em essência, “constitui um vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático”.⁹⁷

A grande realidade é que o devido processo legal substancial autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, bem como a congruência lógica entre as situações concretas e as decisões administrativas e judiciais.⁹⁸ Assim, deve sempre haver uma relação de adequação entre o

⁹⁵ - A respeito da necessidade de se observar o devido processo legal não só pelo seu aspecto processual, mas pelo viés substantivo, a doutrina nacional é farta: PEDRO MIRANDA DE OLIVEIRA, Constituição, processo, e o princípio do *due process of law*, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, p. 1095, coord. Araken de Assis (et al.); JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, Garantias da prestação jurisdicional sem as dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, *revista de Processo*, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 74, abr./jun. 1992; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, Devido processo legal e tutela jurisdicional, RT, São Paulo, 1993, p. 101-106; ADA PELEGRINI GRINOVER, O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo, in *O processo em sua unidade*, Forense, Rio de Janeiro, 1984; CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006; GILBERTO GOMES BRUSCHI, Breves considerações sobre o princípio do contraditório e da ampla defesa no processo civil, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, p. 1026, coord. Araken de Assis (et al.); ROBERTO ROSAS, “Garantias processuais”, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, p. 1107, coord. Araken de Assis (et al.); RONNIE PREUSS DUARTE, “Garantias constitucionais do processo e o procedimento nas entidades privadas – uma hipótese de eficácia horizontal dos direitos processuais fundamentais?”, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, p. 1118, coord. Araken de Assis (et al.).

⁹⁶ - Por não estar sujeito a conceituações apriorísticas, o devido processo legal revela-se na sua aplicação casuística. Nesse sentido: CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1989, pp. 55-56; PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, “Devido processo legal substancial”, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, v. II, 2002. Cfr. tb. http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6, acesso em 2/11/2011.

⁹⁷ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Malheiros, 2001, p. 243.

⁹⁸ - A investigação da razoabilidade e da proporcionalidade da decisão segundo os preceitos do devido processo legal substancial está, em grande escala, vinculada à fundamentação da

fato e a atuação concreta da Administração e dos órgãos jurisdicionais. Daí estar a razoabilidade ao lado da proporcionalidade,⁹⁹ cujos conceitos sempre caminharam lado-a-lado. Para quem as diferencia, a proporcionalidade diz respeito a uma comparação entre duas variáveis: meio e fim; já a razoabilidade não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas representa um padrão de avaliação geral. Nada obstante tais diferenças, são conceitos complementares e que se destinam, dentre outras funções, a estabelecer a eficácia material do *due process of law*.¹⁰⁰

O devido processo legal substancial impõe, portanto, uma autolimitação no poder do estado no monopólio do exercício da jurisdição, no sentido de que ele será cumprido com as limitações contidas nos princípios e garantias constitucionais e demais regras fundamentais do processo.

O perfil de processo resultante do devido processo legal formal e material é o do processo justo e equo, ou seja, processo regido por garantias mínimas de meios e de resultados: garantido o ingresso em juízo, é indispensável que o processo corra sob garantias mínimas de meios, com a observância dos princípios e garantias constitucionais do processo, e de resultados, por meio de julgamentos justos, céleres e

decisão judicial. Isso porque, como a decisão judiciária deve ter um controle externo, a fundamentação funciona como o mecanismo mais eficiente para representar a boa razão da escolha feita pelo juiz. O juízo deve exprimir de forma racionalmente aceitável a forma com a qual encontrou a decisão final, bem como os critérios e argumentos utilizados e nos quais se funda a questão jurídica envolvida. A fundamentação não precisa ser uma descrição minuciosa de todo o procedimento psicológico que houve na mente do julgador e que levou à decisão judicial. Mas também não se pode negar a necessidade de uma demonstração racional do raciocínio utilizado. Quanto mais racional e quanto mais seguir o método, mais chances de ser justa a decisão será. E essa probabilidade se reflete na forma pela qual a fundamentação dessa decisão se apresenta, preferencialmente com a expressa consignação dos seus termos, raciocínio e critérios. (MICHELE TARUFFO, “Giudizio: processo, decisione”, in I metodi della giustizia civile, CEDAM, Milano, 2000).

⁹⁹- A respeito do princípio da proporcionalidade confira-se: MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONÍCIO, Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais, Atlas, São Paulo, 2006; RAQUEL DENIZE STUMM, Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1995; CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006.

¹⁰⁰- PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, “Devido processo legal substancial”, in Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Buenos Aires, v. II, 2002. Cfr. tb. http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6, acesso em 2/11/2011. CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO afirma que a partir desse conjunto reiterado de decisões emanadas pela Justiça norte-americana, construiu-se o axioma segundo o qual “uma lei não pode ser considerada uma law of the land, ou consentânea com o due process of law, quando incorrer na falta de ‘razoabilidade’ ou de ‘racionalidade’, ou seja, em suma, quando for arbitrária”. (CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1989, pp. 55-56).

úteis.¹⁰¹ E, como o que importa para o processo são seus resultados justos, céleres e úteis, não basta que o juiz empregue os meios adequados se ele vier a decidir tardiamente ou de forma inútil. Nem se admite que se ele se aventure a decidir sem ter empregado os meios ditados pela Constituição e pela lei. Isso porque, “segundo a experiência multissecular expressa nas garantias constitucionais, é grande o risco de erro quando os meios adequados não são cumpridos”.¹⁰²

Essas chamadas “garantias mínimas” de “meios” para obtenção de “resultados”¹⁰³ significa “efetivar o devido processo legal substancial e ao mesmo tempo fazer cumprir o objetivo central de todo o processo civil, que é justamente o acesso à ordem jurídica justa. Afinal, “o processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas”.¹⁰⁴ Meios justos geram (ou deveriam gerar) resultados justos.

Hoje em dia é assente o entendimento de que o acesso à justiça não se cinge à possibilidade de o indivíduo ingressar com seu pedido em juízo. A própria garantia da ação e de acesso à justiça seria inócua se o Estado, na promessa de resolver os conflitos, não tivesse também a capacidade, por meio do processo, de obter os resultados esperados: um provimento justo, eficiente e tempestivo. Ora, não é por outro motivo que a na lição de LUIGI PAOLO COMOGLIO, o fundamento do justo processo está na própria clausula do devido processo legal, que se vincula umbilicalmente ao próprio direito de ação.¹⁰⁵

Assim, de nada vale uma sentença que entrega o bem da vida a quem não tem razão; de nada vale uma sentença que não consegue se projetar utilmente na

¹⁰¹ - Nas palavras de NELSON NERY JR., “justo processo – ou fair procedure, ou faires verfahren – nada mais é do que a procedural due process cause, ou seja, o devido processo legal processual, ou, mais simplesmente, devido processo. A doutrina italiana, na tentativa de traduzir o termo due, sugere as idéias de processo regular ou correto e propõe que a expressão seja traduzida como justo, em face do conteúdo e significado da cláusula processual do devido processo legal. A idéia é de processo justo, processo entendido aqui como em seu sentido estrito, de meio pelo qual se exerce o direito de ação. Mas a terminologia parece apequenar o instituto, cuja magnitude do conteúdo é de direito material e de direito processual” (NELSON NERY JR., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 10ª ed., RT, São Paulo, 2010, p. 88).

¹⁰² - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 246.

¹⁰³ - NICOLÒ TROCKER, “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, junho, 2001, Giuffrè, Milano, p. 381.

¹⁰⁴ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 108.

¹⁰⁵ - LUIGI PAOLO COMOGLIO, “Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto)”, in *Revista de Processo*, v. 90, São Paulo, p. 148.

vida das pessoas; e de nada vale se uma sentença é proferida de forma intempestiva (fora do *timing* ditado pela necessidade do direito material) ou que leve anos para ser proferida (quando já nem mais se mostrava relevante uma decisão judicial). Percebe-se assim que quanto mais equilibrados forem os regramentos de segurança e celeridade, mais efetiva será a tutela jurisdicional.¹⁰⁶

Um resultado que não se propõe a atender conjuntamente a todas essas necessidades não pode ser considerado justo, eficiente ou tempestivo. Nesse caso, além da própria violação ao devido processo legal sob seus aspectos processual e material, pode-se inclusive afirmar que houve ausência de jurisdição ou negativa de acesso à justiça. Trata-se do que se chama modernamente de acesso efetivo à justiça.¹⁰⁷

7-

PRINCÍPIO DA CELERIDADE E DA TUTELA JURISDICIONAL EM TEMPO HÁBIL

Até a edição da Emenda Constitucional n. 45, a doutrina nacional tinha de fazer certa ginástica para encarar como princípio constitucional o direito a um processo célere e de duração razoável.¹⁰⁸ Muitos fundamentos foram utilizados, como o de

¹⁰⁶ - JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “Garantia do processo sem dilações indevidas”, in *Garantias constitucionais do processo*, RT, São Paulo, 1999, p. 236.

¹⁰⁷ - “O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe o alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica” (MAURO CAPPELLETTI, BRYANT GARTH, *Acesso à justiça*, Sergio Antônio Fabris editor, Porto Alegre, 1988, p. 13, trad. Ellen Gracie Northfleet). O magistral trabalho de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH tem a efetividade por premissa do acesso à justiça. Para eles, apesar de o conceito de efetividade ser vago, “a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’ – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos” (p. 15). A esse posicionamento acrescenta-se as novas tendências em termos de acesso à justiça (técnicas processuais, meios alternativos de solução de litígios, etc.). nada obstante todo o pensamento dos autores, é importante acrescentar a questão da tempestividade da tutela jurisdicional, tema esse com relação um pouco mais íntima com o objeto deste trabalho.

¹⁰⁸ - A respeito do princípio da celeridade e da duração razoável do processo a doutrina nacional é farta: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, da CF), in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, p. 1076, coord. Araken de Assis (et al.); PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas*, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, p. 1397, coord. Araken de Assis (et al.); DELOSMAR MENDONÇA JÚNIOR, *Princípio constitucional da duração razoável do processo*, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, p. 989, coord. Araken de

que essa premissa era decorrência direta do próprio princípio do devido processo legal ou do acesso à justiça. Ou ainda de que era oriundo das disposições do Pacto de San José da Costa Rica, especificamente do art. 8º, n. 1,¹⁰⁹ promulgado e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 678 de 9 de novembro de 1992.¹¹⁰

Essa preocupação, portanto, não é nova. A tentativa de caracterizar como constitucional o comando de julgamento em tempo razoável pode inclusive, no direito brasileiro, remontar à Constituição Imperial, já que em seu art. 179, inc. VIII, já se dispunha da locução “prazo razoável” para impor julgamentos criminais céleres aos casos em curso em lugares remotos. No direito estrangeiro, essa preocupação já se materializou em comandos constitucionais em diversos países como Itália,¹¹¹ Portugal¹¹² e Espanha.¹¹³

Assis (et al.); JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Garantias da prestação jurisdicional sem as dilações indevidas, como corolário do devido processo legal*, revista de Processo, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 74, abr./jun. 1992; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Inflação e processo: evolução histórica e realidade atual*, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. I, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 302.

¹⁰⁹ - “Toda pessoa tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um tempo razoável”. Essas e outras disposições do Pacto de San José da Costa Rica foram objeto de amplo debate ao tempo de sua promulgação e incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro. A controvérsia girava em torno das consequências advindas do disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, que ao dispor que “os direitos e garantias dispostos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, emprestava a qualidade de norma constitucional aos princípios esculpidos no referido Pacto de San José da Costa Rica. A esse respeito, com ampla fundamentação para recepcionar as disposições do Pacto como normas constitucionais: FÁVIA PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, Max Lemonad, São Paulo, 1996.

¹¹⁰ - Confira-se, por todos: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Garantias da prestação jurisdicional sem as dilações indevidas, como corolário do devido processo legal*, revista de Processo, São Paulo, v. 17, n. 66, p. 74, abr./jun. 1992; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Garantia do processo sem ilações indevidas*, in *Garantias constitucionais do processo civil*, RT, São Paulo, 1999, p. 234-262.

¹¹¹ - Art. 111 da Constituição italiana. Na Itália, a reforma constitucional que deu origem a esse dispositivo foi objeto de grandes discussões doutrinárias a respeito da eficácia e do real alcance do art. 111. Veja, por todos: GIUSEPPE TARZIA, “L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile”, in *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVI, n. 1, gennaio-marzo, 2001, pp. 1-22; MAURO BOVE, “Art. 111 cost. e ‘giusto processo civile’”, in *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVII, n. 2, aprile-giugno, 2002, CEDAM, Milano, p. 329.

¹¹² - Art. 20 da Constituição portuguesa. Em estudo comparativo, FERNANDO HORTA TAVARES aponta que em Portugal e no Brasil, há o entrelaçamento desse princípio de celeridade e de um tempo razoável dos julgamentos com os demais da respectivas Constituições (FERNANDO HORTA TAVARES, “Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo”, in *Constituição e processo: contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, Del Rey, Belo horizonte, 2009, pp. 265-279, coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado.

¹¹³ - Art. 24 da Constituição espanhola.

Com o advento da referida Emenda Constitucional n. 45 que acrescentou o inc. LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, a interpretação dos valores celeridade e julgamento em tempo razoável como comandos constitucionais ficou mais fácil e direta. Ficou, portanto, claramente caracterizado como princípio constitucional já que assim dispõe o art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Desde a inclusão do inc. LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, com mais razão, portanto, “a justiça tem de ser feita da forma mais rápida possível”,¹¹⁴ desde que, obviamente, conciliada com o princípio também constitucional do devido processo legal. “Assim, ao lado da efetividade do resultado que deve conotá-la, imperioso é também que a decisão seja tempestiva.”¹¹⁵ Um julgamento tardio perde seu caráter reparador, na medida em que quanto mais distante do fato, mais fraca e ilusória é a decisão judicial. Na mesma linha, ADOLF WACH trata do definhamento do direito frente a uma máquina processual “engenhosa”, mas que por sua “engrenagem”, move o litígio até o infinito.¹¹⁶

Por isso que se fala em decisão injusta quando o prazo em que a sentença é proferida é elástico demais ou se todo o tempo levado para definição da controvérsia não guardar relação com a complexidade do objeto litigioso.¹¹⁷

¹¹⁴ - NELSON NERY JR., Princípios do processo na Constituição Federal, 10ª ed., RT, São Paulo, 2010, p. 320.

¹¹⁵ - Nesse sentido FRANCESCO CARNELUTTI, Diritto e processo, Morano, Napoli, 1958, p. 355; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, A instrumentalidade do processo, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998, p. 302; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “Garantia do processo sem dilações indevidas”, in Garantias constitucionais do processo, RT, São Paulo, 1999, p. 235.

¹¹⁶ - ADOLF WACH, Conferencias sobre la ordenanza processal civil alemana, EJE, Buenos Aires, 1958, p. 266, trad. Ernesto Krotoschin. Confira-se: DELOSMAR MENDONÇA JÚNIOR, Princípio constitucional da duração razoável do processo, in Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, RT, São Paulo, 2007, p. 989, coord. Araken de Assis (et al.). Nesse sentido é também o entendimento de PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON: “o processo com duração excessiva, além de ser fonte de angústia, tem efeitos sociais graves, já que as pessoas se vêem desestimuladas a cumprir a lei, quando sabem que outras a descumprem reiteradamente e obtêm manifestas vantagens, das mais diversas naturezas” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, “Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas”, in Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, RT, São Paulo, 2007, p. 1397, coord. Araken de Assis, et al.).

¹¹⁷ - Essa é a lição de Rafael Bielsa e Eduardo Graña, Tiempo y proceso, in Revista del Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, 55, 1994, pp. 189-190, citado por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “Garantia do processo sem dilações indevidas”, in Garantias constitucionais do processo, RT, São Paulo, 1999, p. 236.

Para definir, entretanto, objetivamente, qual a eficácia concreta ao art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal, é preciso analisar a questão sobre dois enfoques.

O primeiro enfoque é aquele a respeito do valor celeridade enquanto princípio processual fundamental alçado à categoria de verdadeira garantia constitucional processual.¹¹⁸ Esse princípio tem por objetivo otimizar o sistema processual. Estando esse princípio definitivamente consagrado, é colocada uma pá de cal na dúvida interpretativa e aplicativa de algumas normas processuais, de forma a estirpar a reticência com que os operadores do direito aplicavam esse princípio no dia-a-dia.

O segundo enfoque é com relação ao significado de “razoável duração do processo” e “celeridade de sua tramitação”. Como bem denota a doutrina, “a razoabilidade da duração do processo deve ser aferida mediante critérios objetivos, já que não se afigura possível o tratamento dogmático apriorístico da matéria. Comporta, portanto, verificação da hipótese concreta”.¹¹⁹ Essa verificação de casos concretos necessariamente deve levar em conta diversos fatores,¹²⁰ dentre eles o da natureza da relação de direito substancial controversa, o que para o presente trabalho se mostra mais relevante uma vez que há uma estreita relação entre a efetividade da tutela e a duração temporal do processo.¹²¹

¹¹⁸ - No mesmo sentido: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, da CF), in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, p. 1085, coord. Araken de Assis (et al.).

¹¹⁹ - NELSON NERY JR., *Princípios do processo na Constituição Federal*, 10ª ed., RT, São Paulo, 2010, p. 320.

¹²⁰ - Natureza do processo, complexidade da causa, comportamento das partes e dos procuradores, atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes. Esses foram os critérios estabelecidos no âmbito da União Européia, como dão conta GIOVANNI ARIETA, FRANCESCO DE SANTIS, LUIGI MONTESANO, *Corso base di diritto processuale civile*, 3ª ed., CEDAM, Padova, 2008, p. 77. Esses critérios foram de certo modo adotados também pelo precedente da Corte Européia dos Direitos do Homem, na condenação da Itália a indenizar uma litigante por dano moral “derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda” (JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Garantia do processo sem ilações indevidas*, in *Garantias constitucionais do processo civil*, RT, São Paulo, 1999, p. 241-247.)

¹²¹ - Confira essa relação estreita na doutrina italiana: NICOLÒ TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 271; LUIGI PAOLO COMOGLIO, *Garanzie costituzionali e giusto processo: modelli a confronto*, Revista de Processo n. 90, São Paulo, 1998. No mesmo sentido, com relação à doutrina brasileira: CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, Revista de Processo, n. 113, São Paulo, 2004; JOÃO BATISTA LOPES, *Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil*, in *Estudos de Direito Processual Civil, Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*, RT, São Paulo, 2006; JOÃO BATISTA LOPES, *Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil*, Revista de Processo n. 116, São

Ou seja, não há uma pré-definição de conceitos. Trata-se de conceitos abertos, assim colocados na Constituição Federal propositadamente para que sejam amoldados e tomem a forma necessária dentro das necessidades de direito material que a circunstância levada ao judiciário ensejar.

No Brasil existem muitas e boas leis que garantem “os meios” para assegurar a “razoável duração do processo” e garantir a “celeridade de sua tramitação”. As sucessivas reformas do Código de Processo Civil também foram importantes para aperfeiçoamento do sistema processual e para adequá-lo a uma nova ordem político-social da qual se extrai ser a celeridade a pedra fundamental do conceito de justiça nos dias de hoje. Aliás, acelerar e antecipar são sinônimos de efetivação do procedimento, já que, há muito, a doutrina aponta as cautelares e as tutelas de urgência como instrumentos processuais de efetividade e celeridade.¹²² Há inclusive autores que buscam, com razão, a raiz constitucional das tutelas de urgência, como medidas de acesso a uma justiça justa e tempestiva.¹²³

Isso não significa que novas leis não ajudem a resolver o problema da morosidade da justiça. Definitivamente não é isso. Objetivamente, entretanto, não é a carência legislativa a causa principal dessa enfermidade processual e não só nela se deve centrar o comando do art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal. É preciso ir além porque, antes mesmo de mudar as leis, é preciso mudar a forma em que aquelas já existentes são hoje aplicadas e interpretadas;¹²⁴ é preciso estabelecer e impor aos operadores do direito as novas prioridades da justiça; é preciso reajustar os princípios

Paulo, 2004; LEONARDO GRECO, *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, Revista Jurídica n. 305, São Paulo, 2003.

¹²²- Nesse sentido FRANCESCO CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Morano, Napoli, 1958, p. 355; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998, p. 302; JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, “Garantia do processo sem dilações indevidas”, in *Garantias constitucionais do processo*, RT, São Paulo, 1999, p. 235.

¹²³- EDUARDO ARRUDA ALVIM, “A raiz constitucional da antecipação de tutela”, in *Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*, Saraiva, São Paulo, 2010, pp. 426 e ss, coord. Donaldo Armelin.

¹²⁴- É famosa a teoria do logos de lo razonable de LUÍS RECASÉNS SICHES que pugna por uma interpretação que deve sempre rumar para o que é justo já que o único modo interpretativo válido e correto é aquele decorrente da lógica do humano, do razoável (LUÍS RECASÉNS SICHES, *Tratado general de filosofíadel derecho*, 9ª ed., Porrúa, México, 1986, p. 647). No mesmo sentido, acrescentando a teoria tridimensional do direito de MIGUEL REALE para conciliar o conceito de justiça a um processo célere: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Relendo princípios e renunciando a dogmas”, in *Nova era do processo civil*, Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 15-16: “com esse espírito, há muito as técnicas processuais vêm mitigando o rigor dos princípios em certos casos, para harmonizá-los com os objetovos superiores a realizar (acesso à justiça) e vão também, com isso, renunciando a certo dogmas cujo culto obstinado seria fator de injustiças no processo e em seus resultados” (p. 16).

constitucionais para alcançarmos os novos valores político-sociais. É, portanto, preciso mudar paradigmas, mudar o enfoque, mudar a interpretação “relendo princípios e renunciando a dogmas”.¹²⁵ Enfim, é preciso mudar o modo de se pensar do que seria um processo justo.

Acelerar o procedimento e a prestação jurisdicional não significa buscar uma justiça fulminante, em vulneração a outros princípios constitucionais. A celeridade do processo não é incompatível com a garantia das partes ao contraditório e à ampla defesa de modo que em nome de um rápido andamento do processo essas garantias do processo não podem ser violadas.¹²⁶ Por isso, “o ideal, na implantação do processo justo, é, de fato, que sua duração seja breve, mas sem impedir que o contraditório e a ampla defesa se cumpram”.¹²⁷

Por outro lado, a técnica empregada e a aplicação das leis já existentes devem ter também como premissa a busca de uma duração razoável do processo de acordo com a natureza da relação de direito material. O processo, sempre que possível, deve ser célere.

É necessário conciliar os valores já amplamente reconhecidos pela Constituição Federal com esse novo valor de celeridade, de forma que, p.ex., o princípio do devido processo legal seja reajustado ou reinterpretado à luz do princípio da celeridade. Ou ainda, é preciso que os princípios do contraditório e da ampla defesa sejam adequados à necessidade de se tutelar de forma urgente o direito da parte.

Veja que essa verdadeira nova ordem processual tem eficácia imediata, diante do que dispõe o art. 5º, §1º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹²⁵- Essa expressão é decorrente de escrito de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Relendo princípios e renunciando a dogmas”, in *Nova era do processo civil*, Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 11-21, no qual, ao final, o autor conclui: “o que neste apanhado de estudos se contém são propostas à reflexão e à prudente busca de soluções que, satisfazendo o senso de justo e do razoável presente no espírito do uomo della strada, possam satisfazer também os nossos. Ousar sem o aodamento de quem quer afrontar, inovar sem desprezar os grandes pilares do sistema” (p. 21).

¹²⁶- AROLDI PLÍNIO GONÇALVES, *Técnica processual e teoria do processo*, Aide, Rio de Janeiro, 2001, pp. 124.125.

¹²⁷- HUMBERTO THEODORO JR., “Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil”, in *Constituição e processo: contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, Del Rey, Belo Horizonte, 2009, p. 245, coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado.

E mais, se a própria Constituição Federal no art. 5º, §2º, dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, é evidente que essa mudança de paradigma e de enfoque processual deve ser imediatamente operada e ajustada aos demais preceitos constitucionais de processo, *in casu* o da celeridade processual e o do julgamento em tempo razoável.

Apesar de termos consciência de que dependemos muito dos Poderes Legislativo e Executivo para real realização dessa promessa de processo célere e em um tempo razoável, os operadores do direito (advogados, juízes, promotores) devem fazer sua parte, já que é deles a tarefa de operacionalizar tais preceitos constitucionais.¹²⁸

8-

OS PROCESSOS JUDICIAIS NO CONTEXTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

No campo do direito não tem sido muito comum encontrar trabalhos interdisciplinares, isso é, estudos de direito sob a égide de outras ciências humanas que tratam do fenômeno social.¹²⁹ Um dos campos que se mostram mais férteis a essas discussões interdisciplinares é aquele que relaciona direito e economia, cujo início se deu no direito antitruste.¹³⁰ A partir da década de 60 do século passado e dos estudos de

¹²⁸ - “Em suma, impende reconhecer, numa visão isenta, não apaixonada, sobre o problema, que a implantação do processo justo não depende tanto de reformas legislativas sobre os textos dos códigos. O que sua efetiva observância demanda, na verdade, é uma nova mentalidade para direcionar o comportamento dos operadores do processo rumo à valorização dos princípios constitucionais envolvidos na garantia do que hoje se tem por ‘processo justo’. O legislador tem obrigação de aprimorar as normas procedimentais, sem dúvida. Na maioria das hipóteses, no entanto, basta aplicar o processo existente sob o influxo exegético dos princípios constitucionais para que o juízo se desenvolva de maneira a obter a otimização do processo, que se concretiza quando por ele se garante, em tempo razoável, e mediante amplo contraditório, a efetiva e adequada atuação do direito material”. (HUMBERTO THEODORO JR., “Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil”, in *Constituição e processo: contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, Del Rey, Belo Horizonte, 2009, p. 251, coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado).

¹²⁹ - “A separação entre direito e economia – bem como a quase total ausência de comunicação entre os profissionais e acadêmicos de ambas as áreas – tem uma explicação ligada em grande parte ao recorte analítico das duas disciplinas, que se colocam tipos diferentes de problemas de pesquisa, além das diferenças óbvias quanto às respectivas linguagens técnicas” (MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO, “Direito e Economia em Weber”, in *Revista Direito GV*, v. 2, n. 2, jul-dez, 2006, p. 46).

¹³⁰ - A esse respeito confira PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, RT, São Paulo, 1998, pp. 154 e ss.

RONALD COASE,¹³¹ essa análise interdisciplinar se difundiu para as demais áreas do direito, impulsionada nos Estados Unidos por diversos fatores, tais aqueles apontados por RICHARD POSNER.¹³²

Essa desejável interação é conhecida como o estudo do Law and Economics e trata das relações sobre direito e economia. A análise das formas pelas quais a economia influencia as relações jurídicas e vice-e-versa, tem por objetivo pontuar as possíveis contribuições do estudo de teorias econômicas para a edição de leis mais adequadas, bem como também levantar consequências economicamente relevantes a partir da aplicação das leis vigentes. Segundo o magistério de PAULA FORGIONI, o Law and Economics teve a importante função de unir juristas e economistas, para possibilitar a diminuição das diferenças dos estudos científicos do direito e da economia porque tais estudos têm uma relação de complementariedade.¹³³

Apesar de o estudo do Law and Economics ter se originado no sistema do *common law*, é possível que o sistema do *civil law* possa utilizar-se dessa teoria, desde que se adapte às condições peculiares daquele sistema fundado basicamente na importância das decisões judiciais para os casos futuros (*stare decisis*).¹³⁴ Isso porque, nada obstante estudo de direito comparado ter logicamente suas limitações, sua

¹³¹ - RONALD COASE, The problem of social cost, in The firm, the market and the law, The university of Chicago Press, Chicago, 1990, pp. 95-156.

¹³² - RICHARD POSNER aponta como fatores que impulsionaram o estudo do Law and Economics nos Estados Unidos a preocupação dos tribunais com políticas públicas e seu papel legislativo, a mobilidade entre as carreiras jurídicas, o prestígio da economia aplicada americana e o fascínio americano pelo monopólio, gerador de grande interesse pela área econômica dos juristas voltados ao direito antitruste (RICHARD POSNER, “The future of the Law and Economics movement in Europe”, in International Review of Law and Economics on Law, vol. 17, 1997, p. 3).

¹³³ - PAULA ANDREA FORGIONI, Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 54, n. 139, jul./set. 2005, p. 256. “Podem-se abordar as relações entre direito e economia a partir, ainda, das relações causais (recíprocas) entre normas jurídicas e ação social econômica, apontando-se os limites da eficácia daquelas sobre o comportamento dos agentes. Nessa perspectiva, Weber problematiza os efeitos das normas sobre comportamentos humanos, analisando a capacidade de a ordem jurídica efetivamente motivar as ações do mundo real.” (MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO, “Direito e Economia em Weber”, in Revista Direito GV. v. 2, n. 2, jul-dez, 2006, p. 49).

¹³⁴ - ÉRICA CRISTINA ROCHA GORGA, Direito Societário Brasileiro e desenvolvimento do mercado de capitais: uma perspectiva de “Direito e Economia”, Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 54.

importância para análise de soluções dadas por sistemas alienígenas para os mesmos problemas nacionais é reconhecido pela doutrina.¹³⁵

Esse trabalho não tem a intenção de ingressar em discussões teóricas profundas sobre essas questões, até porque, sequer os percursores dessa técnica interdisciplinar vivem em consenso como se extrai da doutrina de NICHOLAS MERCURO e STEVEN G. MEDEMA.¹³⁶ De qualquer forma, é importante mencionar as principais visões dos estudiosos a respeito do estudo do direito e economia, de forma a obter algumas conclusões úteis a respeito dos impactos econômicos que o direito e suas transformações produzem no ambiente social¹³⁷ e a influência da economia para a formação do direito. Isso porque, como “esse método proporciona instrumental para o entendimento das próprias mudanças jurídicas, objetivando melhor entender suas causas e consequências,”¹³⁸ é evidente a necessidade e utilidade para a análise das medidas urgentes no âmbito do processo societário.

Existem basicamente cinco grandes visões acerca do Law and Economics, cujos trabalhos mais representativos são reconhecidos nos Estados Unidos e mundialmente.¹³⁹ São eles: (i) da Escola do Law and Economics de Chicago, (ii) da Public Choice Theory, (iii) da New Heaven School of Law and Economics, (iv) da Institucional Law and Economics e (v) da Neoinstitucional Law and Economics.¹⁴⁰ A análise de suas

¹³⁵ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Processo civil comparado”, in Fundamentos do processo civil moderno, vol. II, 3ª ed., Malheiros, 2000, pp. 762-778, esp. n. 391, fls. 763. O autor apesar de não tratar do Law and Economics em específico, ressalta o interesse nacional a respeito de alguns institutos do common law.

¹³⁶ - NICHOLAS MERCURO e STEVEN G. MEDEMA, Economics and the Law – from Posner to Post-Modernism, Princeton University Press, Princeton, 1997.

¹³⁷ - “Em suma, trata-se de abordar a questão da eficácia das normas jurídicas, mas numa dimensão substantiva, indagando-se por que, como e em que condições as normas jurídicas constituem motivo de conduta regular dos agentes econômicos, cotejando os objetivos originariamente desejados pelo legislador com os resultados efetivamente gerados” (MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO, “Direito e Economia em Weber”, in Revista Direito GV. v. 2, n. 2, jul-dez, 2006, p. 49).

¹³⁸ - ÉRICA CRISTINA ROCHA GORGA, Direito Societário Brasileiro e desenvolvimento do mercado de capitais: uma perspectiva de “Direito e Economia”, Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 51.

¹³⁹ - Essa classificação é apresentada na obra de NICHOLAS MERCURO e STEVEN G. MEDEMA, Economics and the Law – from Posner to Post-Modernism, Princeton University Press, Princeton, 1997 e citada por ÉRICA CRISTINA ROCHA GORGA, Direito Societário Brasileiro e desenvolvimento do mercado de capitais: uma perspectiva de “Direito e Economia”, Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 50.

¹⁴⁰ - Essa classificação das correntes do Law and Economics também é adotada por JAIRO SADDI (JAIRO SADDI, O poder e o cofre, Textonovo, São Paulo, 1997, p. 32).

principais idéias fornece elementos suficientes não só para compreender a finalidade do estudo das relações entre direito e economia, como também auxiliará a evolução metodológica do presente trabalho.

A vertente mais difundida do Law and Economics é a da escola de Chicago. Pelo que preconiza a Escola do Law and Economics de Chicago o direito deve sempre levar em consideração critérios econômicos para que possa maximizar a eficiência dos negócios.¹⁴¹ Segundo a doutrina de RONALD COASE, toda atividade econômica pressupõe custos, custos esses arcados pelos agentes econômicos quando se vêm obrigados a negociar, contratar e garantir o cumprimento das obrigações assumidas, produzir e faturar o produto, obter informações do mercado, preparar a contabilidade da empresa, *etc.* É o que RONALD COASE denomina de “custos de transação”, os quais são determinantes para a fixação do “preço”.¹⁴²

Nesse contexto, partindo-se da premissa de que o agente econômico adotará sempre a forma de atuação que lhe traga os menores custos para obtenção do melhor preço, é importantíssimo o papel do direito nesse processo

¹⁴¹ - A esse respeito confira PAULA A. FORGIONI, Os fundamentos do antitruste, RT, São Paulo, 1998, p. 160: “a Escola de Chicago traz para o antitruste, de firma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado”.

¹⁴² - Em brevíssimo resumo de sua teoria, os agentes econômicos se uniam em firmas (organização industrial), de modo a reduzir ou otimizar os custos de transação para assim emprestar mais eficiência à atividade econômica. O equilíbrio dessa atividade por meio de firmas estaria, portanto, no controle dos “custos de organização”, caracterizado pelos custos necessários para estabelecimento da própria atividade econômica sob o formato de firmas. Assim, o conceito de eficiência também se traduziria basicamente no equilíbrio entre o “custo de transação” e o “custo de organização”, de modo que esse último nunca ultrapasse os benefícios gerados pela eficiência gerada por aquele primeiro (dentre uma série também de outros fatores – “custos de motivação”, “sistemas de preços”, “custos indiossincráticos”, *etc.*) (RONALD COASE, The problem of social cost, in The firm, the market and the law, The university of Chicago Press, Chicago, 1990, pp. 95-156; RONALD COASE, The nature of the firm, in The firm, the market and the law, The university of Chicago Press, Chicago, 1990, pp. 33-55). A esse respeito, vide ANNA PAULA BERNES ROMERO, “As restrições verticais e a análise econômica do direito”, in Revista de Direito da GV, vol. II, n. 1, jan-jun 2006, pp. 11-36, p. 18: “a teoria estabelece que firmas existem para reduzir os custos associados com a alocação de fatores produtivos por meio de transações de mercado. Tal procedimento se justifica até o limite consistente no momento em que os custos de organização dos fatores dentro de uma empresa sejam iguais aos custos de organização destes fatores por meio do sistema de preços. Dessa forma, denota-se que, mesmo com a adoção das firmas, os custos de transação consomem uma parcela muito grande dos recursos econômicos. No entanto, leis bem elaboradas, simples e objetivas ajudam a sociedade a reduzir a burocracia e a economizar nos custos de transação, tornando-se mais eficiente”. No mesmo sentido: RACHEL SZTAJN, Ensaio sobre a natureza da empresa: organização contemporânea da atividade, Tese para concurso de titularidade do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001, pp. 7, 36 e 40-42.

operacional.¹⁴³ Isso porque, as leis podem estabelecer uma estrutura jurídica que reduza tais custos, de modo a maximizar o ganho e gerando ainda mais eficiência e melhores preços. Como bem denota MODESTO CARVALHOSA, a comparação entre custo e benefício é o princípio básico de qualquer decisão que tenha cunho econômico.¹⁴⁴

Tal raciocínio permite afirmar que a prática de uma conduta ilícita será determinada pela ponderação entre os benefícios (preço) diante dos custos (pena prevista em lei).

Essa afirmativa parte das seguintes três premissas: a) agentes econômicos, para realizar escolhas, se baseiam na equação racional e eficiente dos fins aos meios, ou seja, custos e benefícios em agir de acordo com a lei ou com o contrato; b) o sistema de preços baliza o comportamento humano, ou seja, a função básica do direito na perspectiva econômica é manipular corretamente os incentivos, ou melhor, a norma estabelece sanções para seu descumprimento; c) maximização da riqueza, sob a perspectiva da eficiência, ou seja, justiça é eficiência.

Apesar de haver referência à importância do direito positivo nesse caso, os custos relativos à eficácia do Poder Judiciário em aplicar essas leis por meio da força, ao menos para os fins do presente trabalho, se mostram determinantes.

Em complemento a essa visão, a contribuição de RICHARD POSNER se mostra também importante, na medida em que propõe essa mesma eficiência econômica como um conceito próprio de justiça. Ele afirma que justiça é a eficiência econômica ou a otimização da capacidade de a sociedade criar riquezas, no que se denominou “*efficiency or wealth maximization theory of justice*”.¹⁴⁵

¹⁴³ Segundo RACHEL SZTAJN, os custos ocupam posição de destaque nas discussões sobre o tema (RAQUEL SZTAJN, “Os custos provocados pelo direito”, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 36, n. 112, p. 75-78, out./dez. 1998).

¹⁴⁴ MODESTO CARVALHOSA, Direito Econômico, RT, São Paulo, 1973, p. 10. A respeito do processo de tomada de decisão dos juízes nos processos judiciais, cabe mencionar a assertiva da doutrina no que se refere à necessidade de que as decisões judiciais levem em conta também suas consequências não só jurídicas, mas econômicas também: “é preciso sensibilizar os decisores judiciais de que suas deliberações causam, sempre, endógena e exogenamente, impactos econômicos, e quanto mais tais variáveis desta ordem estiverem presentes no processo de tomada de decisão, melhor será para todos os envolvidos” (ROGÉRIO GESTA LEAL, Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios, ENFAM, Brasília, 2010, pp. 81-82).

¹⁴⁵ Para RICHARD POSNER, tendo em vista que o conceito de eficiência econômica é também um conceito ético e um valor da sociedade capitalista, o senso de justiça sob a ótica do direito também deveria, portanto, adotá-lo. Para o autor, ordem jurídica justa seria, por isso, uma ordem jurídica que permita maximizar a riqueza da sociedade: “*efficiency or wealth*

A Public Choice Theory, segunda vertente do estudo do Law and Economics, tem por base a análise econômica da teoria política e do processo democrático. Essa teoria utiliza-se do argumento de que o interesse individual ou de grupos determinados são o que prevalece na política. A partir dessa premissa e a de que todos os comandos políticos decorrem de interesses, afirma que as leis são o produto da atividade de pressão desses grupos no campo político e não o resultado positivado da vontade geral. Por tal razão, a prevalecer essa sistemática, a riqueza não está sendo maximizada (*wealth maximization*), mas tão somente dissipada (*rent-seeking*).¹⁴⁶

A New Heaven School of Law and Economics basicamente defende a idéia de que o conceito de justo não se encerra totalmente no conceito de economia.¹⁴⁷ Em seu estudo precursor sobre os custos dos acidentes, GUIDO CALABRESI¹⁴⁸ traça uma concepção de que não é possível tratar custos decorrentes de acidentes apenas levando-se em consideração elementos econômicos, já que a sociedade e o conceito de justo trazem em si uma carga ideológica que sem cunho econômico (*general deterrence* x *specific deterrence*).¹⁴⁹

maximization theory of justice” (RICHARD POSNER, *The economics of justice*, Harvard University Press, 1983, pp. 88 e ss.

¹⁴⁶ - DANIEL A. FARBER E PHILIP P. FRICKEY, *Law and public choice – a critical introduction*, The University of Chicago Press, Chicago, 1991, p. 21 e ss.

¹⁴⁷ - Essa vertente do estudo do Law and Economics que preconiza um conceito de justiça mesclado entre economia e valores humanos encontra guarida na doutrina de NATALINO IRTI, o qual dispõe que a aplicação da técnica sempre pressupõe a participação do homem e, assim, a injunção do conteúdo humano àquele meramente racional da economia: “L’ideologia del capitalismo asserisce Il próprio fondamento in leggi di natura. ‘L’omo oeconomicus – proclama Milton Friedman nel discorso per Il premio Nobel – sarà um essere mítico, uma invenzione degli economisti; ma non rappresenta um paradigma molto diverso da quello di molte leggi fisiche concernenti gli atomi e gli elettroni. L’economia di mercato, poichè corrisponde a leggi di natura, non è costruita, ma trovata dall’uomo. La sua naturalità La rende estranea alla storia, La sottrae alla disputa delle opinioni, La munisce di quell’incontrovertibilità che è própria delle leggi fisiche e chimiche. I giuristi possono ben ossevare che Il vecchio diritto naturale ritorna negli abiti, più freschi e disvolti, dell’economia di mercato”(NATALINO IRTI, “Economia di mercato e interesse pubblico” in *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, Milano Dott. A. Giuffrè Editore, 2000, p. 436) No mesmo sentido: NATALINO IRTI, *Teoria general del diritto e problema del mercato*, in *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma, 2003, p. 35.

¹⁴⁸ - GUIDO CALABRESI, *The costs of accidents – a legal and economic analysis*, Yale University Press, London, 1970, p. 17 e ss. “A fim de satisfazer ao objetivo da eficiência, as normais acerca da responsabilidade civil devem proporcionar máxima redução de custos. Custos a combater são, principalmente, os de eventos danosos (que Calabresi designa como custos primários) e os que se suportam para prevenir tais eventos (custos de prevenção)” (LEANDRO MARTINS ZANITELLI, “O efeito da dotação (Endows Ment Effect) e a responsabilidade civil”, in *Revista Direito GV*, v. 2, n. 1, jan-jun 2006).

¹⁴⁹ - Por isso que uma análise puramente econômica do custo de acidentes se mostra insuficiente para compor o conceito de justiça, sendo sempre necessária a utilização de métodos

No que se refere à Institucional Law and Economics, que teve JOHN R. COMMONS como seu especial precursor, “a evolução do fenômeno econômico e a do fenômeno jurídico estão intrinsecamente ligadas. O Direito não se presta somente a corrigir as falhas de mercado, ele tem papel ativo e determinante na evolução econômica da sociedade”.¹⁵⁰ Segundo JOHN R. COMMONS “*ethics and economy are thus inseparable*”.¹⁵¹ Assim, o fenômeno econômico não é decorrente de atos puramente naturais, mas de elementos criados e “injetados” no sistema pelo homem de forma artificial por meio da lei e das decisões dos tribunais.¹⁵²

Quanto à Neoinstitucional Law and Economics, esta tem por origem a doutrina da RONALD COASE, da escola de Chicago, pela qual a teoria econômica do direito deve ser interpretada e analisada à luz do ambiente institucional em que está inserida a atividade econômica. Assim como RONALD COASE define economia como “*the*

econômicos e sociais para a análise do direito, conforme o caso (GUIDO CALABRESI, *The costs of accidents – a legal and economic analysis*, Yale University Press, London, 1970, p. 128).

¹⁵⁰ - ÉRICA CRISTINA ROCHA GORGA, *Direito Societário Brasileiro e desenvolvimento do mercado de capitais: uma perspectiva de “Direito e Economia”*, Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 66.

¹⁵¹ - JOHN R. COMMONS, *Legal foundations of capitalism*, The Law Book Exchange, New Jersey, 2006, pp. 313 e ss., esp. p. 361.

¹⁵² - JOHN R. COMMONS, *Legal foundations of capitalism*, The Law Book Exchange, New Jersey, 2006, pp. 313 e ss., esp. p. 378: “it is always injecting na ‘artificial’ element into forces of nature (...) thus it is, also, with all of the phenomena of political economy. They are the present outcome of rights of property and powers of government which have been fashioned and refashioned in the past by courts, legislatures and executives through control of human behavior by means of working rules, directed towards purposes deemed useful or just by the law-givers and law interpreters”. Esse pensamento tem de certa forma amparo na teoria de MAX WEBER: “duas observações de Weber são fundamentais para a correta compreensão das relações causais entre as ordens jurídica e econômica: em primeiro lugar, deve ser admitir que nem todas as regularidades da conduta se devem a normas jurídicas. Existem, na perspectiva weberiana, outras motivações da conduta – convenções, costumes, usos condicionados por interesses – que freqüentemente apresentam um poder vinculatório igual ou até superior (...)” “Em segundo lugar, nem todas as normas jurídicas conseguem criar as regularidades desejadas, já que a eficácia da coação jurídica estatal encontra limites no seu poder de submeter o comportamento dos agentes econômicos, limites esses que, em última análise, são colocados pelos interesses materiais que condicionam a formação de grupos sociais. Quando uma norma jurídica se choca contra usos, costumes e convenções – ou mesmo contra interesses de grupos-, ela freqüentemente tem sua eficácia comprometida, pois a ação racional com vistas a fins (origem dos usos condicionados por interesses) que embasa a atuação dos agentes econômicos está motivada por interesses materiais” (MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO, “Direito e Economia em Weber”, in *Revista Direito GV*, v. 2, n. 2, jul-dez, 2006, pp. 59 e 60). No mesmo sentido, agora sobre o viés da interpretação do conceito de empresa: RACHEL SZTAJN, *Ensaio sobre a natureza da empresa: organização contemporânea da atividade*, Tese para concurso de titularidade do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001, p. 39: “como o direito é expressão da vida social, o fenômeno empresa deve ser estudado a partir de seu conceito econômico tal como apareceu e evoluiu ao longo do tempo”.

study of human behavior as a relationship,”¹⁵³ por meio da análise das instituições vigentes em um ambiente humano no qual se desenvolve a atividade econômica, é possível verificar se determinadas leis são ou não eficazes no mundo real, em oposição aos efeitos que o direito positivo geram na teoria.¹⁵⁴ Dessa forma, a teoria Neoinstitucional do Law and Economics, tem por premissa básica a aplicação da vertente de Chicago com o acréscimo da importância da análise do ambiente institucional no qual se realizam as atividades econômicas.

Como se vê dessa sucinta verificação das principais linhas de pensamento do Law and Economics, é possível extrair-se significados comuns como aquele de que o conceito de justiça tem de estar vinculado ao de eficiência – apesar de nele não estar totalmente circunscrito.¹⁵⁵ Outra contribuição inegável é a de que se deve agregar ao mundo do direito conceitos econômicos, mas sem esquecer que muitas das relações não são somente regidas por critérios econômicos ou de eficiência, mas por outros como os conceitos de justiça, social, religioso, etc.¹⁵⁶

Nessa perspectiva da análise econômica do direito é relevante tratar dos efeitos econômicos de um sistema judicial e processual ineficiente, lento e incapaz de

¹⁵³ - RONALD COASE, *The New Institutional Economics*, *The American Economic Review*, Vol. 88, No. 2, *Papers and Proceedings of the Hundred and Tenth Annual Meeting of the American Economic Association*. (May, 1998), pp. 72-74, p. 72.

¹⁵⁴ - DOUGLAS NORTH, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, New York, 1990, p. 75, citado por ÉRICA CRISTINA ROCHA GORGA, *Direito Societário Brasileiro e desenvolvimento do mercado de capitais: uma perspectiva de “Direito e Economia”*, Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, p. 70.

¹⁵⁵ - Esse predicado de eficiência já foi plenamente abarcado pelo direito falimentar, o que possibilitou a edição da Nova Lei de Recuperação e Falências com institutos e princípios como o da preservação da empresa e da continuação do negócio, de efetividade e de economia processuais, da assembléia de credores permitindo uma participação maior e efetiva destes no processo falimentar, conforme denota RONALDO VASCONCELOS, *Direito Processual Falimentar*, Quartier Latin, São Paulo, 2008, esp. nn. 16 e 17, pp. 122- 131.

¹⁵⁶ - “As relações entre ordem econômica e ordem jurídica, portanto, devem ser vistas como um caminho de mão dupla, podendo a norma jurídica assumir o papel de causa ou de efeito das regularidades do comportamento dos agentes econômicos – em tese, tanto as regularidades de fato verificadas (usos e costumes) podem dar origem às regras para a conduta como também o inverso. Saber em que condições esses dois caminhos ocorrem é algo que só se pode apurar a partir da pesquisa empírica (Weber, 1964:268) (...) para Weber, assim como é um erro ver o direito como produto exclusivo das forças econômicas, também o é o raciocínio inverso (i.e., que a economia seja produto da legislação feita pelo Estado ou, em outras palavras, que a ação do Estado – as decisões políticas – seja capaz de moldar totalmente os rumos da economia), já que “existem limites definidos para o grau em que o Estado pode influenciar a economia por meio de intervenções legais” (Swedberg, 2005:164)” (MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO, “Direito e Economia em Weber”, in *Revista Direito GV*. v. 2, n. 2, jul-dez, 2006, pp. 60-61).

dar respostas adequadas às demandas de direito material que lhe são postas à apreciação. Um processo ineficiente assim causa efeitos negativos não só aos que dele participam¹⁵⁷ mas, sobretudo, à coletividade e à própria imagem da instituição. A demora na resolução dos conflitos, por fomentarem a insolvência, o não cumprimento das obrigações e a mera especulação, contribuem de sobremaneira com os “custos de transação”. Ou seja, trata-se de um reflexo pernicioso já que o processo, instrumento para fazer valer o direito material (em tese eficaz), não consegue lhe atribuir a eficácia necessária.

A demora em si, como um efeito meramente colateral inerente ao tempo necessário para o encadeamento de atos em um procedimento em contraditório (processo na concepção de ELIO FAZZALARI¹⁵⁸), já é pernicioso e deve ser combatido.¹⁵⁹ Esse lapso temporal é denominado pela doutrina de dano marginal do processo,¹⁶⁰ dano esse decorrente do que FRANCESCO CARNELUTTI denominou de tempo-inimigo no processo.¹⁶¹ Esse dano, devido ao seu estreito relacionamento com a efetividade da norma positivo, deve ser necessariamente incluído ao cálculo dos “custos de transação”.

ITALO ANDOLINA classifica como “dano marginal” aquele lapso temporal necessário e ordinariamente ocasionado para obtenção da definição no plano de direito material. Esse dano é inerente a qualquer processo judicial porque decorre diretamente de sua simples existência e do estado de indefinição do direito. Já o “dano marginal causado por indução processual ou *strictu sensu*” é aquele oriundo de situações de distensão desse lapso temporal e podem ser causados pelos sujeitos do processo (partes e juiz) ou mesmo dos meios materiais da própria administração da justiça que protraem a decisão fora do senso do que seria ordinário.¹⁶² Para o autor, a mera duração do processo como lapso temporal para empreender todo o procedimento em contraditório (“dano marginal”) não seria causa de qualquer prejuízo, o que não ocorre com o “dano marginal

¹⁵⁷ - PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, RT, São Paulo, 2000, n. 53, p. 171.

¹⁵⁸ - ELIO FAZZALARI, Istituzioni di diritto processuale, CEDAM, Padova, 1994.

¹⁵⁹ - Diante desse impasse quanto à demora do processo, ao juiz, portanto, cabe, dentro das opções que lhe restam (retroceder, deter ou acelerar), somente acelerar o processo.

¹⁶⁰ - PIERO CALAMANDREI, Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares, Servanda, Campinas, 2000, pp. 111-112. A expressão “dano marginal” é atribuída a ENRICO FINZI, ao definir *periculum in mora* (ENRICO FINZI, Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria, vol. II, p. 50)

¹⁶¹ - FRANCESCO CARNELUTTI, Diritto e Processo, Morano, Napoli, 1958, n. 232, pp. 353-355. Sobre essa preocupação na doutrina nacional, por todos: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, A reforma da reforma, Malheiros, n. 46, pp. 90-91.

¹⁶² - ITALO ANDOLINA, “Cognizione” ed “esecuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, Giuffrè, Milano, 1983, n. 5, p. 22.

causado por indução processual”, que teria aptidão de causar um prejuízo em concreto às partes.

Sem embargo das diferenciações que possam mencionar existir (de questionável utilidade prática) a respeito das naturezas jurídicas do *periculum in mora* envolvidos na tutela cautelar ou antecipatória¹⁶³, é do senso comum que é preciso debelar a lentidão do processo judicial e os efeitos desse tempo no processo. Os fatores são muitos e incluídos indiscriminadamente no que PIERO CALAMANDREI afirmou ser o “*pericolo di tardività*” e o “*pericolo di infruttuosità*”.¹⁶⁴ A grande realidade é que, partindo-se do pressuposto de que existe um regime jurídico único para as medidas urgentes, não há utilidade prática na classificação ou na diferenciação de suas naturezas jurídicas. Isso porque, a lentidão da justiça é decorrente não só de fatores inerentes à própria pendência do processo, quanto de fatores exógenos.

É consenso também que mesmo considerado hoje o processo sob condições normais de temperatura e pressão, isto é, sem que ocorram fatos exógenos que contribuam para o retardo da decisão de mérito, a tutela jurisdicional não está adequada aos anseios do direito material. A insatisfação é geral, p.ex., a respeito do procedimento ordinário de cognição exauriente e com relação ao valor certeza como primazia da tutela jurisdicional. É, portanto, lenta e inábil, p. ex., para responder às necessidades do direito societário. Se levarmos em consideração então outros fatores que não se relacionam com o procedimento em si (p.ex. atuação das partes ou burocracia administrativa dos tribunais), pode-se até sustentar a completa ausência de jurisdição, sob o argumento de indefinição eterna acerca dos conflitos.¹⁶⁵

Sob essa perspectiva de extema lentidão dos processos judiciais,¹⁶⁶ o dano marginal do processo (considerado em qualquer de suas vertentes) atua não como um efeito meramente colateral, mas como um relevante “custo de transação”. Os efeitos do

¹⁶³- Como bem tratado na obra de GULHERME RECENA COSTA, “Entre função e estrutura: passado, presente e futuro da tutela de urgência no Brasil”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, pp. 665 e ss.

¹⁶⁴- PIERO CALAMANDREI, Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares, Servanda, Campinas, 2000, pp. 111-112.

¹⁶⁵- A esse respeito, não é possível imaginar que um processo de conhecimento que leve aproximadamente 8 anos para se encerrar (como é o caso da Justiça Estadual em São Paulo) seja considerado como exemplo de tutela jurisdicional. Se se tratar de tutela condenatória, esse prazo será ainda estendido em diversos anos pela fase de cumprimento de sentença, devido à crise da execução pelos métodos de subrogação.

¹⁶⁶- Sobre essa preocupação na doutrina nacional, por todos: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, A reforma da reforma, Malheiros, n. 46, pp. 90-91.

transcurso de um grande lapso temporal para que o processo chegue a uma definição, portanto, age como verdadeiro inibidor, podendo até chegar ao extremo de inviabilizar a equação econômica sob o ponto de vista da eficiência. Danos efetivos sob o ponto de vista econômico e institucional são causados pela mera pendência do processo.

Essa demora excessiva passa então a ser objeto de vantagens econômicas¹⁶⁷ já que contribui para impedir o rápido adimplemento das obrigações. Favorece do mesmo modo aquele que, pressupondo a lentidão, p.ex., passa a ver mais vantagens econômicas no inadimplemento de contratos do que em seu cumprimento espontâneo. Dessa forma, se no plano dos fatos é inegável a influência nefasta que o dano marginal do processo pode causar no contexto da vida das sociedades e dos negócios sociais, dirá então sob o plano da “eficiência” e da “maximização da riqueza” ao acrescer elemento altamente danoso ao “custo de transação”.

Nessa perspectiva o processo nos últimos anos tem sofrido com modificações em sua estrutura, de modo a sumarizar a cognição do juiz, a fim de proporcionar decisões mais ágeis. Os critérios de certeza inerentes a uma decisão de mérito formal estão sendo paulatinamente substituídos por juízos de verossimilhança, propícios e adequados à agilidade e rapidez com que o Poder Judiciário tem sido requisitado.

Algumas críticas a essa sumarização do processo e sua (in)adequação aos conceitos capitalistas de eficiência têm sido apresentadas sob diversos aspectos. O primeiro deles é de que “é impossível continuar-se aderindo ingenuamente a esta obscena aceleração”¹⁶⁸, já que o processo naturalmente consome um tempo necessário para formação da convicção do juiz, sem o qual a tutela da certeza não pode ser proferida.¹⁶⁹

¹⁶⁷- Expressão essa atribuída a PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, RT, 2000, p. 172.

¹⁶⁸- ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 62. Os autores afirmam que “o discurso do capital aponta que o Poder Judiciário é por demais lento e burocratizado, incompatível com a rapidez imediata que a dinâmica do mercado exige, constituindo-se num elevado custo acrescido às transações”.

¹⁶⁹- “O processo que era garantia de construção de verdades de maneira intersubjetiva, no tempo, transforma-se em um transtorno a ser superado em nome da eficiência. Nesta lógica, uns pretendem abreviar, outros mais fogosos, eliminar (...) a compreensão do processo como procedimento em contraditório, nos moldes de Fazzallari, possui um custo de tempo, dinheiro, incompatível com a lógica da eficiência. Logo, o estudo da economia da velocidade – dromologia –, com Virilio, Ost e Gauer é algo que não pode ser deixado a latere, sob pena de se encobrir um dos significantes mestre (sic) da sociedade contemporânea (...) a Justiça da Velocidade não respeita os tempos mortos, as limitações de compreensão, exigindo sempre e sempre um resultado mais eficiente, vinculado à lógica dos custos. E isto importa. Daí o

A outra vertente toma por base elementos até que verdadeiros (como os índices de produtividade dos juízes e a forma de avaliação de suas funções¹⁷⁰), para rebater a realidade das instituições e dogmas econômicos plenamente em voga em nossa Constituição Federal.¹⁷¹ A crítica, sem razão, se resume a afastar a realidade dos fatos, de que a justiça hoje não atende à demanda dos jurisdicionados no tempo e modo que eles esperam e que existem garantias constitucionais de um processo célere, rápido e eficiente.

A liberdade de contratar e a garantia estatal da tutela de seu cumprimento são imprescindíveis, como se viu, para o funcionamento do mercado e para possibilitar o giro da economia. Por isso, sem que seja possível impor-se coercitivamente e imperativamente o cumprimento dessas avenças, obviamente em tempo e modo adequados, a própria premissa da qual parte a liberdade de contratar se esvai, prejudicando o funcionamento do próprio mercado. Esse prejuízo se dá pelo aumento dos “custos de transação”, já que não é possível prevê-los. Logo, se o Poder Judiciário se propõe a

perigo de uma decisão sem compreensão, no ritmo da velocidade total, sem contextualização histórica, isto é, sem fracionamento temporal. Esta relação do direito com a velocidade é imposta subrepticamente pelo poder, então do Estado, e hoje entregue a uma nova casta mercadológica, a saber, por agentes econômicos que congregam parte do poder de decisão, utilizando-se, para tanto, parafraseando, às avessas, Althusser, dos aparelhos ideológicos do mercado, no dito Direito Reflexivo, já criticado por Lyra Filho e Jeanine Nicolazzi Philipi (...) nesta ordem de idéias, julgar não precisa mais decorrer de um processo de compreensão (Streck), mas se vincula, fundamentalmente, à imagem, na melhor lógica do consumo. A imagem provoca a indicação de limites bem mais cercados do que os significantes encadeados em discursos demonstradores da fundamentação justamente por conferir a sensação de preenchimento rápido – e Imaginário – da cadeia de significantes” (ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 62, 63, 64).

¹⁷⁰ - “Em um mundo em que o que conta é o número de processos julgados ao final do mês, em que qualidade é contingência, dado que a importância reside nos score, exige-se dos atores jurídicos (magistrados, ministério público, advogados e auxiliares), a lógica do custo benefício. Do Fordismo, entretanto, pouca coisa restou. Não se trata mais de vender oito horas de trabalho diário, mas da entrega (de corpo e alma) ao trabalho turbinado de produzir decisões. Nesta loucura estatística, as decisões precisam ser facilitadas. O que antigamente ainda guardava um verniz hermenêutico, apesar da colonização incidente, atualmente se tornou em hermenêutica escópica, do conforto, a saber, por imagens: súmulas e julgados remansosos, uniformizados” (ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 64).

¹⁷¹ - “Assim, considerando que certos direitos sempre serão insatisfeitos, devem ser otimizadas as ações para satisfação dos direitos mais fundamentais ao discurso neoliberal: propriedade privada e liberdade de contratar. Nesta lógica, o neoliberalismo coloca a liberdade e a propriedade como dogmas, os quais, mediante as valiosas trocas que o mercado pode fomentar, seriam os únicos elementos capazes de se justificar uma Teoria da Justiça (...) este comportamento dos sujeitos (que atuam racionalmente) é a imagem que a AED constrói para justificar, depois, as normas de funcionamento (ideal) das Instituições e das (necessárias) reformas legislativas” (ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 65).

cumprir essa função e não a cumpre, é evidente que não se pode nem falar em jurisdição ou Estado-de-Direito. E mais, no que nos interessa especificamente, se o Poder Judiciário não fornece condições para que uma definição a respeito da controvérsia seja dada em tempo e modo minimamente condizentes com o direito material em jogo, está ela a se comportar de forma ineficiente e, por sua vez, aumentando os “custos de transação” de tal forma que inviabiliza a própria atividade econômica.

É fácil visualizar essa ineficiência quando nos utilizamos do exemplo de uma ação de guarda de filho menor na qual os pais contendem. Se a demanda levar um determinado lapso de tempo para definir essa controvérsia e que seja suficiente para permitir que o menor atinja a maioridade, ninguém discordará da circunstância objetiva de que eventual sentença foi proferida sem qualquer utilidade prática. O mesmo ocorre quando se discute a suspensão de deliberação social de abertura de capital da empresa ou mesmo de deliberação de aprovação de contas. Se essa crise de certeza for debelada apenas depois de passada a oportunidade do mercado para o negócio de venda ou mesmo após o ano fiscal subsequente se encerrar, a sentença do mesmo modo terá sido de utilidade prática questionável. Obviamente em qualquer dos casos acima assinalados, o juiz tem em suas mãos instrumentos processuais para responder com a rapidez necessária para evitar danos não só à eficácia do provimento final, mas ao próprio direito material.

A questão é que as demandas de direito material têm se tornado com tal frequência urgentes e imediatas, que o mérito dessas causas não tem sido julgado em tempo e modo; ou se tem sido, seu julgamento final perdeu a relevância diante às vezes da própria perda de objeto da demanda. Os juízos sumários calcados na verossimilhança e na aparência do direito e dos fatos estão naturalmente substituindo os procedimentos de cognição ordinária, de modo que a certeza tem sido um valor que nem mesmo as partes têm pleiteado em caráter de importância primordial. E o fundamento para a sumarização e aceleração dos procedimentos tem sido não só a releitura de princípios e garantias constitucionais do processo para adequá-los à nova ordem social de valores, como também pela percepção no mundo dos fatos que o processo não tem conseguido atingir ao seu escopo de pacificar com justiça e eficiência.¹⁷²

¹⁷² - O seguinte argumento não tem razão de ser porque parte do pressuposto de que a certeza (sob o ponto de vista jurídico) é um valor jurídico acima da própria garantia da atividade econômica. E mais, perde força por ignorar que garantias constitucionais como do devido processo legal, p.ex., são interpretadas à luz de outros princípios e em nenhum momento permitem a existência de processos incapazes de produzir resultados úteis às partes: “9. Ganha espaço, assim, o eterno lamurio por Reformas Constitucionais rumo à eficiência. O princípio da Unidade do Mercado Mundial traz consigo uma desconfiança sobre as regulações limitadoras presentes nas Constituições, justamente por impedirem a auto-

Ignorar esse cenário é fechar os olhos para a realidade com que o Poder Judiciário tem de se confrontar todos os dias, além do que deixa de reconhecer a evolução de valores sociais e políticos, escopos esses do próprio processo.

Dessa forma, o estudo do Law and Economics tem não só utilidade prática para o correto entendimento dos caminhos pelos quais o direito processual tem de trilhar para atender aos seus escopos, mas também confere os elementos e valores que processo deve ter como objetivo: o de garantir uma tutela jurisdicional eficiente, rápida e tempestiva.¹⁷³

9-

RELAÇÕES DE DIREITO E PROCESSO NA ANÁLISE DOS LITÍGIOS SOCIETÁRIOS

O direito é um fenômeno humano e social e, como tal, está sujeito às vicissitudes da vida. O direito substancial é o conjunto de normas destinadas a regular os conflitos de interesses e o processual constitui a regra cuja finalidade é garantir que a norma substancial seja atuada, mesmo que o destinatário não a cumpra espontaneamente, ou seja, regula o exercício da jurisdição, da ação e da defesa judiciais. É em razão dessa vinculação que a pretensão de direito processual tem sentido somente se entendida em função da pretensão de direito material.

Por isso é preciso revisitar o sistema processual como bem afirmou JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE.¹⁷⁴ Superada a fase de afirmação da teoria autonomista do direito processual, na qual se afirmava a autonomia do direito processual frente ao direito material, a valorização da técnica para concebimento de um instrumento

regulação que o mercado impõe. Neste contexto, as Constituições Dirigentes (Canotilho) são um estorvo a ser eliminado em nome da Eficiência Econômica, dentre outros motivos, pela noção do Direito Fundamental, o qual é, por definição, inegociável” (ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 75-76).

¹⁷³- Por isso que não convencem as críticas: “estes quadros apontam indicativos que justificam o repensar das práticas judiciais. Não se está defendendo em nenhum momento que o cumprimento dos contratos ou mesmo o tempo e custo do Judiciário devem ser elevados. A crítica feita aponta, ao contrário, que estes elementos devem ser levados em conta no momento de se propor Reformas ao Poder Judiciário. O problema reside justamente, como se verá, que os direitos sociais são relevados e o foco das reformas se dá, exclusivamente, na garantia da propriedade privada e no cumprimento dos contratos que, embora importantes, não podem ser os protagonistas exclusivos de um Estado que se quer Democrático de Direito” (ALEXANDRE MORAIS DA ROSA e JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, pp. 75).

¹⁷⁴- JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo*, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001, pp. 12-14.

do próprio, como um fim em si mesmo caiu em desuso.¹⁷⁵ Percebeu-se que as soluções processuais devem ter por objetivo a efetivação do direito material, de forma a proporcionar resultados práticos e úteis a ele e não aos institutos de processo.

Apartir dessa visão, o binômio direito-processo passou a ser relativizado, sem que isso desfizesse a autonomia existente entre ambos. A partir dessa visão também se passou a olhar o processo como instrumento de efetivação do direito material, com que se ressaltou seu caráter instrumental na busca de realização de seus escopos sociais, políticos e jurídicos.¹⁷⁶ De nada adianta a Constituição Federal, por meio de princípios, assegurar a tutela de direitos se não é possível garantir sua satisfação, ainda mais pelo fato de o Estado vedar a autotutela.

Por essa razão é que o instrumento (ou o processo) precisa ser desenvolvido de acordo com cada área de atuação (ou de acordo com o direito material). Primeiro deve-se verificar as necessidades, depois os instrumentos adequados. Daí a

¹⁷⁵ - Breve notícia histórica: até meados do século passado a ciência processual inexistia e a ação era considerada um aspecto do direito material, quando muito um direito nascido de sua violação. No direito romano, era inexistente a idéia de autonomia do processo porque a titularidade da ação implicava titularidade do direito material invocado. Até que então, em 1856, travou-se a famosa polêmica entre dois juristas alemães sobre a *actio romana*: de um lado Bernardo Windscheid, catedrático em Greifswald, de outro Teodoro Muther, professor em Königsberg. A partir de tal polêmica, os doutrinadores em geral da época vislumbraram a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional, nascendo, então, o conceito moderno de ação. Para o primeiro, a ação significava direito à tutela jurisdicional, decorrente da violação de outro direito. Não era essa a noção do direito romano, pois o *corpus iuris* previa inúmeras *actiones*, que não pressupunham a violação de um direito: embora todo direito corresponda a uma ação, a recíproca não era verdadeira. Os romanos viviam sob um sistema de ações, e não de direitos. E a razão principal era, além de seu senso prático, o grande poder conferido ao magistrado de decidir até mesmo contra a lei. Importava o que ele dizia, e não o que constava do direito objetivo; a pretensão precisava estar amparada por uma *actio* dada pelo magistrado que exercia a jurisdição. Para o segundo, o qual afirmava que o conceito do primeiro era inexato, o direito subjetivo é pressuposto da *actio*. Quando o pretor formulava um edito, estava criando norma geral e abstrata para amparar pretensões. Tal norma, embora não pertencesse ao *ius civile*, lhe era equivalente. Por isso concluía haver coincidência entre a *actio romana* e a ação moderna. Após essa polêmica, adveio a obra de Oskar Von Bülow a respeito das ações e dos pressupostos processuais, na qual o autor afirma a autonomia do direito processual ao material, o que também fora objeto de discussão na obra de Bethmann-Hollweg. Daí a evolução da fase sincretista para a autonomista, imprescindível para configurar a importância da fase instrumentalista, a qual busca não voltar à fase sincretista, mas estabelecer um necessário nexo de causalidade entre ambas, destruído pela afirmação da fase autonomista, a fim de resgatar a real função do direito processual (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo*, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001, pp. 18-23). Do mesmo modo: OSKAR VON BULOW, *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*, 2ª ed., LZN, Campinas, 2005, pp. 223 e ss.).

¹⁷⁶ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instrumentalidade do processo*, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 1998, pp. 149-155.

necessidade de um sistema processual sintonizado com seu objeto.¹⁷⁷ Dessa forma, é o direito material quem determina a espécie de tutela, já que a tutela jurisdicional nada mais é do que a proteção que se dá a determinado interesse, pela via judicial, assegurando direitos ou a integridade da esfera jurídica de alguém.¹⁷⁸

Um ponto de relevância a demonstrar a necessidade de adequação do processo ao direito material, e aqui diretamente relacionado aos processos societários, é a já existente regulação específica de procedimentos, cada um adequado à relação jurídica de direito material a que se relaciona.¹⁷⁹

Assim o direito societário merece tratamento diferenciado dentro do sistema processual, adequado às suas necessidades peculiares e em adequação à teoria da empresa.

Sob o ponto de vista do direito processual essa necessidade decorre da estreita relação de instrumentalidade deste com o direito material. Sob o ponto de vista do direito material, especificamente do direito societário, o tratamento diferenciado é oriundo da necessidade de a tutela jurisdicional se adequar às suas características especiais, com o que se verifica quando ressaltada a sociedade como um verdadeiro feixe de institutos jurídicos¹⁸⁰ com objetivo de racionalização dos meios de produção e dos fatores econômicos, humanos e tecnológicos.¹⁸¹

¹⁷⁷ - JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo*, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001, p. 18. - A classificação das sentenças é exemplo de que os fenômenos processuais são regrados pelo direito material, pois referem-se aos efeitos da sentença no plano substancial (declaratória, constitutiva, executiva, condenatória). Para cada espécie de solução de direito material deve existir uma tutela jurisdicional adequada, isto é, diferenciada pelo procedimento, cuja análise pode partir da substância para o processo ou vice-versa.

¹⁷⁸ - JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo*, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001, pp. 30 e ss..

¹⁷⁹ - Seria mais correto se o Código de Processo Civil tipificasse não a ação (consignação em pagamento ou possessória), mas procedimentos porque este sim é que deve-se adequar à especificidade da situação jurídica tutelanda (substância). O Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem procedimentos diferenciados em razão da relação jurídica de direito material versada, como redução de prazos, ônus da prova, litisconsórcio, procedimento sumário, duplo grau de jurisdição, efeitos da apelação, etc.. (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo*, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001, p. 40)

¹⁸⁰ - EROS GRAU e PAULA A. FORGIONI, *O estado, a empresa e o contrato*, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 16.

¹⁸¹ - MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 3º vol., 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003, pp. 275-276. "Asquini, projetando o fenômeno econômico no plano patrimonial, vê no complexo de relações um patrimônio que tem como titular o empresário. Descrição do fato ou coincidência, é certo que esse aspecto da empresa, o complexo dos contratos, é que permite a reunião dos fatores da produção sob um mesmo comando, para a

Essa relação complexa de interesses subjetivos convergentes e concorrentes é fonte de inúmeras questões processuais que demandam tratamento específico, que o sistema de tutela individual e dicotômica de interesses do Código de Processo Civil não é suficiente para resolver. A própria definição de TULLIO ASCARELLI do contrato social das sociedades como contrato plurilateral¹⁸² e de organização¹⁸³ já é fonte de consequências jurídicas específicas sob o âmbito do direito material que dão aos processos societários uma peculiar aplicação do direito processual, como se vê nos institutos da legitimidade ativa e passiva, do litisconsórcio ou da coisa julgada.¹⁸⁴

A sociedade¹⁸⁵ e seu complexo de negócios jurídicos internos com reflexos em direitos subjetivos de terceiros também é fonte de singularidade a demandar tratamento específico no direito processual, tal como se verifica nos decretos de nulidade de deliberações sociais com efeitos em terceiros.¹⁸⁶

Nesse contexto, a função social que a empresa possui é também relevante sob o ponto de vista de ponderação de valores, sobretudo quando é necessário

oferta de bens ou serviços em mercados, para criar utilidades” (RACHEL SZTAJN, Ensaio sobre a natureza da empresa: organização contemporânea da atividade, Tese para concurso de titularidade do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001, p. 51).

¹⁸² - Contrato de sociedade como um contrato plurilateral: TULLIO ASCARELLI, Problemas das sociedades anônimas e direito comparado, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1969, pp. 266 e ss..

¹⁸³ - TULLIO ASCARELLI classifica os contratos plurilaterais como contratos de organização: “os característicos que vimos enumerando puseram implicitamente, em evidência, constituir, o contrato plurilateral, considerado em sua função econômica, um contrato ‘de organização’ podendo desse ponto de vista contrapor-se aos contratos de permuta. Também examinamos dois possíveis tipos de organização, correspondentes, respectivamente, à ‘sociedade’ e à associação. Esta diversidade corrobora a oportunidade de sere, os contratos plurilaterais, encarados como uma espécie particular no âmbito da categoria geral dos contratos; o contrato de sociedade constitui, por seu turno, a subespécie praticamente mais importante, mas não a única, de contratos plurilaterais” (TULLIO ASCARELLI, Problemas das sociedades anônimas e direito comparado, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1969, pp. 292-293).

¹⁸⁴ - EROS ROBERTO GRAU e PAULA FORGIONI, “Ainda um novo paradigma dos contratos?”, in O estado, a empresa e o contrato, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 16: “prestando-se o direito a organizar, administrar e harmonizar conflitos, a juridicização dos contratos viabiliza a sua própria funcionalidade, na medida em que traduz segurança e previsibilidade e permite a fluência das relações de mercado”.

¹⁸⁵ - Pela impossibilidade de estabelecer um conceito estanque para o fenômeno da empresa: J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, Tratado de direito comercial brasileiro, vol. I, 5ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1954, p. 59.

¹⁸⁶ - “A atividade da empresa, quanto mais se amplia, mais distante do arbítrio coloca o empresário, passando ele a ter que se haver com a compatibilização de suas atitudes àquelas do dever para com os terceiros, inclusive acionistas, investidores, com quem se relaciona” (MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, “A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual”, in Revista de Direito Mercantil, n. 119, p. 107, jul./set. 2000).

tutelar a verossimilhança de um direito alegado com base em um juízo de cognição sumária para deferimento de uma medida urgente.¹⁸⁷

No atual estágio do direito comercial,¹⁸⁸ a sociedade assumiu a função de mola propulsora da economia, não só organizando a atividade econômica para viabilizar seu desenvolvimento, mas também com uma função social que transcende a mera maximização do lucro dos sócios. Tanto é verdade que a lei se preocupa com a sua regulação, estabelecendo regras pelas quais é instituído um sistema de freios e contrapresses, na medida em que fomenta a atividade, mas também impõe limites à sua atuação no mercado.¹⁸⁹

Nessa linha evolutiva, parece mais adequada a visão clássica da empresa (inspirada na Teoria da Empresa do Código Civil Italiano de 1942), com a qual ALBERTO ASQUINI a classifica como um “fenômeno poliédrico” composto de diversos perfis jurídicos: subjetivo (sob o viés do empresário), funcional (sob o viés da atividade empresarial), corporativo (sob o viés da organização de pessoas/instituição) e patrimonial (sob o viés do estabelecimento).¹⁹⁰

¹⁸⁷ - Pela função social da empresa: MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, “A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual”, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 119, p. 105, jul./set. 2000; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 1º vol., 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007, pp. 7-8; NELSON EIZIRIK, *A Lei das S/A comentada*, vol. I, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 30.

¹⁸⁸ - Tradicionalmente são concebidas quatro fases na história do direito comercial: a) fase primitiva, b) fase corporativa, c) fase do ato de comércio, e d) fase da empresa (a qual nos encontramos hoje) (MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, “A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual”, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 119, p. 94, jul./set. 2000).

¹⁸⁹ - NELSON EIZIRIK aponta que “classicamente, contuma-se reconhecer 3 (três) funções essenciais da legislação sobre as sociedades anônimas. Em primeiro lugar, mediante normas de natureza permissiva, colocar á disposição dos empresários um mecanismo jurídico que lhes permita desenvolver em conjunto uma atividade econômica, com finalidade lucrativa, o que é alcançado com os institutos da personificação da sociedade e da responsabilidade limitada dos sócios. Em segundo lugar, fornecer os elementos institucionais que possibilitem a alocação da poupança em atividades empresariais desenvolvidas no país. As normas que tratam de encorajar os investidores a aplicar seus recursos em tais atividades devem ser de natureza incitativa, recompensando tal proceder. Em terceiro lugar, proteger a poupança popular, mediante normas que permitam aos investidores medir os riscos que correm, fornecendo-lhes todas as informações necessárias ao adequado conhecimento do empreendimento econômico, assim como estabelecendo restrições a comportamentos abusivos ou fraudulentos. Tais normas apresentam uma feição mais propriamente repressiva e fazem-se presentes não só no direito societário cmo também no direito do mercado de capitais e no direito penal econômico” (NELSON EIZIRIK, *A Lei das S/A comentada*, vol. I, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 30).

¹⁹⁰ - ALBERTO ASQUINI, “Os perfis da empresa”, in *Revista de Direito Mercantil* n. 109, p. 109-126, trad. Fábio Konder Comparato). Essa teoria surgiu na Itália como forma de contraposição à teoria francesa da empresa (Código Comercial Francês de 1807), superando os seus defeitos e ampliando o campo de abrangência do direito comercial. Essa teoria, denominada de teoria

Essa multiplicidade de perfis jurídicos é verificada no âmbito das sociedades anônimas, quando analisamos os deveres e obrigações do acionista controlador e do administrador.

No art. 116, § único, da Lei das S/A, o legislador instituiu verdadeira imposição ao acionista controlador de usar seu poder com o fim de fazer a sociedade não só realizar seu objeto, mas também cumprir sua função social. Isso porque, na medida em que institui deveres e responsabilidades aos acionistas, também os vincula aos trabalhadores e à comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.¹⁹¹ EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO afirmam ainda que “não é apenas sob o aspecto da captação de poupanças junto ao público investidor que se revela a função social da companhia. Como unidade de produção, a empresa se insere no quadro econômico de uma nação como um veículo de riquezas, mobilizando matérias-primas e produtos intermediários, comprando e vendendo, prestando serviços, recolhendo tributos, assalariando empregados, enfim, contribuindo para o desenvolvimento geral da comunidade”.¹⁹²

Por sua vez, o art. 154, *caput*, da Lei das S/A, segue a mesma linha na medida em que dispõe que “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as

jurídica da empresa, caracteriza-se por não dividir as atividades econômicas em dois grandes regimes (civil e comercial), tal como fazia a Teoria Francesa. Por meio da teoria da empresa italiana, se afasta o direito comercial da prática de atos de comércio para incluir no seu núcleo a empresa (assim considerada a atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens e serviços). Com a teoria da empresa, deixa de ser importante o gênero da atividade econômica desenvolvida, não importando se essa corresponde a uma atividade agrícola, imobiliária ou de prestação de serviços, desde que seja desenvolvida de forma organizada, em que o empresário reúna capital, trabalho, matéria-prima e tecnologia para a produção e circulação de riquezas (MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, “A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual”, in Revista de Direito Mercantil, n. 119, p. 94-108, jul./set. 2000).

¹⁹¹- “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

¹⁹²- EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, Das sociedades anônimas no direito brasileiro, vol. 1, José Bushattsky, São Paulo, 1979, p. 297. No mesmo sentido: MODESTO CARVALHOSA, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 3º vol., 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003, pp. 275-276.

exigências do bem público e da função social da empresa”. Note-se que a recomendação é no sentido de que os administradores devem não só realizar o objeto social e maximizar lucros, mas fazê-los com o menor custo para a coletividade, respeitando os direitos dos trabalhadores, da comunidade em que atua, de seus consumidores, dos fornecedores, do mercado e de seus concorrentes.¹⁹³

É por essa razão que a sociedade, nada obstante ser constituída por meio de um contrato privado, por obrigação legal deve privilegiar o interesse público em detrimento do mero interesse privado do sócio. Assim, apesar de considerada como instituição de direito privado, a sociedade perseguirá objetivos que beneficiem não só aos interesses de seus sócios (particulares), mas também os interesses de empregados, parceiros comerciais, da comunidade onde atua e do próprio Estado (públicos).¹⁹⁴

Por essa razão é que a visão moderna de função social da sociedade (aliada à função social da propriedade) tem como pressuposto suas relações com seus empregados, com os seus produtos e serviços perante seus consumidores e também com relação aos seus concorrentes, na medida em que deve promover a atividade econômica mediante práticas equitativas de comércio.¹⁹⁵ Portanto, “vê-se a empresa como atividade econômica de produção”¹⁹⁶ visando maximizar lucro, mas também dentro de um contexto

¹⁹³ - NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. I, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 30). NELSON EIZIRIK dá a notícia de que no direito norteamericano essa função social e compromisso com a coletividade não existe, restringindo-se aos interesses dos acionistas visando à maximização dos lucros. Não se reconhece, portanto, deveres com os demais stakeholders, como credores, empregados e outros, com exceção à situação de crise da empresa (insolvência).

¹⁹⁴ - MODESTO CARVALHOSA, Comentários à lei de sociedades anônimas, vol. 1, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007, pp. 7-8). No mesmo sentido: JORGE LOBO, “A empresa: novo instituto jurídico”, in Revista de Direito Mercantil n. 125, p. 32, jan./mar. 2002.

¹⁹⁵ - “Consideram-se principalmente três as modernas funções sociais da empresa. A primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados, em termos de melhoria crescente de sua condição humana e profissional, bem como a de seus dependentes. A segunda volta-se ao interesse dos consumidores, diretos e indiretos, dos produtos e serviços prestados pela empresa, seja em termos de qualidade, seja no que se refere aos preços. A terceira volta-se ao interesse dos concorrentes, a favor dos quais deve o administrador da empresa manter práticas equitativas de comércio, seja na posição de vendedor, seja na de comprador” (MODESTO CARVALHOSA, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 3º vol., 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003, p. 276).

¹⁹⁶ - RACHEL SZTAJN, Ensaio sobre a natureza da empresa: organização contemporânea da atividade, Tese para concurso de titularidade do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001, p. 256. “Em sentido técnico-jurídico, empresa traduz fenômeno econômico real que interessa ao direito como fenômeno em movimento constante dirigido para mercados. Funcionalmente, empresa é atividade econômica de produção para satisfazer a interesses de terceiros e produzir lucros” (RACHEL SZTAJN, Ensaio sobre a natureza da empresa: organização contemporânea da atividade, Tese para concurso

social importante. E nesse sentido, não é preciso buscar um “novo paradigma do contrato” já que ele segue viabilizando a fluência das relações econômicas se, e somente se, atender a essa função social.¹⁹⁷ Por isso que quanto mais são ampliados os escopos inerentes ao conceito de empresa, mais distante do arbítrio se coloca a figura do empresário, uma vez que passa ele a ter a obrigação de coordenar e compatibilizar seus interesses com o de terceiros.¹⁹⁸

Dessa forma, no âmbito do direito brasileiro, a visão meramente contratualista¹⁹⁹ do conceito de empresa encontra-se superada, tendo em vista que enquadrar tal conceito dentro de sua perspectiva institucionalista atende ao interesse da lei

de titularidade do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001, p. 56).

¹⁹⁷ - “Sustentamos que não existe e não deve ser perseguido um ‘novo paradigma do contrato’. Ele segue e seguirá viabilizando a fluência das relações econômicas e somente enquanto atender a essa função e, apenas nessa justa medida, a defesa do consumidor (ou do hipossuficiente) encontrará abrigo no sistema jurídico. Esses limites são claros e inegáveis, embora possamos lastimá-los”. (EROS ROBERTO GRAU e PAULA FORGIONI, “Ainda um novo paradigma dos contratos?”, in *O estado, a empresa e o contrato*, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 23). Em outra passagem, os autores aduzem o seguinte: “Lawrence Friedman observa que a teoria clássica do contrato é cega em relação aos detalhes da fattispecie e da pessoa; não pergunta quem compra, quem vende, que coisa é comprada ou vendida; o direito dos contratos é uma abstração. A concepção do contrato como ‘encontro de vontades’, cuja disciplina está fundada na liberdade das partes, pressupõe a limitação da atuação do Poder Judiciário em relação a ele; o Judiciário não pode intervir para questionar o conteúdo do pacto, devendo limitar-se a aplicar a lei, abstendo-se de substituir os agentes econômicos no processo negocial. Assim, a teoria clássica do contrato e o ideal do livre mercado andam de mãos dadas. A teoria econômica do *laissez faire*, anota Gilmore, reduz-se a algo assim: ‘se todos nós fizermos exatamente aquilo que nos agrada, tudo certamente se resolverá pelo melhor’. E prossegue: ‘a isso parece corresponder, na prática, a teoria do contrato, quando a responsabilidade é reduzida ao mínimo e inexistem sanções pelo inadimplemento do contrato; aqui, então, o ‘cada um por si e Deus por todos’. O ‘novo paradigma’ exigiria que ao Poder Judiciário fossem dadas condições de amoldar as avenças à realidade, conferindo-lhes maior efetividade e proteção da parte mais fraca. Na medida, porém, em que o ordenamento jurídico atribui maior força vinculante ao contrato, impondo sanções ao seu descumprimento, e passa a tutelar a parte desprotegida, faz com que ele permaneça a desempenhar, exatamente, a mesma função que sempre lhe foi reservada. A objetivação e a despersonalização do contrato, conforme veremos adiante, embora signifiquem mudanças, em nada alteram sua essência e o papel que desempenha no sistema” (EROS ROBERTO GRAU e PAULA A. FORGIONI, “Ainda um novo paradigma dos contratos?”, in *O estado, a empresa e o contrato*, Malheiros, São Paulo, 2005, pp. 18-19).

¹⁹⁸ - MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, “A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual”, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 119, p. 107, jul./set. 2000.

¹⁹⁹ - A teoria contratual tem por premissa a compreensão do ente social como decorrência de uma relação contratual. Portanto, os contratualistas defendem que o escopo da empresa estaria voltado apenas para a satisfação dos interesses das partes contraentes, enquanto sócios, ignorando-se os interesses de terceiros como seus empregados, consumidores, o Estado, etc. (FABIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993, pp. 381-382).

em preservar a busca dos interesses dos sócios em maximizar seus lucros, desde que respeitada a função social que a sociedade deve exercer na comunidade.

O interesse social, a que o controlador e o administrador estão vinculados, é identificado, portanto, por essa comunhão entre a maximização dos lucros e a responsabilidade social que a sociedade possui perante terceiros. É por essa razão que o direito brasileiro deixou para trás a doutrina contratualista, confirmando assim o caráter institucional da empresa.²⁰⁰

MODESTO CARVALHOSA, reconhecendo a adoção pelo direito societário brasileiro da teoria institucionalista, narra a incorporação pelo direito societário vigente do institucionalismo germânico da empresa (*Unternehmen an sich*), segundo o qual os controladores e seus administradores devem administrar a sociedade sob sua própria responsabilidade, para o bem da empresa e de seus empregados e no interesse comum do povo e do Estado.²⁰¹ Segundo o autor, a atribuição aos controladores da missão de perseguir preferencialmente os objetivos que beneficiem a comunidade e o próprio Estado manifesta a superposição do interesse público sobre o interesse societário, imperativo da teoria institucionalista.²⁰²

Todos esses elementos peculiares ao direito material societário demandam uma abordagem de direito processual diferenciada, na medida em que tais valores devem ser preservados quando da efetivação do direito material no processo. Aliás, sendo o exercício da atividade empresarial brasileira o centro gerador da riqueza que circula na economia, deve-se garantir um apto ordenamento jurídico que viabilize o bom

²⁰⁰ - Sem prejuízo disso, a Lei das S/A no art. 115 contempla um regime duplo de satisfação de interesses, porque o acionista “comum” tem o dever de votar de acordo com os interesses próprios da sociedade, designando uma espécie de interesse social “*stricto sensu*” mais adequado com a teoria contratualista. Ao acionista “controlador” o art. 116 impõe o exercício de seu voto considerando interesses de terceiros e não tçao somente aqueles exclusivos da sociedade, encerrando outra espécie de interesse social “*lato sensu*”, nos moldes institucionalistas. Essa dualidade é perfeitamene compatível, na medida em que ao controlador e aos administradores cabe a direção dos negócios da sociedade e neles recai a responsabilidade pelo exercício da função social da sociedade. Nesse sentido: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflito de interesses nas assembleias de S.A.*, Malheiros, São Paulo, 1993, pp. 55-56; MAURO RODRIGUES PENTEADO, *Aumentos de capital das sociedades anônimas*, Saraiva, São Paulo, 1988, pp. 255-256; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, “Proibição de voto e conflito de interesses nas assembleias gerais – ação de anulação de deliberação assemblear decorrente de voto de acionista com interesse conflitante”, *Pareceres*, vol. I, Singular, São Paulo, 2004, pp. 175-176.

²⁰¹ - MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 1., 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007. p. LXX.

²⁰² - MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 1., 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2007. p. LXXI.

desempenho das relações comerciais e sob a égide desses princípios estatuídos pelo direito material.

A experiência italiana nos mostra que é possível a criação de um rito especial cuja competência seja para julgar casos societários. A iniciativa, apesar de criticada pelos italianos²⁰³, ao menos tentou materializar a idéia de celeridade do processo e de tempestividade da tutela jurisdicional. O processo societário italiano, segundo DANIELA PASSARELLA, foi projetado para resolver a controvérsia em tempo abreviado.²⁰⁴

O rito societário italiano se destaca, em extrema síntese, na presença de um fase inicial de “*pre trial*”, em que cabe às partes, e não ao juiz, a fixação do *thema decidendum* e o *thema probandum*. Nessa fase, extremamente sumária para o processo italiano, as partes apresentam seus arrazoados podendo postergar a realização da audiência inicial para acelerar o processo. Esse procedimento do “*pre trial*”, apesar de se parecer muito com o do *comom law* (com que as partes contam com mais autonomia para definir os limites do litígio e no qual o juiz atua mais como espectador do que condutor nessa dialética²⁰⁵), na realidade se aproxima mais do sistema romano no processo formulário e da *litiscontestatio*,²⁰⁶ já que as partes quando tem o primeiro contato com o juiz podem já levar todo o litígio definido em seus contornos.²⁰⁷

Como se vê, não cremos ser essa uma boa saída para os problemas brasileiros, até porque nossa cultura processual não absorveria bem a idéia de deixar ao

²⁰³ - Criticando a inovação legislativa italiana com relação ao processo societário, por ter criado um “mini sistema de direito processual civil” para os processos societários: MARIO PIO FUIANO, “L’estinzione del processo societario”, in Revista di Diritto Processuale, anno LXI, n. 2, aprile-giugno, 2006, p. 558-559. Para GIORGIO COSTANTINO, as críticas quanto ao processo societário italiano são decorrentes da tentativa de aceleração dos procedimentos, no contexto da reforma geral do Código de Processo Civil italiano (GIORGIO COSTANTINO, “La partecipazione del giudice al processo societario”, in Revista di Diritto Processuale, anno LVIII, n. 2, aprile-giugno, 2003, p. 430).

²⁰⁴ - DANIELA PASSARELLA, (DANIELA PASSARELLA, Processo civile e processo societário - ritti a confronto, G. Giappichelli, Torino, 2006, p. 374. Segundo ressalta também a autora, se houve a confirmação de que esse procedimento específico for eficaz, nada obsta que poderá ser estendido para as demais contrivências cíveis no futuro (p. 375).

²⁰⁵ - Nesse sentido, no direito norteamericano: MARY KAY KANE, Civil procedure, Thompson/West, St. Paul-MN, 2007, pp. 88 e ss. e 156 e ss.; GEOFFREY C. HAZARD JR., MICHELE TARUFFO, American civil procedure – an introduction, Yale University Press, New York, 1993, pp. 105 e ss..

²⁰⁶ - JOSÉ CRETTELLA JR., Curso de direito romano, Forense, Rio de Janeiro, 1968, pp. 316-317; JOSÉ CRETTELLA JR., Curso de direito romano moderno, 12ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 330.

²⁰⁷ - Essa proximidade com o direito romano é trazida por ANGELO ALBANO, PIETRO FIORI, GAETANO IORIO FIORELLI e VICENZO MANNINO, Il nuovo processo societario, Simone, Napoli, 2003, p. 5.

alvedrio das partes a condução do processo, colocando o juiz com o papel de mero espectador.²⁰⁸ Evidentemente a reforma italiana contempla outras questões para o processo societário, mas que fogem do debate dos estritos limites do presente trabalho.

O direito português também contempla um sistema de suspensão de deliberações sociais, que se resume a disciplinar as medidas cautelares somente, com aplicação de critérios intimamente ligados aos interesses de direito material em jogo, tais como o art. 397º, n. 2, do Código de Processo Civil, o qual dispõe o seguinte: “ainda que a deliberação seja contrária à lei, aos estatutos ou ao contrato, o juiz pode deixar de suspendê-la, desde que o prejuízo resultante da suspensão seja superior ao que pode derivar da execução”.²⁰⁹

A linha do direito português, que se resumiu a disciplinar uma medida urgente específica, se mostra mais adequada ao direito brasileiro do que a linha italiana, que instituiu um verdadeiro procedimento especial. Não que o procedimento ordinário instituído no Código de Processo Civil esteja imune a críticas, mas focar a adequação da lei no que se refere às medidas urgentes no processo societário se mostra mais produtivo do que simplesmente instituir um novo procedimento para esses casos.

De qualquer forma, a atividade economicamente organizada para a produção ou oferta de bens ou serviços aos mercados que tem na sociedade sua essência, merece atenção do legislador. Como a sociedade constitui o veículo pelo qual o empresário

²⁰⁸ - Criticando a inovação legislativa italiana com relação ao processo societário ordinário, no que se refere à participação do juiz no processo: MASSIMO FABIANI, “La partecipazione del giudice al processo societario”, in *Revista di Diritto Processuale*, anno LIX, n. 1, gennaio-marzo, 2004, p. 211-212. O autor volta a criticar o processo societário em outro trabalho, agora pela incompatibilidade do rito especial cautelar da lei com os princípios gerais do Código de Processo Civil: MASSIMO FABIANI, “Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)”, in *Revista di Diritto Processuale*, anno LX, n. 4, ottobre-diciembre, 2005, p. 1181-1236. Isso porque, “il legislatore delegato abbia voluto dire che il provvedimento non deve essere necessariamente confermato con a proposizione del giudizio di merito, posto che la sua efficacia non viene meno” (p. 1185). Ou seja, em determinados casos, a medida urgente não teria de ser confirmada por uma decisão de mérito, conferindo assim a possibilidade de a medida cautelar societária possuir um efeito estabilizador, nos moldes como se propõe no Brasil a respeito da estabilização da tutela antecipada. Essa disposição legislativa quebra o sistema italiano de dependência que a cautelar tem do processo principal e que de certo modo o brasileiro também tem com as cautelares preparatórias e incidentais. A respeito dessa incompatibilidade de procedimentos confira também: DANIELA PASSARELLA, *Processo civile e processo societario - ritti a confronto*, G. Giappichelli, Torino, 2006, p. 373-374.

²⁰⁹ - ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 71 e ss.; ABÍLIO NETO, *Código de Processo Civil anotado*, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 593 e ss.; L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, *Anulação e Suspensão de Deliberações Sociais*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2003, pp. 179 e ss..

desenvolve a atividade econômica visando à obtenção de lucros dentro de uma função social, como tal deve ser entendida sua razão de existir enquanto fato econômico e social como merecedora de tratamento jurídico específico.²¹⁰

10-

CAUTELAR E TUTELA ANTECIPADA COMO GÊNERO DAS MEDIDAS URGENTES

Não se nega as destinações de finalidade acadêmica que têm os provimentos cautelares e as antecipações de tutela. É largamente difundida na doutrina e na jurisprudência as diferenças existentes entre os institutos: enquanto as primeiras são medidas instrumentais ao processo, destinadas a assegurar seu resultado útil e proporcionar o oferecimento de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e justa, as segundas vão diretamente à vida das pessoas, oferecendo-lhes desde logo, no todo ou em parte, aquilo que pretendem obter como resultado final do processo.

Não obstante isso, o certo é que ambas espécies de provimento têm como objetivo evitar os males que o tempo é capaz de causar, donde resulta sua extrema semelhança. Em sua sábia lição, HUMBERTO THEODORO JUNIOR ressalta essa semelhança afirmando que “ambas as tutelas pertencem a um só gênero, o das tutelas de urgência”.²¹¹

²¹⁰- “Assim é que, numa visão atual da micro à macro empresa, como a atividade economicamente organizada para a produção ou oferta de bens ou serviços aos mercados; aquilando no risco o fim de obter lucros a atividade é desenvolvida pelo empresário por meio de seu estabelecimento. A empresa constitui a essência da empresarialidade, e como tal deve ser entendida sua razão de existir e de ser preservada, como fato econômico e social, merecedor de tratamento jurídico específico, pelo ramo do Direito que lhe dá conceitos apropriados mesmo que a legislação privada possa se ver unificada” (MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, “A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual”, in Revista de Direito Mercantil, n. 119, p. 108, jul./set. 2000).

²¹¹- HUMBERTO THEODORO JUNIOR, Tutela jurisdicional de urgência – Medidas cautelares e antecipatórias, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001, pp. 20-21. Tais medidas urgentes foram, segundo o autor, “concebidas para conjurar o perigo de dano pela demora do processo e, em muitos casos haverá uma certa dificuldade em descobrir, com rigor, a qual das duas espécies pertence a providência que, in concreto, se vai adotar para contornar o periculum in mora. Para ater-se ao rigor técnico classificatório, o juiz pode correr o risco de denegar a tutela de urgência somente por uma questão formal, deixando assim o litigante privado da efetividade do processo, preocupado tão cara à ciência do direito processual contemporâneo. Com efeito, não é nesse rumo que se orienta esse ramo da ciência jurídica. É reiterado o entendimento de que não é pelo rótulo, mas pelo pedido de tutela formulado, que se deve admitir ou não seu processamento em juízo; assim como é pacífico que não se anula procedimento algum simplesmente por escolha errônea de forma”.

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, novamente discorrendo sobre os provimentos cautelares e as antecipações de tutela, afirma tratar-se de institutos “intimamente ligados, como irmãos gêmeos quase siameses”²¹² e menciona em sede doutrinária que a comunhão de objetivos é um elemento de muito maior importância do que aquelas possíveis diferenças existentes sobre essas duas espécies de tutela. Em razão disso, não resta dúvida de que o tratamento a ser dado a ambos os institutos é o mesmo, até porque, ainda segundo DINAMARCO, “só pela lógica do absurdo se poderia afirmar que algumas dessas disposições só se aplicam se a parte que optar pela qualificação da medida como cautelar e não antecipatória”.²¹³

O formalismo não pode ser o fator de *discrímen* que impedirá a parte de obter a medida de urgência necessária e adequada para a tutela de seus interesses. O juiz conhece o direito e o aplica ao caso concreto (esse é o sentido dos brocardos *juria novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi jus*).²¹⁴ Ademais, sendo a fungibilidade uma das expressões mais práticas e efetivas da instrumentalidade das formas, não é possível permitir que o direito da parte sucumba diante das eventuais diferenças existentes entre as espécies do gênero das medidas urgentes, até porque, ambas, têm o mesmo fundamento constitucional e o mesmo objetivo de debelar os efeitos deletérios do tempo no processo.²¹⁵

²¹²- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O Regime jurídico das medidas urgentes”, in *A nova era do processo civil*, Malheiros, 2003, p. 36. Adiante, o autor assevera com muita propriedade: “comparando-os, percebe-se que essa comunhão de objetivos é um elemento muito mais significativo e perceptível que as diferenças entre eles, tanto que em inúmeros casos continua sendo equivocadamente afirmada ou pressuposta a natureza cautelar de certos provimentos que na realidade cautelares não são – é o caso, em primeiro lugar, da sustação de protesto e dos alimentos provisionais. Chega-se ao ponto de, numa postura fútil e pueril, dizer que alguma medida só pode ser considerada se for pedida a título de cautelar mas não, se pedida como antecipação de tutela jurisdicional – como se uma coisa fosse o que se diz que ela é e não o que é realmente, ou se a manipulação do nomen juris fosse suficiente para alterar a natureza das coisas. Assim, sendo tão intimamente ligados esses dois institutos, ao menos por analogia devem ser aplicados à tutela jurisdicional antecipada muitos dos dispositivos destinados diretamente à tutela cautelar”.

²¹³- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O Regime jurídico das medidas urgentes”, in *A nova era do processo civil*, Malheiros, 2003, p. 36.

²¹⁴- “Conquanto as espécies de tutela de urgência (cautelar e antecipada) apresentem as desselelhanças acima apontadas, não se podem concebê-las como forma de atravancar a efetividade da tutela jurisdicional sob o rótulo do puro e arcaico formalismo. Por trás de uma relação jurídica processual, existe uma pessoa, uma família, empregados de uma empresa, uma coletividade na busca angustiada por uma solução do conflito apresentado ao Estado (...) o princípio da efetividade não pode ser relegado em homenagem a discussões doutrinárias e posicionamentos por demais formalistas” (LUIZ GUSTAVO TARDIN, *Fungibilidade das tutelas de urgência*, RT, São Paulo, 2006, p. 102).

²¹⁵- A respeito da fungibilidade das tutelas de urgência e o princípio da instrumentalidade das formas, LUIZ GUSTAVO TARDIN assevera: “o princípio da instrumentalidade das formas guarda harmonia com o conceito hodierno de acesso à ordem jurídica justa. O processo civil

Partindo dessa premissa metodológica que permeia a melhor doutrina processual, vale mencionar o parágrafo 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil assim dispõe: “§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.²¹⁶ Esse parágrafo 7º, introduzido ao art. 273 do Código de Processo Civil pela lei n. 10.444 de 7 de maio de 2002, é que instituiu a fungibilidade entre a medida cautelar e a antecipação de tutela.²¹⁷

A referida fungibilidade, que já era reconhecida pela melhor doutrina processualística mesmo antes da edição da referida lei n. 10.444,²¹⁸ impõe às “medidas urgentes” no processo civil o mesmo tratamento, de modo a não deixar que supostas diferenças ontológicas entre as duas tutelas obste a entrega do bem da vida ao jurisdicionado. Ou melhor, se o processo precisa de mecanismos que imprimam à tutela jurisdicional resultados práticos, é evidente que tais diferenças ontológicas não podem impedir que eventual qualificação jurídica equivocada que a parte faça no processo ao seu pedido de tutela de urgência seja o fundamento para que o juiz deixe de tutelar o processo ou o próprio bem da vida. Isso porque “adotou-se, em relação às tutelas de urgência, cautelares ou antecipatórias, o princípio da fungibilidade, segundo o qual pode o juiz

de resultados não pode se tornar escravo de um modelo formalista, inflexível e fechado à necessidade de realização prática do direito material” (LUIZ GUSTAVO TARDIN, Fungibilidade das tutelas de urgência, RT, São Paulo, 2006, pp. 151-152).

²¹⁶- “É verdadeiramente correta, útil e oportuna a inovação trazida pela segunda Reforma, ditando a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias. É correta no plano conceitual, porque não há razão para distinguir tão rigidamente uma de outras” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O Regime jurídico das medidas urgentes” in A nova era do processo civil, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 60-61).

²¹⁷- O ato é válido se atinge seu escopo e se não causa prejuízo à partes (não há nulidade sem prejuízo). O art. 154 do Código de Processo Civil estipula que “os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial”. Na mesma linha o art. 244 dispõe que “quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Assim, é de se constatar que o sistema processual civil já estipulava, mesmo que de forma indireta, a fungibilidade entre as tutelas de urgência, mesmo antes da inserção do §7º ao art. 273 do Código de Processo Civil.

²¹⁸- “É verdadeiramente correta, útil e oportuna a inovação trazida pela segunda Reforma, ditando a fungibilidade entre medidas cautelares e antecipatórias. É correta no plano conceitual, porque não há razão para distinguir tão rigidamente uma de outras” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O Regime jurídico das medidas urgentes”, in A nova era do processo civil, Malheiros, 2003, pp. 60-61).

conceder a medida mais adequada à situação dos autos”, exatamente para tornar “irrelevante eventual equívoco do requerente ao formular o pedido”.²¹⁹

Nada obstante isso, THEOTÔNIO NEGRÃO em suas famosas glosas já afirmava que “nem sempre é fácil distinguir se o que o autor pretende é tutela antecipada ou medida cautelar. Aliás, o Min. GOMES DE BARROS afirma, peremptoriamente, que não vê diferença teleológica entre uma e outra (in RSTJ 152/120)”. Em razão da referida inovação legislativa, o saudoso autor sempre defendeu a idéia de que “o juiz pode converter tanto pedido de tutela antecipada em medida cautelar quanto pedido de medida cautelar em antecipação de tutela.”²²⁰

Aliás, essa saída de se converter a medida cautelar em demanda pelo procedimento ordinário (ao invés de extinguir-se o processo por carência de ação), é amplamente aceita no Superior Tribunal de Justiça, ainda mais depois da inclusão do §7º ao art. 273 do Código de Processo Civil.²²¹

A fungibilidade entre a medida cautelar e a antecipatória deve ainda ser entendida como um vetor, porque não há fungibilidade em mão única de direção,

²¹⁹- JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Código de Processo Civil Interpretado, 3ª ed., Atlas, 2008, pp. 844-845, coord. ANTÔNIO CARLOS MARCATO.

²²⁰- THEOTÔNIO NEGRÃO, Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor, 40ª ed., Saraiva, 2008, p. 419.

²²¹- STJ, 2ª T., Resp n. 222.251, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 3.5.2005: “tendo a ação cautelar fim eminentemente satisfativo, não incorre em ilegalidade decisório que a converte em ação ordinária”. E essa orientação é seguida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como se denota do seguinte julgado: “Nos dias atuais, estando em vigor a norma do art. 273, § 7º, do CPC, não mais se justifica exigir da parte a propositura de ação autônoma para obter medida cautelar, que pode perfeitamente ser concedida no âmbito do processo de conhecimento. Havendo depósito do valor do título e estando presentes os requisitos legais, apropriada se apresenta a determinação de sustação dos efeitos do protesto, como forma de obstar prejuízos à parte que busca a discussão a respeito do negócio jurídico respectivo (in JTJ 293/375)”.

como ensina CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²²²; ou ainda como em sentido dúplice, alinha essa de THEOTÔNIO NEGRÃO.²²³

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE também defende que “não pode haver dúvida de que a fungibilidade opera nas duas direções, sendo possível conceder tutela antecipada em lugar de cautelar”²²⁴. E vai além ao afirmar que “esse duplo sentido vetorial entre as medidas urgentes sequer necessitaria estar previsto em lei, pois decorre da própria lógica do sistema das tutelas provisórias e instrumentais”.²²⁵

Ou seja, ainda que §7º do art. 273 refira-se à substituição de tutela antecipada por cautelar, é possível ainda substituir-se tutela cautelar por aquela antecipatória.²²⁶ Isso porque, também em homenagem à instrumentalidade das formas,²²⁷ a mencionada fungibilidade disposta no art. 273, §7º, do Código de Processo Civil, impõe ao

²²² - “A redação do novo § 7º do art. 273 não é suficientemente clara, porque dá a impressão de que somente autorizaria o juiz a receber como cautelar uma demanda proposta com o título de antecipação, e não o contrário. Essa impressão é falsa, porque é inerente a toda fungibilidade a possibilidade de intercâmbio recíproco, em todos os sentidos imagináveis. Não há fungibilidade em mão única de direção. Já é geralmente aceito, diante disso, que o novo dispositivo autoriza o juiz, amplamente, a receber qualquer pedido de tutela urgente, enquadrando-o na categoria que entender adequada, ainda que o demandante haja errado ao qualificar o que é cautelar como antecipação, ou o que é antecipação como cautelar” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O Regime jurídico das medidas urgentes”, in *A nova era do processo civil*, Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 60-61).

²²³ - THEOTÔNIO NEGRÃO, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 40ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008, p. 419.

²²⁴ - JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Código de Processo Civil Interpretado*, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 2008, pp. 844-845, coord. Antônio Carlos Marcato.

²²⁵ - JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003, p. 382.

²²⁶ - Vale mencionar que, a esse respeito, existe corrente doutrinária em sentido contrário, pela qual o juiz não poderia conceber a fungibilidade do §7º como uma via de mão dupla. Nesses casos, a interpretação é no sentido de que o juiz está autorizado a converter a tutela antecipada em cautelar, mas não o contrário. Nesse sentido: JOSÉ MANUEL DE ARRUDA ALVIM, “Notas sobre a disciplina da antecipação de tutela na Lei 10.444, de maio de 2002, in *Inovações sobre o direito processual civil: tutela de urgência*, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 9, coord. Eduardo Arruda Alvim e José Manuel de Arruda Alvim; JEAN CARLOS DIAS, *Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade*, Juruá, Curitiba, 2003, p. 182.

²²⁷ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instrumentalidade do processo*, 6ª ed., Malheiros São Paulo, p. 302: “a afirmação e plena consciência da necessidade de extrair dos provimentos jurisdicionais e do próprio sistema todo proveito que deles seja lícito esperar têm a sua valia na medida em que sejam capazes de conduzir a uma postura mental favorável a essa idéia instrumentalista. Em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acanhada e limitativa da utilidade do processo e outra capaz de favorecer a sua efetividade. E pairam ainda no ar muitos preconceitos irracionais que opõem resistência à plenitude da consecução dos objetivos eleitos. É dever do juiz e do cientista do processo, nesse quadro, romper com eles e dispor-se a pensar como mandam os tempos, conscientizando-se dos objetivos de todo sistema e, para que possam ser efetivamente alcançados, usar intensamente o instrumento processual”.

juiz conceder a medida mais adequada à situação dos autos, sendo irrelevante eventual equívoco do requerente ao formular o pedido.²²⁸

Sob esse aspecto, é importante lembrar que a medida urgente deve sempre atender à pretensão da parte, sendo dever do juiz adequar a técnica necessária para o que foi efetivamente pedido. Existindo interesse processual e presentes os requisitos autorizadores da medida urgente, deve o juiz concedê-la.²²⁹ Afinal, “o juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que o juiz assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe”.²³⁰

Dessa forma, o juiz deve ater-se aos requisitos necessários à concessão da medida urgente e verificar se estão elas presentes ao caso concreto.²³¹ Estando presentes, a medida deve ser deferida, a despeito de eventual pedido tecnicamente incorreto da parte ou ainda com relação a uma eventual confusão entre as medidas urgentes apontadas pela parte em seu requerimento.²³²

²²⁸ - “Adotou-se, em relação às tutelas de urgência, cautelares ou antecipatórias, o princípio da fungibilidade, segundo o qual pode o juiz conceder a medida mais adequada à situação dos autos; (...) irrelevante eventual equívoco do requerente ao formular o pedido” (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Código de Processo Civil Interpretado, 3ª ed., Atlas, São Paulo, 2008, pp. 844-845, coord. Antônio Carlos Marcato).

²²⁹ - A respeito da aplicação subsidiária das regras das cautelares à tutela antecipada e fungibilidade das medidas: DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, “Tutela antecipada e tutela cautelar”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 326, coord. Donaldo Armelin. Na mesma obra o autor também afirma: “aplicando-se a adstrição ao pedido da parte, o juiz concederá exatamente o que foi pedido, adequando a pretensão à tutela de urgência cabível no caso concreto” (p. 331).

²³⁰ LUIZ GUILHERME MARINONI, A antecipação da Tutela, 8ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004, p. 35.

²³¹ - “Logo que se introduziu em nosso ordenamento processual civil a figura da antecipação de tutela, tivemos o cuidado de ressaltar a diversidade de requisitos entre ela e a tradicional tutela cautelar, muito embora ambas se preocupassem com o mesmo problema de eliminação do perigo de dano enquanto se aguarda a solução definitiva do litígio. (...) Alertamos, diante desse quadro histórico-cultural, para o risco de prevalecer, nos tribunais, o excesso de tecnicismo na separação das duas modalidades de prevenção em compartimentos estanques e inflexíveis, que, a pretexto de rigor doutrinário, poderia acabar por negar a tutela de emergência à parte, no momento em que se fazia mais premente e inadiável” (HUMBERTO THEODORO JR., Curso de Direito Processual Civil, 39ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 335-336).

²³² - “Requerida medida cautelar sob o rótulo de medida antecipatória, e satisfeitos os requisitos de prova preconstituída e demais exigências do artigo 273 e parágrafos, o juiz deferirá, de imediato, como incidente do processo principal, da mesma maneira com que atua frente ao pedido de tutela antecipada ... de maneira alguma, porém, poderá o juiz indeferir medida cautelar sob o simples pretexto de que a parte a pleiteou erroneamente como se fosse antecipação de tutela; seu dever sempre será o de processar os pedidos de tutela de urgência e de afastar as situações perigosas incompatíveis com a garantia do acesso à justiça e de

O Superior Tribunal de Justiça já abarcou essa verdadeira instrumentalidade das formas²³³ e em inúmeros julgados²³⁴. Segundo jurisprudência

efetividade da prestação jurisdicional, seja qual for o rótulo e o caminho processual eleito pela parte” (HUMBERTO THEODORO JR., Curso de Direito Processual Civil, 39ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 337).

²³³ - “Processual civil. Recurso especial. Fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela. Art. 273, § 7.º, do CPC. Interesse processual. O princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela confere interesse processual para se pleitear providência de natureza cautelar, a título de antecipação dos efeitos da tutela. Recurso especial não conhecido” (STJ, 3ª T., RESP 653.381-RJ, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 21.2.2006, DJ 20.3.2006, p. 268). No voto condutor foi afirmado o seguinte: “Com efeito, o § 7.º, do artigo 273, do Código de Processo Civil dispõe que: ‘Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado’. O referido dispositivo tornou praticamente irrelevante a distinção acadêmica entre medidas antecipatórias e cautelares. Cabe o provimento provisório, quer se trate de antecipar os efeitos do provimento definitivo, quer se trate apenas de assegurar-se sua eficácia prática. Por isso, a doutrina mais moderna é a que, a respeito do problema, recomenda a solução flexibilizante do procedimento cautelar ou antecipatório, e se justifica com o irresponsável argumento de que ‘Questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos’, como é o caso da garantia de efetividade da tutela jurisdicional (cfr. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Tutela cautelar e Tutela antecipada: Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 307). Com efeito, até então, a distinção, teoricamente correta, produziu, na prática, efeitos indesejáveis, em face de controvérsias sobre a exata natureza jurídica de determinadas medidas, como ocorrido neste processo, onde o Juízo de 1.º grau indeferiu a medida cautelar de suspensão da alienação do imóvel, via Concorrência Pública, sob o fundamento de que tal providência tratava-se de medida satisfativa, impondo-se a propositura, portanto, da ação ordinária com pedido de antecipação de efeitos da tutela. Hoje, todavia, não se pode perder de vista que a exegese do Código de Processo Civil deve ser feita com temperamento, deixando-se de lado o excessivo formalismo ou tecnicismo puramente acadêmico, para, assim, buscar-se a efetividade do processo. O Direito, enquanto sistema, deve ter no processo um instrumento de realização da justiça, tendente à pacificação dos conflitos sociais. Assim, deve o magistrado aplicar o direito processual, antes de tudo, buscando a realização de justiça e pacificação social. Daí a preciosa lição de Araken de Assis, segundo a qual: ‘A toda evidência, o equívoco da parte em pleitear sob forma autônoma providência satisfativa, ou vice-versa, não importa inadequação procedimental, nem o reconhecimento do erro, a cessação da medida porventura concedida. E isso, porque existem casos em que a natureza da medida é duvidosa, sugerindo ao órgão judiciário extrema prudência ao aplicar distinções doutrinárias, fundamentalmente corretas, mas desprovidas de efeitos tão rígidos’ (Fungibilidade das Medidas inominadas cautelares e satisfativas, in Revista de Processo, v. 25, n. 100, out./dez. 2000, p. 52). Por isso, atualmente nada impede que o juiz conceda medida antecipatória em processo preparatório, dito cautelar, para a obtenção de sentença provisória, com reserva da propositura da ação principal no prazo de trinta dias. De fato, conforme esclarecem Nelson Nery Jr. e Rosa M. A. Nery, o princípio da fungibilidade autoriza tal providência (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 7.ª edição, rev. e ampl., São Paulo: RT, 2003, pág. 653, nota 46 ao art. 273). Diante disso, correto o acórdão recorrido, pois adotou este mesmo entendimento para dar provimento à apelação do ora recorrido e admitir a medida cautelar por ele requerida, não havendo, portanto, que se falar em violação ao art. 273 do CPC”.

²³⁴ - Nesse sentido: STJ, 2ª T., RESP 889.886-RJ, rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 7.8.2007, DJ 17.8.2007, p. 413; STJ, 2ª T., RESP 628.388-MG, rel. Min. ELIANA CALMON, j. 18.8.2005, DJ 3.10.2005, p. 181.

uníssona do Superior Tribunal de Justiça, com a introdução do §7º ao art. 273 do Código de Processo Civil, tornou-se irrelevante no plano prático a distinção acadêmica entre medidas antecipatórias e cautelares. A medida urgente será sempre deferida, independentemente do rótulo que houver sido dado pela parte, porque eventuais diferenças não podem produzir efeitos indesejáveis tais como o indeferimento da medida cautelar por se tratar de medida antecipatória ou vice-versa. Trata-se da necessária visão unitária das duas espécies de medidas urgentes (cautelar e antecipação de tutela) e da imposição de um tratamento homogêneo, tendo em vista que sua finalidade última é a mesma (debelar os efeitos deletérios do tempo no processo).²³⁵

No direito estrangeiro não é diferente.

Na Itália, quando da introdução do poder geral de cautela do juiz pelo art. 700 do Código de Processo Civil, em adição à ausência dessa previsão no Código anterior a 1942, muito se discutia a respeito da extensão desse dispositivo.²³⁶ Partindo-se de um rigor técnico desarrazoado, a doutrina se posicionou alhures de modo a interpretar esse dispositivo como autorizador de medidas cautelares, mas não de provimentos antecipatórios. Contudo, com o tempo essa rigorosa corrente doutrinária rendeu-se às necessidades da vida real e acabou por aceitar que o art. 700 do Código de Processo Civil justifica não só as medidas acautelatórias do direito, mas também as antecipatórias da própria tutela.²³⁷

Essa visão de um fundamento legal único para as medidas urgentes perdurou até recentemente.²³⁸ Com a edição de determinadas normas (inclusive aquelas que instituíram um verdadeiro processo societário), o art. 700, que vinha sendo utilizado pela jurisprudência como fundamento para antecipação, teve sua interpretação aliviada. Instituiu-se assim, sob uma mesma disciplina formal de competência e procedimento, duas realidades diferentes: uma para as cautelares e outra para as antecipações de tutela. Essa diferença de realidade no direito italiano é bastante decorrente da eficácia de ambas as

²³⁵- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O regime jurídico das medidas urgentes”, in *A nova era do processo civil*, Malheiros, São Paulo, 2003, p. 90.

²³⁶- EDOARDO RICCI, “A evolução da tutela urgente na Itália, in *Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*, Saraiva, São Paulo, 2010, pp. 379 e ss., coord. Donaldo Armelin. No mesmo sentido: GIOVANNI ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza*, 2ª ed, CEDAM, Padova, 1985; ANDREA PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, Foro Italiano, 1990, V, p. 391.

²³⁷- Sobre a consolidação das antecipatórias no art. 700 do c.p.c. italiano: FERRUCCIO TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatória*, CEDAM, Padova, 1983.

²³⁸- Sobre uma visão restritiva a respeito do art. 700 do c.p.c. italiano: GIOVANNI ARIETA, *I provvedimenti d’urgenza art. 700 c.p.c.*, 2ª ed., CEDAM, Padova, 1985.

tutelas, modificada pelas alterações legislativas recentes.²³⁹ Primeiro porque no tocante às cautelares, o caráter instrumental é muito forte, passando a perder os seus efeitos caso a demanda principal não seja proposta no tempo e modo.²⁴⁰ Nas antecipatórias, há um instituto que se assemelha à estabilização da tutela antecipada, em razão de sua natureza satisfativa, sem, contudo, tal decisão ter qualidade de coisa julgada.²⁴¹ Aliás, no processo societário italiano, FERRUCCIO TOMMASEO já reconhece que a eficácia da medida cautelar estátuída na regra específica abarca tanto tutelas cautelares, como as antecipatórias.²⁴²

Na Alemanha, apesar de o ZPO conter um dispositivo para as cautelares (§935) e outro para os provimentos antecipatórios (§940), não há diferenças de modo a emprestar eficácias diversas às duas medidas, já que “em cautela, tanto faz garantir o processo de sua atividade prática quando do retardamento da decisão de mérito”.²⁴³

Na França, o sistema de antecipações ocorre por meio do *référé* (ordonnances de *référé*). Apesar de inserida em um sistema prodecimental bem diferente do brasileiro, para o *référé* também não é relevante a natureza da medida urgente, se cautelar ou antecipatória do próprio provimento. No Nouveau Code de Procédure Civile, apesar de não haver um rigor de sistematização do assunto, não se estabelece em seus arts. 484 e 482, diferenças procedimentais entre essas duas possíveis naturezas jurídicas das medidas urgentes, nem tampouco com relação aos requisitos autorizadores (arts. 808 e 809). Ou seja, também na França, a generalidade das medidas antecipatórias ou cautelares está

²³⁹ - EDOARDO RICCI, “A evolução da tutela urgente na Itália, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 381, coord. Donaldo Armelin; CRISANTO MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, 19ª ed., G. Giapichelli, Torino, 2007, p. 307-309.

²⁴⁰ - A respeito das generalidades do processo cautelar italiano: FERDINANDO MAZZARELLA e GIOVANNI TESORIERE, *Corso di diritto processuale civile*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 335-336; CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, 6ª ed., G. Giapichelli, Torino, 2007, pp. 207-210.

²⁴¹ - A respeito das medidas antecipatórias no direito italiano, com síntese de vários entendimentos: ANTONIO CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Giapichelli, Torino, 1997. GIORGETTA BASILICO e MASSIMO CIRULLI, *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, Giuffrè, Milano, 1998; RICCARDO CONTE, *L’ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, CEDAM, Padova, 2003 (EDOARDO RICCI, “A evolução da tutela urgente na Itália, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 381, coord. Donaldo Armelin)

²⁴² - FERRUCCIO TOMMASEO, *Lezioni sul processo societário*, Aracne, Roma, 2005, p. 94. Nada obstante isso, o autor faz a distinção entre as duas tutelas (pp. 96-98)

²⁴³ - ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, *A evolução do sistema processual brasileiro e as técnicas atuais de cautelaridade e antecipação, no prelo.*

inserida em um mesmo contexto, cujas diferenças quanto às respectivas naturezas jurídicas não determinam mudanças procedimentais ou de requisitos para sua concessão.²⁴⁴

Nessa mesma linha de fungibilidade e de caracterização das tutelas cautelares e antecipatória como gênero das medidas urgentes, a exposição de motivos do Projeto n. 166 de 2010 do novo Código de Processo Civil assim justifica esse posicionamento da unificação das tutelas de urgência: “adotou-se a regra de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida. Disciplina-se também a tutela sumária que visa a proteger o direito evidente, independentemente de periculum in mora (...) o Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito”.²⁴⁵

²⁴⁴ - No mesmo sentido no direito francês: CÉCILE CHAINAIS, La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien, Dalloz, Paris, 2007. JACQUES VUITTON, XAVIER VUITTON, Les referes, 2ª ed., Litec, Paris, 2006; ALESSANDRO JOMMI, Il référé provision, Giappichelli, Torino, 2005; ACHILLE SALETTI aproxima o processo sumário societário italiano ao référé francês, nada obstante reconhecer suas diferenças ontológicas (ACHILLE SALETTI, “Il procedimento sommario nelle controversie societarie”, in Revista di Diritto Processuale, anno LVIII, n. 2, aprile-giugno, 2003, p. 483).

²⁴⁵ - No que se refere à preocupação com a tutela da evidência, o projeto aduz o seguinte: “também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de periculum in mora, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano”.

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO III TUTELA DE URGÊNCIA NO DIREITO SOCIETÁRIO</p>

**11-
LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL E SEU ÂMBITO NAS MEDIDAS URGENTES**

Quanto menos o Poder Judiciário interferir na vida da sociedade melhor. Essa afirmação tem como premissa duas circunstâncias: (i) a primeira, de que não se trata de um salvo-conduto para as sociedades ou seus sócios procederem como quiserem e em desconformidade com a lei e o estatuto ou em fraude a eles; e (ii) a segunda, de que não é possível questionar o mérito do ato societário, assim entendido entre as iniciativas sociais que sejam previstas em lei ou que, dentre as inúmeras possibilidades apresentadas, aquela escolhida é a melhor atende aos interesses da empresa.

Todas as decisões judiciais deverão sopesar essas duas premissas, como se cada uma delas estivesse em um dos lados da balança. Na medida em que o ato questionado não tiver restrição em lei ou no Estatuto (ou não estiver em fraude a eles), não pode o Judiciário questionar critérios de conveniência e oportunidade vinculados ao mérito do ato societário. Por essa razão, meros atos de gestão ou administração não podem ser questionados em juízo.

É evidente que a intervenção do Poder Judiciário para corrigir ilegalidades é salutar. A questão é identificar esses casos em situações repletas de elementos subjetivos, como se verifica, p.ex., os interesses da sociedade de um lado e de outro os pessoais de determinado acionista; ou o interesse majoritário de um lado e de outro o do minoritário.

Os poderes do juiz se resumem à investigação da legalidade do ato, sem questionamentos de ordem material. Tanto é que a Lei de Sociedades Anônimas no art. 129, §2º, dispõe sobre a única forma de o Poder Judiciário poder imiscuir-se legalmente na vida empresarial: nos casos de empate na segunda deliberação tomada em Assembleia, na hipótese de o Estatuto não regular a matéria e também não haver cláusula arbitral.²⁴⁶ E mesmo nessas hipóteses, a decisão que deverá ser proferida pelo Poder

²⁴⁶ - “Art. 129. As deliberações da assembléia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco. § 1º O estatuto da companhia fechada pode aumentar o quorum exigido para certas deliberações,

Judiciário está vinculada aos interesses da empresa porque é com base nessa premissa que o juiz deverá decidir. Ou seja, nesses raros casos, os interesses sociais prevalecem sobre os interesses individuais dos sócios.

Assim, de uma forma ou de outra, pretende-se preservar a autonomia dos negócios empresariais em seu próprio interesse, ainda que em detrimento dos interesses dos acionistas e até mesmo do próprio Poder Judiciário. Essa é a razão para que o controle do Poder Judiciário se resuma a um controle de legalidade de tais atos.²⁴⁷

Essa sistemática não é inovadora sob o prisma de vista do direito. Ela é utilizada para o controle dos atos da administração pública, amplamente consolidado no direito administrativo. Assim como na administração, utilizando-se o conceito de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²⁴⁸, o ato societário é discricionário porque é decorrente da margem de ‘liberdade’ que possui o administrador ou a maioria societária de eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à sociedade quando não houver objetivamente uma solução unívoca ou imposta por lei para a situação vertente.²⁴⁹

desde que especifique as matérias. § 2º No caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembléia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia”.

²⁴⁷ - Pelo controle de pura legalidade na doutrina italiana confira-se: BARTOLOMEO QUATRARO e EMILIO TOSI, *Il controllo giudiziario delle società: rassegna critica di dottrina e giurisprudenza sull’art. 2409 C.C.*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1997, pp. 164-166; FRANCESCO CARNELUTTI, “Eccesso di potere nelle deliberazioni dell’assemblea delle anonime”, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1926, p. 178.

²⁴⁸ - Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO atos discricionários “seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles. A diferença nuclear entre ambos [atos vinculados e atos discricionários] residiria que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 412).

²⁴⁹ - “Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA

A despeito disso, a doutrina nacional aponta para a possibilidade de o Poder Judiciário poder investigar o mérito de determinadas deliberações, especialmente quando o mérito tangencia o controle de legalidade,²⁵⁰ do mesmo modo em que já consolidado pelos Tribunais Superiores a possibilidade de o Judiciário examinar o mérito do ato administrativo.²⁵¹

DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 936). Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, discricionariedade é a “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito” (Discricionariedade administrativa, Tese apresentada perante Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1.990, p. 41).

²⁵⁰ - RODRIGO BENEVIDES DE CARVALHO, Técnica processual e controvérsias derivadas da lei as sociedades por ações, Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, pp. 46-47. No mesmo sentido: WALDÍRIO BULGARELLI, Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A: de acordo com a reforma da Lei 6404/76, Renovar, Rio de Janeiro, 1998, p. 371.

²⁵¹ - “Agravos regimentais no recurso extraordinário. Ato administrativo. Controle judicial. Reexame de provas. Impossibilidade em recurso extraordinário. Súmula 279 do STF. 1. É legítima a verificação, pelo Poder Judiciário, de regularidade do ato discricionário quanto às suas causas, motivos e finalidade. 2. A hipótese dos autos impõe o reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do STF. Agravos regimentais aos quais se nega provimento” (STF, 2ª T., AgRg no REExt 505.439/MA, rel. Min. EROS GRAU, j. 12.8.08, DJU 29.8.08); “Recurso extraordinário. Pressuposto específico de recorribilidade. A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observância aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos específicos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6., parágrafo único, da Constituição de 1969 acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respaldá-la. Na dicção sempre oportuna de Celso Antonio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (Discricionariedade e Controle judicial)” (STF, 2ª T., REExt 131.661/ES, rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 26.9.1995, DJU 17.11.1995); “Direito administrativo e processual civil – Demarcação de terras indígenas – Ausência de violação do art. 535 do CPC – Ato administrativo discricionário – Teoria da asserção – Necessidade de análise do caso concreto para aferir o grau de discricionariedade conferido ao administrador público – possibilidade jurídica do pedido. (...) 2. Nos termos da teoria da asserção, o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. 3. Para que se reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, é preciso que o julgador, no primeiro olhar, perceba que o petitum jamais poderá ser atendido, independentemente do fato e das circunstâncias do caso concreto. 4. A discricionariedade administrativa é um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. 5. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem jurídica. 6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstrato da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a

Nos processos societários, os casos de maior recorrência se encontram nas discussões de abuso do poder de controle no qual o controlador deseja impor a sua vontade ou a sua concepção de melhor interesse social aos minoritários.

Isso não significa, contudo, que os juízos de conveniência e oportunidade devam ser realmente questionados em sua substância. Como essa incursão ao mérito da deliberação tem por objetivo apenas enxergar melhor a legalidade com que se revestiu a tomada de decisão pela maioria, o controle do Judiciário, mesmo nessas hipóteses, continua sendo de estrita legalidade.

É importante que os sócios estejam cientes que a vida societária, regida preponderantemente por deliberações sociais (dos sócios ou dos órgãos da sociedade), envolve riscos próprios da atividade empresarial e econômica. E os sócios devem estar cientes disso, principalmente os minoritários, já que têm reduzida sua influência na gestão e nas tomadas decisões no âmbito da sociedade. Tendo eventual deliberação sido tomada dentro dos parâmetros legais e estatutários e também não havendo lei que impeça a tomada de determinada posição, a deliberação deverá prevalecer por carecer o Poder Judiciário de competência para tal controle.

No controle judicial de legalidade, não há dúvidas na possibilidade de o Poder Judiciário reconhecer a ilegalidade de determinada deliberação e anulá-la ou suspendê-la. Nesse caso, o processo produz uma decisão cujo decreto foi resultado de uma atuação das partes em contraditório e de uma cognição exauriente dos fatos pelo juiz.

O problema para o direito societário existe nas medidas de urgência que, por serem excepcionais e com requisitos de admissibilidade bem restritivos, estão fundadas em um juízo de cognição sumária e às vezes são até proferidas sem o contraditório. Isso porque, no âmbito do direito societário as medidas urgentes encontram amplo espaço para se proliferar: tudo é urgente e demanda tomada de posição sem delongas. O custo de oportunidade em se fechar um negócio em determinado momento e circunstância, de se tomar uma deliberação a respeito de algum assunto em determinada

melhor forma de agir. 7. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível. 8. A influência que uma decisão liminar concedida em processo conexo pode gerar no caso dos autos pode recair sobre o julgamento do mérito da causa, mas em nada modifica a presença das condições da ação quando do oferecimento da petição inicial. Recurso especial improvido” (STJ, 2ª T., REsp 879.188/RS, rel. Min. HUMBERTO MARTINS, j. 21.5.09, DJU 2.6.09).

conjuntura sempre demanda decisões ágeis que, por sua própria natureza, são incompatíveis com os processos judiciais pelo procedimento ordinário.

Nessa perspectiva, existem certas dificuldades para serem enfrentadas em uma decisão célere, seja pela complexidade da matéria societária, alheia ainda ao dia-a-dia dos tribunais, seja pela quase sempre urgência com que são apresentadas em juízo. Ou seja, se não há tempo para o debate profundo sobre essas questões, o juiz se vê premido a proferir uma decisão logo. E aí é que surgem os problemas.

Para parte da doutrina essa complexidade da matéria societária, demandaria, quando muito, juízos especializados²⁵², mas não uma limitação quanto aos juízos sumários.²⁵³ Realmente, do mesmo modo que não deve haver uma limitação quanto ao cabimento de medidas urgentes nos processos societários, também não se pode olvidar sobre uma necessária análise diferenciada. Essas peculiaridades que permeiam as medidas urgentes (fundadas em cognição sumária) devem ter em consideração a natureza do direito material controverso para estabelecer um *modus operandi* diverso daquele ordinariamente levado ao foro.

Quanto às medidas urgentes, algumas peculiaridades do direito societário devem ser levadas em conta como as seguintes: (i) a natureza do contrato de sociedade; (ii) a irreparabilidade do prejuízo causado, já que muitas das vezes não se verifica direitos patrimoniais puros envolvidos; (iii) a velocidade com que os atos societários ocorrem é infinitamente superior à velocidade do processo judicial; (iv) na lei de sociedades por ações o abuso do poder de controle é preferencialmente sancionado por indenização pelas perdas e danos causadas; e (v) a necessidade de o direito societário se valer das medidas urgentes ainda mais do que os demais ramos do direito.²⁵⁴

²⁵²- A esse respeito, os juízos especializados não devem ser vistos como uma saída imune a problemas. Nada obstante a melhoria técnica nos julgamentos, o assunto quando visto pelo aspecto da limitação dos juízes responsáveis pela direção desses processos pode ser prejudicial, na medida em que tende a açodiar as discussões e a polarizar os entendimentos sobre a matéria. Haveria também de se considerar a inegável restrição de entendimentos sobre a matéria, o que poderia prejudicar a própria evolução da interpretação das questões específicas dentro do juízo especializado.

²⁵³- LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, Medidas urgentes no direito societário, RT, São Paulo, 2002, p. 26.

²⁵⁴- RAFFAELE LENER, "Provvedimenti d'urgenza e società per azioni, Rivista di Diritto Civile n. 2, 1985, p. 125, No mesmo sentido e citado por: LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, Medidas urgentes no direito societário, RT, São Paulo, 2002, p. 30.

Cada um desses pontos, em determinadas situações, enseja uma interpretação diferenciada de determinados institutos de direito processual ligados à tutela de urgência no direito societário.

12- CONTRADITÓRIO E LIMINARES *INAUDITA ALTERA PARTE*

Antes da Constituição Federal de 1988, parte da doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal limitavam o contraditório a processos penais, afastando expressamente seu cabimento no processo civil.²⁵⁵

A concepção mais vetusta do princípio do contraditório o limitava não só ao processo penal, mas também à bilateralidade da audiência e à possibilidade de reação à citação. JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, em síntese tantas vezes difundida, define o princípio do contraditório como sendo a *expressão da ciência dos atos e termos do processo e possibilidade de contrariá-los*.²⁵⁶ Como o processo se estrutura pressupondo pelo menos duas partes em posições contrapostas, tinha-se o contraditório como uma mera decorrência da direção contrária dos interesses dos litigantes, portanto, ensejador do desenvolvimento do processo unicamente como contradição recíproca dos atos e fatos do processo.

Essa forma de pensar atendia perfeitamente à tese e à antítese nesta vetusta forma de enxergar a dialética processual, que é representada pela ação e pela defesa em suas acepções mais amplas. O paralelismo entre agir e defender-se é que assegurava aos sujeitos do contraditório a possibilidade de cumprir todo e qualquer ato processual idôneo a fazer valer em juízo os próprios direitos e a condicionar o êxito do processo; portanto, ação e defesa reciprocamente completavam-se e integravam-se.²⁵⁷

²⁵⁵ - PONTES DE MIRANDA, Comentários à Constituição de 1946, 3ª ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1960, pp. 317-318; Supremo Tribunal Federal, Agravo de petição n. 6717, j. 12.7.1936. Ambos foram citados por: HUMBERTO THEODORO JR., “Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil”, in Constituição e processo: contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro, Del Rey, Belo Horizonte, 2009, p. 245, coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado.

²⁵⁶ - JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, A contrariedade na instrução criminal, Saraiva, São Paulo, 1937, p.110.

²⁵⁷ - LUIGI PAOLO COMOGLIO, La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile, CEDAM, Padova, 1970, n. 24, p. 147.

Contudo, a partir da doutrina alemã do pós-guerra,²⁵⁸ identificou-se uma concepção mais ampla e democrática da garantia do contraditório, no sentido de reconhecer também às partes a possibilidade de, por meio de manifestações paritárias no processo,²⁵⁹ influir na formação da futura decisão judicial. Todas as questões de fato e principalmente as de direito que de alguma forma pudessem ter influência sobre a futura decisão, portanto, deveriam ser submetidas à consulta das partes pelo juiz durante o debate processual, tanto no processo penal, quanto no civil.

Essa nova e moderna concepção do contraditório de efetiva participação o caracterizou como verdadeiro instrumento democrático porque garantidor da efetiva possibilidade de influência das partes no resultado da prestação jurisdicional seja ela de qual natureza for.²⁶⁰

Assim, na preparação de toda e qualquer decisão, administrativa ou jurisdicional, a participação das pessoas que poderão afinal ser atingidas por ela em sua esfera de direitos é expressa pelo contraditório, que transparece nos atos com que cada um procura influir no espírito do julgador, objetivando um pronunciamento favorável.

Segundo o entendimento de GILMAR FERREIRA MENDES, fundado em doutrina alemã,²⁶¹ o núcleo essencial do direito de defesa (expressão máxima do contraditório) incorpora, portanto, três prerrogativas fundamentais concedidas a todos em processo administrativo ou judicial: (i) o direito a conhecer as alegações contra si opostas; (ii) o direito de produzir razões factuais e normativas de modo a contraditar tais alegações;

²⁵⁸ - HUMBERTO THEODORO JR., “Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil”, in *Constituição e processo: contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, Del Rey, Belo Horizonte, 2009, p. 252, coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado.

²⁵⁹ - NELSON NERY JR. ressalta que garantir o contraditório significa possibilitar ao litigante o direito de exteriorizar suas manifestações e serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos (NELSON NERY JR., *Princípios do processo na Constituição Federal*, 10ª ed., RT, São Paulo, 2010, p. 210-211). A respeito do tratamento paritário entre as partes no contraditório do processo civil: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, “Garantia do tratamento paritário das partes”, in *Garantias constitucionais do processo civil*, RT, São Paulo, 1999, pp. 102-108.

²⁶⁰ - HUMBERTO THEODORO JR., “Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil”, in *Constituição e processo: contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, Del Rey, Belo Horizonte, 2009, p. 252, coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado.

²⁶¹ - Confira-se relevante acórdão no qual é mencionada farta doutrina alemã sobre a matéria: Contraditório recheado de doutrina alemã: STF, Pleno, MS 24.268-MG, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 5.2.2004, in RTJ 191/922.

e (iii) o direito de ver tais razões de defesas consideradas em uma decisão - ainda que para rejeitá-las.²⁶²

O contraditório traduz-se também no binômio informação-reação, sendo relevantíssima a observação de que a primeira é sempre necessária e a segunda é apenas possível.²⁶³ Ou seja, a garantia do contraditório se mostra atendida quando é dada à parte a oportunidade efetiva de reagir, influenciar, desenvolver a argumentação ou colocar suas considerações sobre as questões de fato e de direito controversas na causa. Por se tratar de um ônus (assim entendido como o imperativo do próprio interesse), cabe à parte dele se desincumbir em tempo e modo.

Essa visão tem duas consequências com relação à atuação do juiz no processo.

²⁶² - GILMAR FERREIRA MENDES, “Significado do direito de defesa”, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos, São Paulo, out./99 (Informativo CONSULEX - 13.9.93). Em citação da doutrina alemã, é dito ainda o seguinte pelo autor: “não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado ‘Anspruch auf rechtliches Gehör’ (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o Bundesverfassungsgericht que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã - BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*, 3ª edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364). Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: - direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; - direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; - direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte - Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, Heidelberg, 1991, p. 363-364; ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol IV, nº 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (Recht auf Berücksichtigung), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção (Beachtenspflicht), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (Kenntnisnahmepflicht), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol. IV, nº 97). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional - BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol. IV, nº 97)”. Essa mesma argumentação foi ainda exposta na petição apresentada pela União na Ação Cível Originária nº 615, Requerente: Estado do Rio de Janeiro, Requerida: União, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal (internet).

²⁶³ - SERGIO LA CHINA, *L’esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Giuffrè, Milano, p. 394.

A primeira no sentido de que o juiz não pode decidir questões de fato e de direito – mesmo questões de ordem pública – sem que tenha sido dado às partes oportunidade ao contraditório sobre o assunto. O art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal impede o magistrado de decidir sobre ponto que não tenha sido objeto de debate entre as partes no processo. O que legitima a imperatividade e autoridade dos provimentos jurisdicionais é a observância de um modelo procedimental apto a assegurar às partes o amplo exercício dos poderes e faculdades inerentes ao princípio do contraditório, constitucionalmente garantido.²⁶⁴ Esse modelo é violado quando se profere julgamento com surpresa para as partes, que é o que ocorre quando o magistrado se vale de uma fundamentação cerebrina e que nunca foi objeto de debate entre as partes.²⁶⁵

Nesses casos, orienta-se o magistrado a instaurar um incidente processual para fazer valer os princípios do contraditório e da ampla defesa e para preservar eventuais direitos cuja existência pode ser ignorada pelo próprio magistrado, como bem alertado por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA.²⁶⁶ Nesse mesmo sentido é

²⁶⁴ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, traduzindo o espírito de um Estado-de-Direito aduz: “não se compatibiliza com o espírito do Estado-de-direito democrático a imposição de provimentos sem prévia preparação mediante um procedimento e sem que o procedimento preparador se desenvolva em contraditório; ou seja, não se compatibiliza com ele a emissão de provimentos sem a realização do processo adequado”. E daí a consequência prática: “tem-se a preocupação pela integridade do contraditório, ainda, no julgamento antecipado do mérito, tal qual previsto na lei processual: seja no caso de revelia do demandado, seja nos de desnecessidade de prova por outros motivos, sempre que o juiz antecipa o julgamento sem ser rigorosamente o caso de fazê-lo, a nulidade da sentença como ato do procedimento será efeito da violação que haja sido praticada contra a garantia do contraditório. Há, portanto, um direito ao procedimento, que é direito à participação e que coincide por inteiro com o já denominado 'direito ao processo'; ultrajes a ele esbarram na cláusula due process of law, a qual também, afinal de contas, constitui penhor da efetiva oferta de oportunidades para participar” (A instrumentalidade do processo, S. Paulo, Ed. RT, 1.987, n. 16, esp. pp. 187 e 192-193).

²⁶⁵ - No que diz respeito à doutrina arbitralista, o prof. CARLOS ALBERTO CARMONA é peremptório no sentido de que “a feição moderna do princípio do contraditório exige que o julgador – seja ele juiz togado, seja ele árbitro – não tome decisões acerca de pontos fundamentais do litígio sem provocar debate a respeito, pois somente assim será assegurada à partes a efetiva possibilidade de influir no resultado do julgamento” (Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96, São Paulo, Atlas, 2009, p. 295).

²⁶⁶ - “Inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apóie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido. O tribunal deve, portanto, dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição, possibilitando-as assim melhor defender seu direito e influenciar a decisão judicial. Dentro da mesma orientação, a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo iura novit curia, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem ao princípio do contraditório. (...) Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também

o raciocínio de FREDIE DIDIER JÚNIOR, o qual diferencia o “poder agir de ofício” e o “agir sem ouvir as partes”, destacando que o juiz pode agir de ofício, inclusive com amparo nos arts. 131 e 462 do Código de Processo Civil, mas antes tem que abrir vista para as partes se manifestarem sobre o ponto considerado relevante.²⁶⁷

O Anteprojeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, visando a consagrar em sede legislativa justamente esse entendimento já consolidado pela doutrina e pela jurisprudência modernas, prevê, no seu art. 10, que “*o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício*”. Essa regra reflete uma orientação universal nesse sentido, bastando que se consultem os Códigos francês (NCPC, art. 16)²⁶⁸ e alemão (ZPO, §139),²⁶⁹ dentre outros, todos conformes.

depende a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial. O mesmo se diga no concernente à formação do juízo de direito, nada obstante decorra dos poderes de ofício do órgão judicial ou por imposição da regra iura novit curia, pois a parte não pode ser surpreendida por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida dos contraditores” (CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, “Garantia do contraditório”, in Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, vol. 15, pp. 7-20).

²⁶⁷- FREDIE DIDIER JÚNIOR, Direito processual civil, vol. 1, 6ª ed, Juspodivm, Salvador, 2006, pp. 59-61.

²⁶⁸- “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. ... Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations”.

²⁶⁹- § 139 ZPO - Condução Material Do Processo. “(1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitida contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma

Trata-se, em outras palavras, de um mecanismo que rechaça a possibilidade de o juiz surpreender as partes; que veda decisões judiciais cujo fundamento não tenha sido previamente debatido nos autos e que não tenha sido dado às partes oportunidade de deduzir suas razões sobre tal fundamento; que veda decisões cujas partes não tenham materialmente podido influir no espírito do julgador, objetivando um pronunciamento favorável. Essa vedação da surpresa é ainda vinculada à garantia de fundamentação das decisões judiciais, como bem observa HUMBERTO THEODORO JR., na medida em que “é desse sistema dialético que nasce o dever de fundamentar as decisões do juiz pelo art. 93, inc. IX, de nossa Constituição”.²⁷⁰

A segunda consequência consiste na circunstância objetiva de que o contraditório, nessa acepção, não limita os poderes do juiz, mas age como um mero regulamentador de sua conduta na condução do processo. Na medida em que o princípio do contraditório apenas impõe ao magistrado o dever de ouvir as partes antes de decidir, não só seus poderes estão incólumes, como sua decisão legitimada pelos comandos constitucionais.²⁷¹

Do mesmo modo não pode o juiz decidir tendo ouvido apenas uma das partes. A regra de vedação à surpresa no processo vale não só para autor e réu, mas para um ou outro isoladamente também.²⁷²

Para o processo societário é grande a relevância dessas considerações, principalmente nas decisões de medida urgente proferidas liminarmente no processo (p.ex. com o recebimento da petição inicial) ou também no curso do processo,

determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito”.

²⁷⁰- Nesse sentido: HUMBERTO THEODORO JR., “Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil”, in *Constituição e processo: contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, Del Rey, Belo Horizonte, 2009, p. 253, coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado: “em outras palavras a concepção democrática do processo moderno, dominada pela participação ativa de todos os seus sujeitos, não tolera que o juiz possa decidir, mesmo de ofício, sem convidar previamente as partes para manifestarem acerca da questão que pretenda dirimir e sem conceder-lhes prazo adequado para preparar suas razões”.

²⁷¹- “A concessão da tutela antecipada sem a observância do contraditório deve ser sempre medida excepcional, já que a ciência dos atos e termos do processo é fundamental para a legitimação do procedimento” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, RT, São Paulo, 2000, p. 238).

²⁷²- “Evitar injustificáveis diferenças de tratamento impõe aos pedidos de tutela antecipada a observância do contraditório sempre que não houver prejuízo em decorrência da bilateralidade do processo” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, RT, 2000, p. 258).

mas antes da oitiva da parte contrária a respeito do pedido. Essas duas formas de decisões *inaudita altera parte*, trazem algumas consequências.

A regra geral é sempre a de que o contraditório deve preceder à apreciação das medidas urgentes. Sempre, pois assim é que um processo judicial deve ocorrer em um Estado-Democrático-de-Direito.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal por inúmeras oportunidades já se manifestou sobre as liminares *inaudita altera parte* no sentido de que se deve preservar o contraditório.²⁷³ Nesse contexto, a redução da demora do processo pode e deve ocorrer desde que, razoavelmente e de forma fundamentada, se preserve uma adequada oportunidade para o contraditório.²⁷⁴

Evidentemente, relegar o contraditório a um segundo momento não significa, em tese, vulnerar tal garantia, desde que determinadas circunstâncias excepcionalíssimas estejam presentes. Por isso, deve-se entender que as circunstâncias que autorizam a postificação do contraditório são extremamente excepcionais, ou seja, a oitiva da parte contrária deve ocorrer sempre antes da concessão da medida urgente, salvo se houver causas excepcionais que autorizem inverter o procedimento.

Essa excepcionalidade é decorrente, em primeiro lugar, do próprio comando constitucional (art. 5º, incs. LIV e LV) que estabelece a relevância dos princípios do contraditório e do devido processo legal. Depois, no âmbito infraconstitucional, o comando inserto no art. 797 do Código de Processo Civil deixa clara a excepcionalidade da medida quando dispõe que “só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.²⁷⁵

Ou seja, a violação ao devido processo inerente ao Estado Democrático de Direito ocorrerá sempre que esses casos excepcionais não estiverem

²⁷³- Despachos nas Suspensões de segurança nn. SS-1962/RJ, SS-2.061/DF, PET-2450/GO, PET 2375/RJ.

²⁷⁴- HUMBERTO THEODORO JR., “Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo” civil no Brasil”, in Constituição e processo: contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro, Del Rey, Belo Horizonte, 2009, p. 245, coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado.

²⁷⁵- Em Portugal, o contraditório pode ser diferido, nos termos do art. 385º do Código de Processo Civil português, devendo o juiz sopesar as circunstâncias do caso concreto. Contudo o contraditório diferido é medida excepcional, autorizado apenas e tão somente quando houver urgência tal que a concessão da medida se justifique antes do contraditório (ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, Temas da reforma do processo civil, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 88-89).

claramente configurados no caso concreto e devidamente fundamentados e justificados na decisão que deferia a medida urgente, postificando o contraditório.

Apesar de a avaliação das hipóteses em que o contraditório será diferido demandar intensa análise de circunstâncias do caso concreto, é possível elencar algumas questões objetivas circunstanciais que determinam contraditório prévio ou diferido.

Uma delas vem expressa no art. 804 do Código do Processo Civil: “é lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer”. Essa previsão legal é enfática em excepcionar a medida para o caso em que a parte contrária poderá tornar a medida urgente ineficaz. Assim, se esse receio específico não for fundado ou se a ineficácia da medida urgente não for evidente, o contraditório prévio se faz necessário.

Essa disposição legal é clara, mas é frequentemente violada, sob os mais diversos motivos, que não aqueles previstos em lei.

O fundamento para permitir a inversão na ordem do contraditório é baseado em um mecanismo de defesa da imperatividade e autoridade dos provimentos jurisdicionais. Ocorre que esse fundamento, quando realmente algum existe na decisão que defere medida urgente *inaudita altera parte*, não é utilizado. Na medida em que é importante garantir a efetivação das decisões judiciais, a tutela de urgência deve ser deferida sem a oitiva da parte contrária somente quando houver fundado receio de que essa mesma parte, ciente de seu conteúdo, puder de alguma forma impedir sua efetivação.

A surpresa, portanto, é o elemento chave para impedir a ocorrência dos atos da parte contrária que podem ser efetivados para impedir o cumprimento da ordem deferida liminarmente. Nesses casos, contudo, não basta a situação em tese; devem ser apontados os fatos que ensejam o fundado receio dessa conclusão, sob pena de nulidade da decisão. Nos casos de busca-e-apreensão de documentos e livros societários, em determinadas circunstâncias a ciência da existência dessa ordem pode inviabilizar a própria busca-e-apreensão, já que a parte pode se valer de sua posse anterior para escondê-los, tirá-los da sede da sociedade, alterá-los, ou se valer de qualquer outro expediente fraudulento para obstar o cumprimento da medida. Essa é uma possibilidade em tese que, sozinha, não tem o condão de diferir o contraditório. Para tanto, é necessária a demonstração com

elementos de fato de que há fundado receio de que a parte poderá tornar sem efeito a medida urgente deferida.

Assim, o pedido de busca-e-apreensão deve ser conjugado com alguma argumentação em concreto de que a parte, citada, ocultará os documentos ou modificará seu conteúdo.

A análise dos interesses em jogo também é importante. Em tese, os interesses da sociedade (interesses sociais) se sobrepõem ao do sócio contrariado (interesses individuais), da mesma forma em que os eventuais interesses de um dos sócios não têm prevalência sobre os interesses da maioria. Nessas oportunidades, sucumbindo o interesse do sócio ao da sociedade, a melhor medida seria a de aguardar o contraditório para análise da medida urgente. A prioridade é da sociedade e não do sócio. Sopesando os eventuais prejuízos que poderão ocorrer, deve-se preservar a sociedade e não o sócio.

Outra questão indissociável da casuística é a de haver argumento no sentido de que não há tempo hábil para realização do contraditório. Para que essa situação se configure, o tempo de operacionalização da manifestação da parte contrária deve inviabilizar a tutela do prejuízo ou do ilícito em tempo e modo. Esse lapso temporal deve ser tal que a concessão da medida urgente seja completamente ineficaz, sem utilidade prática alguma.

Em casos nos quais a medida urgente é requerida na petição inicial, viabilizar a oitiva da parte contrária antes da apreciação da medida requer uma logística mais complexa. É necessário realizar a citação ou a intimação em tempo e modo para viabilizar à parte contrária não só a contratação e constituição de advogado, mas também os meios necessários para assimilação do pedido da medida urgente e a organização dos fatos e documentos para serem apresentados em juízo, cujo prazo é o da apresentação da defesa que pode variar de 5 (defesa na cautelar) até 30 dias (nos casos do art. 191 do Código de Processo Civil).

Para as medidas urgentes requeridas incidentalmente a um processo já em curso, efetivar a oitiva da parte contrária é mais simples sob o ponto de vista operacional, uma vez que as partes já estão representadas nos autos por seus advogados. Basta a intimação pela imprensa, que pode se operar em até 24 horas. Ou seja, o lapso temporal variará conforme o estágio processual, que deverá ser adequado para cada caso concreto.

Uma questão interessante nesse contexto de avaliação do lapso temporal para inviabilizar a oitiva da parte contrária é a “fabricação” do *periculum in mora*

de forma a impor ao caso concreto tal urgência no deferimento do pedido que não reste alternativa ao juiz senão o deferimento sem a oitiva da parte contrária.

Alguns expedientes são conhecidos no foro e constituem litigância de má-fé. A demora intencional na propositura da demanda ou da realização do pleito nos autos é uma delas, considerando a circunstância de que o fato lesivo é conhecido pela parte requerente da medida urgente já há algum tempo. É relevante essa investigação da data da ciência do ato que se pretende impugnar em juízo, já que, se conhecido há tempos, nada justifica a propositura da demanda à véspera de uma assembleia geral ou da assinatura de um contrato. Como o direito não socorre aos que dormem, nem tampouco pode a parte valer-se da própria torpeza, se o juiz identificar que houve a “fabricação” do *periculum in mora*, deve indeferir a medida urgente *inaudita altera parte* e relegar a reapreciação da medida depois da manifestação da parte contrária.

A propositura por um sócio da demanda às vésperas de uma Assembleia Geral ou reunião de sócios, cuja convocação ocorreu há algum tempo, também é expediente comum. Nesses casos, as convocações normalmente ocorrem em prazo não suficiente para aguardar os trâmites necessários para distribuição e autuação de uma demanda ou ainda o de efetivação do contraditório (mormente o prazo para apresentação de defesa).

Assim, a medida urgente pleiteada pelo sócio nunca deve impedir a realização do ato, mas obrigatoriamente suspender a deflagração de seus efeitos. Essa diferença, apesar de sutil em uma decisão judicial, pode trazer consequências irreparáveis para a vida da empresa, tais como a reconvocação da Assembleia, com custos e perda de tempo a ela inerentes ou mesmo a própria repetição formal do ato, a necessidade de comunicação dos demais sócios da não ocorrência da reunião, etc.. Em determinadas circunstâncias esses conchaves são recheados de custosos preparativos, os quais demandam não só o tempo do prazo de antecedência de convocação, mas diversas outras providências administrativas que podem envolver terceiros, órgãos públicos, etc..

Assim, na linha de se preservar os interesses da sociedade contra o interesse de um único sócio, de preservar o princípio do contraditório e a postura de mínima intervenção do Poder Judiciário na vida da sociedade, a solução mais adequada é sempre deixar o ato ocorrer, a assembleia ser instalada e as deliberações tomadas, mas suspender-lhes os efeitos.

Esse mesmo raciocínio é pertinente também para os casos em que o ato societário que se busca suspender ocorrerá no mesmo dia em que levada a

conhecimento do Poder Judiciário ou nos casos em que uma deliberação já foi tomada em assembleia e está para se operacionalizar: a suspensão de seus efeitos é a solução mais adequada à preservação dos interesses da sociedade, do princípio do contraditório e principalmente da postura de mínima intervenção do Poder Judiciário na vida da sociedade, de forma que, uma vez eventualmente cassada a decisão judicial, o retorno ao *status quo ante* ocorra rapidamente da forma menos custosa e mais eficaz possível.

Nessa perspectiva, é importante ainda identificar e delimitar o *periculum in mora* de forma a definir se é o dano é irreversível ou de difícil reparação. Em condições normais, sendo irreversível o dano a que estaria sujeito o requerente da medida urgente, é forçoso não deferir a medida *inaudita altera parte*.

É, contudo, importante fazer algumas ressalvas no que se refere às medidas urgentes no âmbito societário. Os reflexos negativos de ordem patrimonial para o sócio sempre podem ser resolvidos em perdas e danos pela sociedade, seja pela própria capacidade econômica presumida da sociedade (mas que admite prova em contrário por ser presunção de fato e não de direito), seja pela inversão de valores no caso de se fazer prevalecer o interesse de um sócio ao interesse da maioria.

Não se trata de desprestígio à tutela específica, mas de verdadeira ponderação entre valores, quais sejam, o social e o individual, sendo que aquele tem prevalência sobre este pela própria natureza do contrato de sociedade (plurilateral, no sentido de organizar as relações entre os sócios para a persecução de um objeto social).²⁷⁶

Assim, nesses casos, não se está a cogitar de irreversibilidade dos danos, mas de perfeito caso de resolução por perdas e danos.

O problema reside quando a alegação é de danos ou prejuízos sem primordiais reflexos patrimoniais, como p.ex., aos direitos políticos dos acionistas no âmbito da sociedade ou mesmo quando determinadas deliberações gerarem reflexos a terceiros ou modificarem a esfera jurídica de outros que não os sócios ou da própria sociedade. Nesses casos, uma vez que a pretensão não pode ser facilmente convertida em

²⁷⁶- Na doutrina estrangeira, vale conferir: TULLIO ASCARELLI, "Princípios e problemas das Sociedades Anônimas", in Problemas das sociedades anônimas e direito comparado, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1969, pp. 255 e ss.; STEPHEN M. BAINBRIDGE, "Abolishing veil piercing", in The Journal of Corporation Law, 2000-2001, vol. 26, p. 485; VINCENZO ROPPO, O contrato, Coimbra, Almedina, 1988, p. 67. Na doutrina nacional: LUÍS FELIPE SPINELLI, "A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito", in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, 2007, vol. 46, pp. 165-188; CALIXO SALOMÃO FILHO, Notas – O poder de controle na sociedade anônima, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, n. 116, pp. 367-370.

perdas e danos, a medida urgente sem a oitiva da parte contrária ganha relevo e deve assim ser deferida em contraditório diferido.²⁷⁷

13- *ASTREINTES*

Como é cediço, as *astreintes*, previstas no §4º do art. 461 do Código de Processo Civil, possuem natureza jurídica de direito processual, na medida em que buscam conferir efetividade à satisfação do direito pleiteado pela parte em determinada demanda.²⁷⁸ Trata-se de instrumento processual ensejador de coerção psicológica para cumprimento, a fim de conferir efetividade das decisões judiciais. Para CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, a multa prevista no mencionado dispositivo legal tem o objetivo de conferir ao réu a possibilidade de “balancear” as hipóteses de cumprimento ou descumprimento do comando judicial e, ao final, concluir que do ponto de vista econômico vale mais a pena cumpri-la.²⁷⁹

Assim, a multa prevista no art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil, difere daquela mencionada no *caput* do art. 18, do mesmo diploma legal, uma vez que a primeira tem natureza coercitiva a fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial, e a segunda tem natureza punitiva.

As *astreintes* diferem também de eventual indenização pelos danos causados porque não possuem finalidade sancionatória ou reparatória, como afirma parte

²⁷⁷- Em favor do estímulo pelo juiz do contraditório prévio no processo societário para auxílio da fixação dos pontos controvertidos e para a fundamentação das decisões: CESARE CAVALLINI, “Questioni rilevabili d’ufficio e processo societário”, in *Revista di Diritto Processuale*, anno LX, n. 3, Luglio-settembre, 2005, pp. 660-661.

²⁷⁸- ENRICO TULLIO LIEBMAN conceituou as *astreintes* como a “condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso (ou qualquer unidade de tempo, conforme as circunstâncias), destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente” (Processo de execução, Saraiva, São Paulo, 1946, pp. 337-338). No mesmo sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI, *Tutela Específica*: arts. 461, CPC e 84, CDC, RT, São Paulo, 2001, p. 105-106.

²⁷⁹- “Representa uma forma de exercer pressão psicológica no obrigado para que realize a obrigação a que está sujeito, mais consentâneo que ela possa, eventualmente, superar o valor do contrato ou de eventual cláusula penal para que seja eficaz no atingimento dessa sua finalidade. A multa deve ser fixada de uma tal maneira que leve o réu a pensar que a melhor solução para ele, pelo menos do ponto de vista econômico, é o acatamento da determinação judicial” (Código de Processo Civil interpretado, 3ª ed, Saraiva, p. 1.475, coord. Antonio Carlos Marcato).

da doutrina.²⁸⁰⁻²⁸¹ Em sede doutrinária, LUIZ FUX foi além e afirmou que a multa do art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil só possui caráter indenizatório quando impossível o cumprimento da obrigação pleiteada pelo autor.²⁸²

Tal endendimento esbarra na própria finalidade da aplicação da multa, já que pressupor seu caráter indenizatório, na verdade, inviabilizaria o cumprimento da própria obrigação específica. Caracterizar a multa por descumprimento de determinada medida urgente como perdas e danos antecipados não causa nenhum desconforto ou pressão para aquele que tem de cumprir a decisão. Muito pelo contrário, incentiva o descumprimento já que se colocam, pré-fixadas, as perdas e danos pelo ato ilícito que está a se praticar.

Por outro lado, se condicionarmos a verificação da natureza jurídica da multa à conduta de quem deve cumprir a decisão, relegamos a este último e a decisão de cumprir especificamente a obrigação ou indenizar pelas perdas e danos. Essa inversão de valores viola frontalmente o art. 461 do Código de Processo Civil, que dispõe que é do credor a opção pela forma do cumprimento da obrigação específica,²⁸³ como também retira, mais uma vez, toda e qualquer eficácia prática da decisão judicial.

É por essa razão que NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY afirmam peremptoriamente que as *astreintes* devem ser impostas em valor substancialmente alto,²⁸⁴ justamente para que o réu desista da ideia de descumprir a ordem

²⁸⁰ - FABIANO CARVALHO aduz: “a multa diária, ou *astreintes*, tem por objetivo coagir o devedor a satisfazer, com maior exatidão possível, a prestação de uma obrigação, fixada em decisão judicial ou em título extrajudicial. Daí dizer a doutrina que a multa diária é medida coativa (ou coercitiva e não reparatória ou compensatória) e tem características patrimonial e psicológica. É a combinação de dinheiro e tempo” (FABIANO CARVALHO, “Execução da multa (*astreinte*) prevista no art. 461 do CPC”, Revista do Processo, n. 114, p. 209-210).

²⁸¹ - “(...) a induzir o réu a cumprir o mandado. Não tem caráter ressarcitório ou compensatório” (EDUARDO TALAMINI, Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer, p. 233).

²⁸² - “Por força do novel art. 461 do CPC, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz deve conceder a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento. A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Destarte, a indenização por perdas e danos concede-se sem prejuízo da multa (art. 287)” (LUIZ FUX, Curso de Direito Processual Civil, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2005, p. 101).

²⁸³ - Que pode ser de dar, fazer, não fazer, nos termos dos arts. 236 e ss. do Código Civil.

²⁸⁴ - “Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir preferível

judicial.²⁸⁵ Esse é o verdadeiro caráter intimidador e verdadeira razão de ser da *astreinte*. Por outro lado, não é de se permitir a aplicação de multas claramente exageradas, com propósito de punir ou arrasar a parte que a eventualmente venha a descumprir a decisão.

O limite para fixação dos valores será, portanto, sempre o da razoabilidade, de forma que eventual descumprimento, de um lado seja um perfeito

cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz" (NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 9ª ed., RT, São Paulo, 2006, p. 588).

²⁸⁵ - E a jurisprudência não destoa desse entendimento: "processual Civil. Fornecimento de medicamentos. Multa. art. 461 do CPC. Provento da multa em favor do credor da obrigação descumprida. I - É permitido ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, a fixação de multa diária cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer, in casu, fornecimento de medicamentos a portador de doença grave. II - O valor referente à multa cominatória, prevista no artigo 461, § 4º, do CPC, deve ser revertido para o credor, independentemente do recebimento de perdas e danos. Precedente: REsp 770.753/RS, rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 15.03.2007. III - Recurso especial provido" (STJ, 1ª T., REsp n. 1.063.902-SC, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, j. 19.8.08, DJe 1º.9.08). "processual civil. Obrigação de entregar coisa certa. Medicamentos. Astreintes. Fazenda pública. Multa diária cominatória. Cabimento. Natureza. Provento em favor do credor. Valor da multa pode ultrapassar o valor da prestação. Não pode inviabilizar a prestação principal. Não há limitação de percentual fixado pelo legislador. 1. A obrigação de fazer permite ao juízo da execução, de ofício ou a requerimento da parte, a imposição de multa cominatória ao devedor, ainda que seja a Fazenda Pública, consoante entendimento consolidado neste Tribunal. Precedentes: AgRg no REsp 796255/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeiro Turma, 13.11.2006; REsp 831784/RS, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira Turma, 07.11.2006; AgRg no REsp 853990/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ 16.10.2006; REsp 851760/RS, Rel. Min. Teori ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, 11.09.2006. 2. A multa processual prevista no caput do artigo 14 do CPC difere da multa cominatória prevista no Art. 461, § 4º e 5º, vez que a primeira tem natureza punitiva, enquanto a segunda tem natureza coercitiva a fim de compelir o devedor a realizar a prestação determinada pela ordem judicial. 3. Os valores da multa cominatória não reverterem para a Fazenda Pública, mas para o credor, que faz jus independente do recebimento das perdas e danos. Consequentemente, não se configura o instituto civil da confusão previsto no art. 381 do Código Civil, vez que não se confundem na mesma pessoa as qualidades de credor e devedor. 4. O legislador não estipulou percentuais ou patamares que vinculasse o juiz na fixação da multa diária cominatória. Ao revés, o § 6º, do art. 461, autoriza o julgador a elevar ou diminuir o valor da multa diária, em razão da peculiaridade do caso concreto, verificando que se tornou insuficiente ou excessiva, sempre com o objetivo de compelir o devedor a realizar a prestação devida. 5. O valor da multa cominatória pode ultrapassar o valor da obrigação a ser prestada, porque a sua natureza não é compensatória, porquanto visa persuadir o devedor a realizar a prestação devida. 6. Advirta-se, que a coerção exercida pela multa é tanto maior se não houver compromisso quantitativo com a obrigação principal, obtemperando-se os rigores com a percepção lógica de que o meio executivo deve conduzir ao cumprimento da obrigação e não inviabilizar pela bancarrota patrimonial do devedor. 7. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp n. 770.753-RS, 1ª T., rel. Min. LUIZ FUX, j. 27.2.2007, in LEXSTJ 121/175).

persuasivo psicológico no sentido de inibir o descumprimento, mas de outro não dê ensejo ao próprio perecimento da atividade da sociedade.²⁸⁶

Pela própria capacidade econômica presumida da sociedade, eventuais multas fixadas contra ela devem ter como premissa essa circunstância objetiva. Se o objetivo é criar uma pressão psicológica que imponha “pelo bolso” o cumprimento da medida urgente, o valor deverá ser fixado em um patamar que não permita à sociedade, por exemplo, fazer um juízo de valor e econômico a respeito do que vale mais economicamente; cumprir ou não cumprir. O valor fixado deve ser de tal forma arbitrado, que pelo senso comum já se conclua que a melhor atitude é o cumprimento da medida, tomando-se por base uma equação econômica ou financeira dos custos de eventual descumprimento.

Como ao juiz é dado o poder de fixar o valor da multa, por lógica ao juiz também é permitido alterar o valor da multa para adequá-la à realidade do caso concreto; seja para majorá-la, seja para reduzi-la, quando se mostrar desarrazoada ou desproporcional. O mesmo raciocínio vale para a periodicidade ou demais elementos inerentes à fixação da multa.

É importante mencionar, contudo, que essas decisões de reajuste do valor da multa têm eficácia *ex nunc*, ou seja, somente para o futuro. Ou seja, qualquer alteração surtirá efeitos a partir do dia em que as partes forem intimadas da decisão que alterou o valor da multa (o que pode ser operacionalizado por meio de intimação na imprensa oficial na pessoa de seus advogados ou procuradores).²⁸⁷ Até lá, tem plena vigência a multa em seu valor e em todos seus consetários.

Se a multa se mostrou insuficiente para compelir a parte ao cumprimento da decisão, o valor deve ser majorado sim, mas desse dia em diante. Retroagir o reajuste a maior violaria regras comezinhas de garantia ao devido processo legal, pelo que a parte tem de saber exatamente os termos da decisão, ao tempo de seu

²⁸⁶ - Nesse sentido: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Ação Civil pública e separação de poderes – limitações ao controle jurisdicional e às medidas de urgência”, in *Processo Civil Empresarial*, Malheiros, São Paulo, 2010, pp. 174-175. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO dá ciência de uma decisão liminar impositiva de multa diária imposta a uma empresa que, se descumprida por um ano, poderia gerar um passivo de quase dois bilhões de reais. Esse número claramente superlativo, segundo o autor, vai além do razoável, entrando no campo do exagero, já que contraria o sentimento comum de qualquer observador equilibrado.

²⁸⁷ - Nesse sentido: EDUARDO TALAMINI, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, RT, São Paulo, 2001, p. 248. No mesmo sentido: ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, “Redução do valor da astreinte e efetividade do processo”, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, p. 1560, coord. Araken de Assis (et al.).

cumprimento. Se o objetivo de causar pressão psicológica não foi suficiente, já que a parte avaliou os prós e contras colocando de um lado da balança o valor da multa e de outro continuar a fazer o que outrora fora impedido pelo juiz, cabe ao juiz regular a situação para o futuro e não para o passado.

Ninguém discute a impossibilidade de se retroagir os efeitos de uma decisão que majora o valor da astreinte, porque é clara a violação ao devido processo legal. Como essa decisão consiste em uma *reformatio in pejus*, é fácil defender a impossibilidade de se empresar efeitos *ex tunc* à decisão.

Contudo, quando se trata de redução do valor da multa, como se alguma diferença houvesse quando se trata de majoração, parece assente o entendimento de que é possível emprestar efeitos *ex tunc* à decisão judicial. Esse entendimento equivocado vem baseado na afirmação genérica de que cabe ao juiz fixar o valor da multa, sem se atentar que essa atividade cognitiva deve ocorrer antes da fixação. Reduzir retroativamente o valor da multa é incentivar o descumprimento das decisões judiciais e retirar completamente sua imperatividade e autoridade.

Quando o valor diminui retroativamente, a parte beneficiária da medida é claramente prejudicada, ao contrário do que ocorre com a recalcitrante, que é beneficiada. Como instrumento de pressão, a *astreinte* perde completamente sua eficácia porque incute no raciocínio da parte recalcitrante que é possível no futuro questionar o valor da multa durante o período de descumprimento já ocorrido, e assim mover o fiel da balança em seu benefício.

Se a multa foi arbitrada em valor alto ou mesmo exagerado, além de caber recurso pela parte que se sentir prejudicada, ela serviu plenamente como instrumento de pressão e cumpriu sua finalidade: a de compelir a parte ao cumprimento da decisão judicial. Se a parte com todos esses elementos em mãos optou por não cumprir, não pode ela, valendo-se da própria torpeza, alegar que o valor é desproporcional ou desarrazoado e pleitear o pagamento de um valor menor. O ato volitivo de cumprir ou não cumprir não foi realizado sob qualquer vício de consentimento e, por isso, a parte deve arcar com as consequências de seu ato jurídico. Não é dado ao juiz perdoar a parte recalcitrante, seja porque não há lei que lhe conceda essa faculdade, seja porque esse perdão não se coaduna com o Estado Democrático de Direito ou com o devido processo legal.

Quando o valor é majorado retroativamente o raciocínio é semelhante, pois o próprio Poder Judiciário estaria pegando as parte de surpresa, já que a

esta última foi dada a escolha entre cumprir a decisão judicial ou pagar determinada quantia pré-fixada. Se a medida não surtiu os efeitos psicológicos esperados, que se reajuste o valor da multa, mas daí para frente, possibilitando à parte que exerça novo juízo de valor entre pagar a quantia e cumprir a decisão.

O destinatário da multa será sempre o beneficiário da medida urgente. Esse posicionamento, que é majoritário no país, encontra também amparo na doutrina alienígena.²⁸⁸ Esse posicionamento, está calcado no art. 35 do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “as sanções impostas às partes em consequência de má-fé serão contadas como custas e reverterão em benefício da parte contrária; as impostas aos serventuários pertencerão ao Estado”. Ora, o que mais constitui a negativa ou embaraço ao cumprimento de decisão judicial que a litigância de má-fé? Aliás, como no art. 14 do Código de Processo Civil se estatuiu expressamente a reversão ao estado do produto da multa aplicada à violação dos deveres das partes e seus procuradores, a omissão da lei no tocante ao art. 461 é salutar: o produto da astreinte é de titularidade do beneficiário da medida.

Nada obstante esse entendimento, parte da doutrina tem pregado a reversão da multa ao Estado, sem razão.²⁸⁹ No âmbito dos processos societários não há espaço para interpretações no sentido de reverter a multa ao Estado. Imposta uma obrigação de fazer sob pena de multa, a parte beneficiária é a principal prejudicada e geralmente o descumprimento decorre da vontade deliberada de obstar a consecução de direitos deste último (em benefício próprio em detrimento ao do beneficiário da medida) e não de afrontar a dignidade da justiça. Por isso, nem mesmo moral tem o fundamento que pugna pela reversão da multa ao Estado.

²⁸⁸- No país, pela reversão da multa ao beneficiário da medida urgente: ARAKEN DE ASSIS, “O contempt of court no direito brasileiro”, in Revista de Processo n. 111, pp. 18 e e ss; EDUARDO TALAMINI, Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa, 2ª ed., RT, São Paulo, 2003, p. 265. Na doutrina alienígena: DAN B. DOBBS, “Contempt of court: A survey”, Cornell Law Review, vol. 56 (1971), n. 2, p. 184-194 e 219-220.

²⁸⁹- Pela reversão em prol do Estado, confira-se: VICENTE DE PAULA ATAIDE JUNIOR, “Novas luzes sobre a destinação da multa prevista no art. 461, §4º, do CPC”, in Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, RT, São Paulo, 2007, p. 1587, coord. Araken de Assis (et al.). O autor ressalta que o melhor fundamento é o da aplicação analógica do art. 14 do Código de Processo Civil, o qual estipula a destinação das respectivas multas ao estado como dívida ativa, no que é acompanhado por LUIZ GUILHERME MARINONI, Tutela inibitória, 2ª ed., RT, São Paulo, 2001, p. 219. Sem razão, entretanto, já que as medidas descritas no art. 14 do Código de Processo Civil constituem atos atentatórios à dignidade da justiça, sem relação direta com o direito da parte beneficiária da medida urgente.

14-**DESCUMPRIMENTO DAS DECISÕES CONCESSIVAS DE MEDIDA URGENTE**

O descumprimento das decisões concessivas de medida urgente gera algumas consequências.

A primeira delas é intuitiva e se relaciona com a majoração da *astreinte* fixada. Havendo o descumprimento, é perfeitamente possível que o juiz eleve significativamente o valor da multa, em decisão fundamentada.

A segunda delas, e que funciona como corolário da primeira, é a execução dos valores fixados em eventual *astreinte* nos próprios autos. Essa execução é de iniciativa tanto do juiz, quando da parte que deve, não só comprovar o descumprimento, mas também apresentar a memória discriminada do débito nos próprios autos sem maiores formalidades. A exigência da medida se dá por meio de intimação para pagamento e depósito judicial da quantia. Em caso de desatendimento, os valores deverão ser exigidos por meio de execução de quantia certa contra devedor solvente, restringindo-se a hipótese de impugnação ao cumprimento de sentença às questões formais e de erro de cálculo.

Obviamente, por se tratar de decisão de medida urgente e, portanto, provisória e sujeita a alteração por meio de recurso, não é possível que tais quantias sejam levantadas sem a prestação de caução idônea ou sem que sejam apresentadas as garantias necessárias para ressarcimento da quantia caso haja inversão do julgado que impôs a ordem descumprida e que gerou a aplicação de multa. É importante identificar a diferença entre obrigação de pagar a multa e o direito de levantar as quantias depositadas em juízo.

A primeira é imediata e decorre da própria ordem judicial que impôs a obrigação de fazer ou não fazer.

A segunda depende não só de decisão definitiva a respeito da decisão interlocutória que concedeu a medida urgente, mas também do trânsito em julgado da demanda, já que a sentença substituirá a decisão concessiva de tutela antecipada ou de medida cautelar.

A terceira delas é a aplicação, conjugada ou não, com a multa, de outros meios coercitivos de cumprimento da decisão. No âmbito societário, uma medida de força frente ao descumprimento é a própria intervenção judicial na sociedade, desde que restrita aos atos de administração necessários ao cumprimento da medida e nos quais é necessária a prática de atos comissivos, ou seja, basicamente quando há uma obrigação de

fazer a ser cumprida. Um exemplo típico é o da imposição de pagamento de *pro labore* a sócio administrador ou de distribuição de dividendos a acionista. Havendo uma ordem descumprida, para que isso seja efetivado pela sociedade, cabe ao juiz determinar a sua operacionalização internamente por uma terceira pessoa, em tempo e modo.

A quarta delas é de que o descumprimento das medidas urgentes nunca pode ensejar a prisão. Isso porque, nesses casos, a prisão atuaria não como castigo do ofensor, mas como uma imposição para o cumprimento de uma ordem judicial. E tal providência não encontra respaldo constitucional diante do disposto no art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

A idéia de utilizar-se da prisão como medida coercitiva de cumprimento de decisões judiciais tem origem no *common law*, pelo instituto do *contempt of court*.²⁹⁰ A prisão civil prevista no Brasil funda-se no inadimplemento imputável de dívida de caráter alimentar e não no desatendimento a ordem judicial. Até por conta disso poder-se-ia comparar o crime de desobediência do art. 330 do Código Penal ao *contempt of court* do *common law* que prevê a prisão. Contudo, essa figura nacional não visa a induzir cumprimento, mas tão somente a reprimir a lesão a bem jurídico. Além disso, o juiz civil não ostenta competência para ordenar a prisão em virtude de crime de desobediência, ressalva feita à prisão em flagrante, que compete a qualquer pessoa.

Tais dificuldades e diferenças conceituais revelam quão longe se encontra o direito pátrio de consagrar o *contempt of court* na espécie prisão no direito brasileiro, não podendo falar o mesmo na espécie civil, no qual o direito brasileiro possui alguma semelhança.

No Brasil, verificamos instituto similar ao do *contempt of court* no art. 601 e no art. 14, inc. V e par. ún., ambos do Código de Processo Civil, como meios de repressão ao desrespeito ao cumprimento das decisões judiciais. Contudo, o instituto alienígena, que pode ser trazido ao direito brasileiro com a limitação constitucional já

²⁹⁰ Para ARAKEN DE ASSIS a origem histórica do contempt of court está no direito anglo-saxão, o qual consiste na possibilidade de qualquer corte buscar a aplicabilidade de sua autoridade, prendendo ou multando quem a desafiasse. Existe também a possibilidade de aplicação da multa para punir atentado à parte contrária na demanda (ARAKEN DE ASSIS, “O contempt of court no direito brasileiro”, in Revista de Processo n. 111, pp. 18 e ss). No mesmo sentido: DAN B. DOBBS, “Contempt of court: A survey”, Cornell Law Review, vol. 56 (1971), n. 2, p. 184-194 e 219-220.

mencionada, deve se restringir às medidas de imperatividade das decisões da corte constantes no Código de Processo Civil.

Assim, nunca será possível, diante de eventual descumprimento de ordem de não realização de Assembleia, determinar a prisão do indivíduo que a presidiu e, ciente da decisão judicial, optou por instalar e realizar a Assembléia. Da mesma forma, não é lícita a ordem de prisão de um diretor de sociedade que, ciente da medida judicial restritiva de deflagração de efeitos de determinada deliberação assemblear, põe-se a executá-la.

Portanto, nos casos de descumprimento de decisões concessivas de medida urgente, apesar de não ser permitida a pena de prisão, por outro lado afigura-se possível o agravamento da multa ou também a aplicação das reprimendas contidas no art. 17, incs. IV e V c/c art. 18, caput e §§ (litigância de má-fé), art. 14, inc. V c/c § único (atos das partes e procuradores) ou ainda art. 600, inc. III c/c 601, § único (ato atentatório à dignidade da justiça), todos do Código de Processo Civil.

15- CONTRACAUTELA

O Código de Processo Civil traz nos arts. 799, 804 e 811, § único, a prestação de caução pelo beneficiário para o deferimento de medidas cautelares a fim a resguardar eventuais danos em caso de futura revogação. Trata-se de verdadeira imposição de responsabilidade objetiva de seu beneficiário, na medida em que lhe impõe a obrigação de caucionar a fim de ressarcir os danos causados à parte contra quem foi deferida a medida. Nessa mesma linha de raciocínio, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO sustenta haver verdadeira responsabilidade objetiva pelos danos decorrentes da concessão da medida urgente, dispensando qualquer prova de culpa ou dolo na concessão da medida urgente.²⁹¹

²⁹¹ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O Regime jurídico das medidas urgentes”, in A nova era do processo civil, Malheiros, 2003, pp. 60 e ss. Assim se manifesta DINAMARCO: “nessa situação, se a efetivação da medida urgente houver causado dano, é natural que por ele responda aquele que requerera tal medida e dela se beneficiara. Na disciplina da tutela antecipada o Código de Processo Civil nada diz sobre essa responsabilidade, o que mais uma vez gera a necessidade de um labor interpretativo capaz de, mediante remissão ao que está disposto quanto às medidas cautelares, conduzir a resultados satisfatórios. Se essas duas espécies de medidas urgentes são igualmente portadoras dos mesmos riscos inerentes à superficialidade da instrução em que se baseiam, seria ilegítimo instituir a responsabilidade objetiva do beneficiário de medidas cautelares e negar igual tratamento em caso de antecipação tutelar. Por isso, ao art. 811 do Código de Processo Civil, inserido no livro regente do processo cautelar, deve ser atribuída eficácia de estabelecer que o requerente de

Da mesma forma, está previsto tal dever nos arts. 273, 574, 588, inc. I, todos do Código de Processo Civil, uma vez que dispõem sobre a responsabilidade pela execução das medidas antecipatórias. Esse raciocínio, diga-se de passagem, também é utilizado para a execução provisória, a qual corre por conta e risco do exequente.

A interpretação sistemática da concessão de medidas urgentes impõe a conclusão pela responsabilidade objetiva do beneficiário. Isso porque, são concedidas com base em cognição superficial e incompleta e ainda trazem consigo uma potencialidade danosa. Além disso, se infirmada a medida urgente após a cognição exauriente e decidido o feito contra o sujeito que se beneficiou da antecipação, concluir-se-á que a aparência de razão do autor (*fumus boni juris*) não passava de ilusão e só conduziu à antecipação porque havia urgência (*periculum in mora*). Ou seja, o beneficiário da medida urgente é objetivamente responsável pelos danos efetivamente causados à parte contrária, caso a medida antecipatória ou cautelar venha ao final ser revogada.

Apesar disso, a contracautela não é obrigatória, mas deve o juiz exigir sempre que considerar (i) a possibilidade de prestação de garantia e (ii) que a medida seja irreversível e se houver conteúdo patrimonial envolvido.

No direito português há disposição expressa no sentido de substituição da medida urgente pela prestação de caução no art. 387, n. 3, do Código de Processo Civil português.²⁹² A doutrina portuguesa defende a possibilidade de substituição da medida de suspensão da deliberação social por caução, com base na autorização do art. 387, n. 3, referente ao procedimento cautelar comum.²⁹³ Isso porque, “em determinadas situações, a deliberação ilegal apenas é susceptível de produzir efeitos patrimoniais, sem que afecte interesses de outra natureza. E sendo aqueles danos quantificáveis, desde que

medida urgente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida. Tanto quanto ali se estabelece em relação à tutela cautelar, também no tocante às antecipações essa responsabilidade é objetiva, o que dispensa o elemento subjetivo e faz ser suficiente a efetividade do dano e da causalidade entre a medida e este, dispensando-se o lesado de qualquer prova do dolo ou culpa do beneficiário da medida”.

²⁹²- “Artigo 387.º Deferimento e substituição da providência. 1 - A providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão. 2 - A providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal, quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar. 3 - A providência decretada pode ser substituída por caução adequada, a pedido do requerido, sempre que a caução oferecida, ouvido o requerente, se mostre suficiente para prevenir a lesão ou repará-la integralmente. 4 - A substituição por caução não prejudica o direito de recorrer do despacho que haja ordenado a providência substituída, nem a faculdade de contra esta deduzir oposição, nos termos do artigo seguinte”.

²⁹³- L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, *Anulação e suspensão de deliberações sociais*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra, 2003, pp. 217-218.

não exista qualquer outro impedimento, não pode eliminar-se de todo a possibilidade de compatibilizar os interesses contrapostos por intermédio de uma medida capaz de prevenir lesão ou de repará-la integralmente. Assim, tudo passa por avaliar se, depois de ordenada a suspensão da deliberação e de ser requerida a sua substituição por caução, esta, pela sua forma e valor, se mostra adequada e suficiente para reparar, na íntegra, a lesão do direito eventualmente resultante da execução daquela medida”.²⁹⁴

Ou seja, da mesma forma em que admitido no direito português, não há razões para impedir que sociedade possa, com base nos arts. 799, 804, 811, § único, do Código de Processo Civil, oferecer uma contracautela à medida urgente deferida ao acionista, evitando assim eventuais transtornos sociais na suspensão de eficácia da deliberação. Por outro lado, estará não só o juízo garantido, mas também o acionista que pode se garantir em futuros prejuízos advindos do não cumprimento da medida urgente.

Além disso, o art. 835 do Código de Processo Civil impõe ao autor, nacional ou estrangeiro que residir fora do país, a necessidade de prestar caução suficiente para arcar com as custas e honorários da parte contrária se não tiverem bens imóveis no país para assegurar o eventual pagamento em caso de derrota. Confira-se: “o autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento”.

É importante frisar que essa caução, apesar de não se confundir com a garantia a que alude os arts. 799, 804, 811, § único, do Código de Processo Civil, não será exigida em casos de execução de título extrajudicial ou em casos de reconvenção, nos termos do art. 836, incs. I e II, do Código de Processo Civil. Isso significa que, no caso de um acionista residente fora do país sem bens de raiz no Brasil ajuizar demanda contra a sociedade, podem ser cumuladas as exigências de caução pela medida urgente e aquela do art. 835 do Código de Processo Civil.

É importante mencionar apenas que a caução pela medida urgente, se realmente fixada pelo juiz, constitui condição tão somente para deferimento ou deflagração de efeitos da medida. A caução exigida pelo art. 835 do Código de Processo Civil, constitui condição de procedibilidade da própria demanda, sem a qual a petição

²⁹⁴- ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 101.

inicial deverá ser indeferida nos termos do art. 284 do Código de Processo Civil.²⁹⁵ Se tal vício passar despercebido pelo juiz, a parte deve alegar em preliminar de defesa e requerer a extinção do processo sem resolução do mérito com base no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, caso o vício não seja sanado no prazo a ser assinalado pelo juiz.

16-

IRREVERSIBILIDADE E REVERSÃO DAS TUTELAS DE URGÊNCIA CONCEDIDAS E EFETIVADAS.

A regra de antecipação dos efeitos da tutela estatuída no art. 273, § 2º é clara no sentido de negar sua concessão quando houver perigo de irreversibilidade da medida: “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. E vai além quando o próprio dispositivo faz menção ao termo “perigo de irreversibilidade”, porque pressupõe-se que se houver essa certeza de impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, com mais razão a medida urgente não poderá ser concedida.

Contudo, não é o que se vê aplicar pelos Tribunais e sobre os mais diversos fundamentos. É assente no foro comum o cotejo entre os interesses em jogo e o próprio bem da vida buscado pelas vias judiciais para, diante uma medida irreversível, afastar a negativa legal e conceder a tutela de urgência. Em todos esses casos emblemáticos, há sempre uma dicotomia bem delineada de prevalência de interesses, tais como nos casos do direito à vida se sobrepondo a uma regra contratual (como nos casos de plano de saúde, nos quais determinado tratamento não é garantido contratualmente)²⁹⁶ ou

²⁹⁵ - Para CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, tal exigência poderia ensejar violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, diante da tendência mundial e nacional de se facilitar o acesso à jurisdição, principalmente em casos nos quais a exigência obstaculiza o acesso à justiça aos beneficiários da justiça gratuita (CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII – tomo II, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 174). Evidentemente, no âmbito do direito societário, será muito difícil configurar-se o acionista ou uma sociedade como beneficiários da justiça gratuita. De qualquer forma, se restar comprovada a situação de pobreza exigida em lei, evidentemente deve ser o autor dispensado dessa exigência específica.

²⁹⁶ - “Plano de saúde. Paciente portador de adenocarcinoma de próstata (câncer de próstata). Prescrição de tratamento quimioterápico via oral através do medicamento CASODEX 50 MG. Recusa da requerida em fornecer o medicamento, sob a alegação de ausência de previsão contratual para fornecimento do medicamento para tratamento domiciliar. Remédio indispensável ao tratamento e vida do autor. Recusa abusiva. Violação dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor. Litigância de má-fé afastada. Ausência de quaisquer das hipóteses previstas no artigo 17 do CPC. Sentença reformada apenas para excluir a condenação a esse título - Recurso parcialmente provido” (TJ-SP, 8ª Câmara de Direito Privado,

do direito do consumidor hipossuficiente diante do fornecedor em casos de contrato de adesão (como no fornecimento de um produto ou serviço sem amparo contratual).²⁹⁷

Casuísmos à parte, a regra para tornar ineficaz o §2º do art. 273 do Código de Processo Civil, se é que assim pode-se falar, é sempre de que um bem jurídico maior deve prevalecer à negativa de concessão de medidas urgentes irreversíveis. Até porque, nesses casos, as consequências jurídicas e fáticas são mais graves em caso de uma negativa da medida do que a situação de irreversibilidade criada. Ninguém discute que a situação em que será colocado o autor do pedido de realização de determinada intervenção cirúrgica não coberta contratualmente pelo plano de saúde será muito mais grave do que a

Apelação n. 0285645-97.2009.8.26.0000, rel. Des. CAETANO LAGRASTA, j. 14.12.2011); “Apelação Cível. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com obrigação de fazer Plano de saúde Aplicação do Código de Defesa do Consumidor Tratamento quimioterápico no Hospital São Camilo. Negativa de cobertura do tratamento, sob alegação de ausência de credenciamento do hospital eleito no plano contratado Deficiência de informação no rol dos hospitais credenciados (não indicados por especialidade) que macula a restrição contratual, presumindo-se a existência de cobertura para o tratamento Manutenção da condenação da ré para fornecer cobertura ao tratamento no hospital eleito apontado como credenciado, sem restrição de especialidade. Nega-se provimento ao recurso de apelação” (TJ-SP, 5ª Câ. de Dir. Privado, Apelação n. 0132425-16.2008.8.26.0000, rel. Des. CHRISTINE SANTINI, j. 14.12.2011); “Apelação Cível. Plano de saúde. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Exclusão da cobertura de próteses e órteses (válvula aórtica manga). Cláusula abusiva. Inteligência do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. Aplicação da Lei nº 9.656/98 aos contratos firmados em data anterior à entrada em vigor da lei. Manutenção da sentença de procedência. Nega-se provimento ao recurso” (TJ-SP, 5ª Câ. de Dir. Privado, Apelação n. 0150696-59.2011.8.26.0100, rel. Des. CHRISTINE SANTINI, j. 14.12.2011); “Plano de saúde. Recusa de cobertura de internação em hospital da rede credenciada, por não cumprimento do prazo de carência de 24 horas (por não se tratar de caso de urgência) e de 180 dias (para internações ou cirurgias eletivas ou programadas). Inaplicabilidade das cláusulas invocadas, seja porque o atendimento foi buscado cerca de mês depois de vigente o contrato, seja porque não se cuidava de internação eletiva. Paciente internada em situação de urgência (pneumonia). Sentença que julga improcedente a ação, reformada, para condenar a ré a pagar à autora as despesas por esta havidas, malgrado não na totalidade, porque parte delas não comprovada. Apelo parcialmente provido” (TJ-SP, 10ª Câ. de Dir. Privado, Apelação n. 9124850-32.2007.8.26.0000, rel. Des. JOÃO CARLOS SALETTI, j. 18.10.2011).

²⁹⁷ - “Direito Civil e do Consumidor. Ação de revisão contratual. Contrato de financiamento de imóvel. Sistema financeiro de habitação. Incidência das normas consumeristas à relação jurídica havida entre as partes. art. 3º, § 2º do CDC. Relatividade. Princípio ‘pacta sunt servanda’. I - Em atenção ao teor do art. 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, são aplicáveis, à relação jurídica havida entre as partes, os dispositivos da legislação consumerista. Não se pode excluir a ré da condição de fornecedora de um serviço. II - Em face disto, registre-se que o princípio geral de direito pacta sunt servanda subexiste, mas desde que não desrespeite o Código de Defesa do Consumidor. Isso ocorre porque tal princípio não se encontra balizado no ordenamento jurídico brasileiro de modo absoluto. Nos chamados contratos de adesão, previstos na legislação consumerista, pode o juiz, a despeito do princípio do pacta sunt servanda, intervir nesses negócios, declarando a nulidade de suas cláusulas ou mesmo de seu inteiro teor, quando constatado qualquer potencial ofensivo à parte hipossuficiente, ou seja, o consumidor” (TJ-DF, Apel. n. 2001.01.1.115113-8/DF, 3ª Turma Cível, rel. Des. JERONYMO DE SOUZA, DJU 16.11.2004).

do réu, que, quando e se ganhar a demanda, terá direito de regresso contra o autor. Ou seja, apesar de irreversível a medida, os danos causados a quem pede são tão maiores e baseados em direitos tão prevalentes, que a mera recuperação do crédito não é capaz de obstar a concessão da medida, a despeito do amparo legal.

No âmbito das contendas societárias, essa premissa, equivocada ou não, assume dimensões mais complexas, já que não há qualquer relação de hipossuficiência ou vidas em jogo, mas sim direitos que, ao final, se resumem a bens eminentemente patrimoniais em uma esfera estritamente mercantil, de negócios.

Aliados a essa circunstância objetiva, existem ainda no âmbito societário dois pontos a serem ressaltados: (i) o da inegável prevalência dos interesses sociais aos interesses de seus acionistas, decorrentes, como de fato são, da própria natureza do contrato de sociedade, de organização para a consecução de um interesse patrimonial comum, chamado de social; e (ii) o da função social da sociedade empresária e do valor que a legislação pátria dá à organização econômica de produção na forma de sociedade, que maximiza a geração de empregos, o recolhimento de impostos e a própria economia.

Sob a égide dessas premissas ativas no âmbito do direito societário, é de se concluir que não há fundamento para a concessão de medidas urgentes contra a sociedade que sejam irreversíveis. Primeiro porque, na relação entre o minoritário e a sociedade (ou o acionista controlador) tem como ponto de partida que prevalece os interesses da maioria (princípio majoritário); segundo que dentre os interesses em jogo, o que deve prevalecer é o da sociedade e não o do sócio; e terceiro porque entre os interesses pecuniários do acionista e o da sociedade, a lei prevalece o desta última, porque ao fim social vale preservar os negócios sociais e não os individuais.

Mas as medidas urgentes não são só constituídas de medidas irreversíveis. No caso das medidas reversíveis concedidas e efetivadas é de se prever também a hipótese de serem revogadas, reformadas ou anuladas. Em qualquer desses casos, deve haver a reversão ao *status quo ante*.

Se isso ocorrer sem prejuízo pecuniário às partes, o simples retorno ao estado anterior é suficiente para debelar o problema causado.

Questão controversa complexa se apresenta quando essa sistemática não mitiga a “ilicitude retroativa (perante o direito material) do ato exequiente

de tutela antecipada”²⁹⁸ ou quando se verifica que a medida, a despeito de sua aparente reversibilidade ao momento da concessão, mostrou-se depois irreversível. A parte que obteve a medida urgente e a efetivou, praticou um ato jurídico processual lícito, assumindo, nada obstante isso, uma responsabilidade processual objetiva. Ou seja, não importa por qual razão a medida não mais prevaleceu no futuro, o beneficiário deverá sempre arcar com as perdas e danos daí decorrentes. Segundo TÉRCIO CHIAVASSA, essa responsabilidade tem como fundamento a teoria do risco processual: “*ubi commoda ibi incommoda*”.²⁹⁹

Esses prejuízos devem ser apurados nos próprios autos, sem prejuízo de ser proposta demanda autônoma para comprovação do *an* e do *quantum debeat*. Caso ocorra nos mesmos autos, é prudente autuar o pedido em apartado para que não atrapalhe tanto o curso da demanda principal, quanto a própria apuração dos danos por meio de instrução probatória autônoma, tal como a designação de perícia ou de audiência, independentemente do andamento da principal.

17-

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DAS TUTELAS DECLARATÓRIA, CONSTITUTIVA E CONDENATÓRIA

Quando o art. 273, *caput*, do Código de Processo Civil, dispôs que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, não deixou dúvidas a cerca do seguinte: a decisão judicial concessiva de medida urgente não antecipa a própria tutela, mas seus efeitos

²⁹⁸ - TÉRCIO CHIAVASSA, Tutelas de urgência cassadas – a recomposição do dano, Quartier Latin, São Paulo, 2004, p. 297.

²⁹⁹ - TÉRCIO CHIAVASSA, Tutelas de urgência cassadas – a recomposição do dano, Quartier Latin, São Paulo, 2004, p. 301. O autor se posiciona com base em forte doutrina nacional e estrangeira, com destaque aos entendimentos de: DONALDO ARMELIN, “Perdas e danos – responsabilidade pelo ajuizamento de cautelar nominada e por litigância de má-fé – forma mais adequada de liquidação – indenização fixada pelos índices da ORNT”, in Revista de Processo, ano X, n. 39, jul-set., 1995, pp. 227 e 236; LUIZ GUILHERME MARINONI, A antecipação de tutela, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 223 e ss.; LUSO SOARES, A responsabilidade processual civil, Almedina, Coimbra, 1987, p. 88; FRITZ BAUR, Tutela jurídica mediante medidas cautelares, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1985, pp. 137 e ss., trad. Armindo Edgar Laux; GIUSEPPE CHIOVENDA, Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, 2ª ed., Bookseller, Campinas, 2000, pp. 334. Trad. Paolo Capitanio; PIERO CALAMANDREI, Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares, Servanda, Campinas, 2000, pp. 111-112.

práticos, fazendo com que a parte beneficiária possa usufruir³⁰⁰, nos limites do pedido e do que foi concedido em caráter provisório, de todas as consequências e decorrências da própria tutela jurisdicional.³⁰¹

Por essa razão é importante para os limites do presente estudo, antes de identificar quais são esses efeitos que serão antecipados, definir quais são os efeitos de cada um dos provimentos jurisdicionais (constitutivo, declaratório ou condenatório).³⁰²

Nos provimentos meramente declaratórios, busca-se a definição de uma insegurança jurídica³⁰³, ou seja, o provimento se limita a declarar que determinada relação jurídica existe ou não existe, exaurindo-se na própria declaração e nos efeitos inerentes a ela.³⁰⁴ Se for necessário implementar qualquer outra medida de satisfação do direito, será necessária a propositura de uma nova demanda. Nela, com base na certeza

³⁰⁰ - Afinal, “a sua função instrumental reside precisamente na sua aptidão de dar à controvérsia uma solução provisória que presumivelmente mais se aproxime daquela que será a decisão definitiva” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, RT, 2000, p. 267).

³⁰¹ - “Mas há um segundo sentido para a expressão: o que designa a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos na realidade social, ou seja, para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações constantes do preceito normativo. Aqui, a eficácia é fenômeno que se passa, não no plano puramente formal, mas no mundo dos fatos, e por isso mesmo é denominada eficácia social ou efetiva.” (TEORI ALBINO ZAVASCKI, *A Antecipação da Tutela*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 50).

³⁰² - Para efeitos do presente estudo, adotar-se-á a classificação ternária das tutelas, sem adentrar na discussão de outras teorias, tais como aquelas que identificam como existentes a tutela executiva em sentido lato ou aquelas mandamentais, desprovidas de relação com a sentença condenatória. Nesses termos, em consonância com a classificação ternária: ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, pp. 20 e ss., atualização de Ada Pellegrini Grinover. Essa discussão, muito interessante sob o ponto de vista doutrinário, perde, a nosso ver, um pouco da importância prática para o presente estudo, até porque se reconhecendo ou não a existência de sentenças com eficácias mandamentais ou executivas independentemente das de eficácia condenatória, ou seja, como uma eficácia autônoma, nenhum efeito prático haverá de se fazer presente nas conclusões do presente trabalho. Aliás, como já afirmado pela doutrina: “no direito continental prevalece, como rememora Alfredo Buzaid, a classificação tripartida das ações (declaratória, condenatória e constitutiva). Naturalmente, este é o pensamento de Liebman. Não se deve supor que tal estágio se alcançou sem percalços de índole diversa ou que, hoje, se mostre tão pacífico. No entanto, na generalidade, a asserção ainda se revela verdadeira” (ARAKEN DE ASSIS, *Cumulação de Ações*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1998, p. 89).

³⁰³ - “A crise de certeza é solucionada pela tutela meramente declaratória, que de modo imperativo afirma ou nega elemento(s) acerca da relação jurídica controvertida entre as partes litigantes” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, RT, 2000, p. 154).

³⁰⁴ - JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, vol. 2, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, p. 50-54.

jurídica buscada e alcançada pela via da tutela declaratória, é que se buscará uma modificação de uma determinada situação jurídica ou uma condenação.

Na antecipação dos efeitos da tutela meramente declaratória, antecipa-se, não só seus efeitos práticos, como também a própria existência ou inexistência da relação jurídica versada³⁰⁵ sem, contudo, antecipar o próprio provimento com qualidade de coisa julgada.³⁰⁶

Por conta disso, nos provimentos constitutivos está contido um efeito declaratório de reconhecimento ao direito de modificação jurídica e outro subsequente de efetivamente modificar a situação jurídico-processual das partes.³⁰⁷ De qualquer forma, seus efeitos preponderantes são a criação, modificação ou extinção de determinada relação jurídica³⁰⁸, com destaque na “auto-suficiência da sentença constitutiva,”³⁰⁹ já que a doutrina conduz a uma conclusão de que tem ela um caráter executivo por prescindir de processo visando à satisfação já que, por si só, tem condição de assegurar de modo pleno as transformações nas situações jurídicas demandadas.³¹⁰

³⁰⁵ - Para VICTOR BONFIM MARINS é possível que o juiz antecipe providência fática que decorrerá da sentença de procedência da ação declaratória, porque a própria declaração só se obtém mesmo na sentença (VICTOR BONFIM MARINS, “Antecipação da tutela e tutela cautelar”, in Aspectos Polêmicos da antecipação de tutela, RT, São Paulo, 1997, p. 559, Teresa Arruda Alvim Wambier).

³⁰⁶ - “O que acaba de ser dito não se choca com a prestigiosa distinção, proposta por LIEBMAN e aceita pelos doutrinadores em geral (maxime, brasileiros), entre eficácia da sentença e a auctoritas rei judicae. Realmente, esta não é um efeito da sentença e a ordem jurídica exhibe casos em que a eficácia da sentença antecede à chegada da coisa julgada. A sentença pode ser eficaz ainda quando não transita em julgado, constituindo até uma heresia, no estado atual da doutrina brasileira, ignorar tal lição ou lançar-se desavisadamente contra ela” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Momento de eficácia da sentença constitutiva”, in Fundamentos do processo civil moderno, vol II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 1094). “A certeza decorrente da sentença meramente declaratória e a imutabilidade desta vêm somente com o trânsito em julgado da decisão, mas efeitos secundários decorrentes da declaração ou mesmo pedidos sucessivos podem ser antecipados.” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, São Paulo, RT, 2000, p. 374).

³⁰⁷ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Momento de eficácia da sentença constitutiva”, in Fundamentos do processo civil moderno, vol II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 1088.

³⁰⁸ - JOSÉ FREDERICO MARQUES, Instituições de direito processual civil, vol. 2, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, p. 50-54.

³⁰⁹ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Momento de eficácia da sentença constitutiva”, in Fundamentos do processo civil moderno, vol II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 1091.

³¹⁰ - “Mediante a tutela constitutiva, o juiz constitui uma situação jurídica de conteúdo novo. Calamandrei a ela referia-se como uma atividade mista de jurisdição e administração, já que o seu cumprimento as mais das vezes exige um ato junto a órgãos com funções eminentemente administrativas (p. ex.: registro civil nas causas relativas a estado, registro no cartório de imóveis nos casos de sentença substituindo declaração faltante na venda e compra de imóveis relativamente à transferência da propriedade, registro da anulação de decisão

Na tutela constitutiva, efetivar ou antecipar efeitos significa, portanto, antecipar a própria modificação jurídica no mundo do direito e traduzir no mundo dos fatos os efeitos concretos dessa modificação. Essa modificação é feita em regime provisório e em caráter reversível, sem o qual a antecipação não poderá se operar, senão pelo trânsito em julgado.

Na ação condenatória, como nos casos de tutela inibitória (CPC, art. 461³¹¹ - espécie que mais relevância possui para as medidas urgentes no processo societário), pretende-se evitar a prática de um ilícito ou a descontinuidade dele. Não se trata, ao menos em caráter *principaliter*, de declaração ou desconstituição, mas de condenação, com a imposição de uma ordem ou comando, uma obrigação de fazer ou não fazer.

Há doutrina de peso que sustenta a impossibilidade técnica de se antecipar efeitos meramente declaratórios ou constitutivos, muitas vezes por afirmar que eles não têm utilidade.³¹² Não se antecipa a declaração final ou a modificação final da

assemblear junto ao órgão de comércio competente)” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, RT, 2000, p. 155).

³¹¹ - “Art. 461. 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. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”.

³¹² - Vários autores de peso já se manifestaram contra a antecipação dos efeitos das tutelas declaratórias e constitutivas: TEORI ALBINO ZAVAZCKI, “Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, São Paulo, 1995, p. 157, coord. Sálvio Figueiredo Teixeira; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 184; JOÃO BATISTA LOPES, *Antecipação de tutela e o art. 273 do CPC*, in RT 728/72, pp. 72-77, citados por profundo levantamento, incluída a doutrina italiana, por LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, RT, São Paulo, 2002, pp. 68-71. O autor se posiciona contrariamente a esses entendimentos afirmando não haver qualquer óbice técnico processual às declarações e constituições sumárias. A questão é de efetividade, porque ao se adotar esse entendimento, não seria então possível a deflagração de qualquer efeito de qualquer provimento antes do trânsito em julgado da sentença.

situação jurídica com força de coisa julgada (a certeza inquestionável e a modificação definitiva), mas tão somente de seus efeitos principais ou secundários.³¹³ Assim, utilidade tais tutelas têm e não é possível uma afirmação em tese estirpar essa possibilidade: o que e quem determina a utilidade é o casuísmo e a parte que requer a medida em juízo. Isso porque, a efetividade da mera declaração ou constituição deve ser analisada sob a ótica dos efeitos práticos desses provimentos.³¹⁴ No âmbito dos conflitos societários, há declarações ou constituições que valem em si mesmas, nada obstante a circunstância objetiva de que a regra é a da antecipação de seus efeitos.

Ou seja, se houver possibilidade técnica, é sim de se permitir a antecipação. Enfim, essa discussão é tão etérea e ultrapassada quando a de utilidade da própria tutela meramente declaratória. Trata-se da tutela jurisdicional de resultados, tão defendida pela doutrina.³¹⁵

Em obra específica sobre o assunto, LUIZ FERNANDO C. PEREIRA sempre vincula a ineficácia das antecipações dos efeitos da declaração ou constituição a uma ordem inibitória, como se primeira a tutela não existisse no campo do direito e da eficácia sem a segunda.³¹⁶ Contudo, tal raciocínio, admitido sem temperamento, imporá a

³¹³ - Para CARLOS AUGUSTO DE ASSIS, “a antecipação dar-se-ia em termos dos efeitos práticos (ou, nas palavras de Ovídio, dos efeitos executivos e mandamentais)” (CARLOS AUGUSTO DE ASSIS, *A Antecipação da tutela*, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 149-150). Nesse mesmo sentido, citados pelo autor: OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, “A antecipação de tutela na recente reforma processual”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 132, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira; ARAKEN DE ASSIS, “Antecipação de tutela” in *Aspectos Polêmicos da antecipação de tutela*, RT, São Paulo, 1997, pp. 21-22, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier.

³¹⁴ - “Note-se que ninguém pode pensar em termos de efetividade e não admitir a antecipação dos efeitos concretos da constituição. Quem percebe que a utilidade buscada pelo autor da ação constitutiva está no plano dos efeitos, obrigatoriamente conclui que é viável a antecipação dos efeitos concretos da sentença constitutiva” (LUIZ GUILHERME MARINONI, *Antecipação da Tutela*, 11ª ed., São Paulo, RT, 2009, p. 54).

³¹⁵ - Para CARLOS AUGUSTO DE ASSIS, “beneficiar-se de efeitos antecipados, como está na letra do art. 273, é precisamente beneficiar-se da tutela antecipada” (CARLOS AUGUSTO DE ASSIS, *A Antecipação da tutela*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 148). Isso porque, “a tutela é o resultado do processo em que essa função se exerce. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo sobre as relações entre pessoas” (CARLOS AUGUSTO DE ASSIS, *A Antecipação da tutela*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 147). Nesse sentido, na visão de FLÁVIO LUIZ YARSHELL, “não parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução –tutela jurisdicional – para com ela designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado. A tutela, então, pode também ser revisada no próprio instrumento, nos atos que o compõem, e bem ainda nos ‘princípios’, ‘regramentos’ ou ‘garantias’ que lhe são inerentes” (FLAVIO LUIZ YARSHELL, *Tutela Jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo, DPJ Editora, 2006, p. 27).

³¹⁶ - LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, RT, São Paulo, 2002, p. 75.

questionável conclusão de que a tutela condenatória também teria eficácia zero porque se houver resistência do vencido, é necessário pleitear o cumprimento de sentença por meio de processo de execução pela via da subrogação.

Em demanda de anulação de deliberação assemblear pura, o pedido é de natureza desconstitutiva uma vez que visa a anular um ato jurídico, *in casu*, a extinção da deliberação tomada pelos sócios. Nesse contexto, o pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela desconstitutiva consistente na suspensão dos efeitos da deliberação é suficiente para atender ao anseio da parte e para emprestar efetividade à medida.³¹⁷

Essa questão já foi muitas vezes abordada pela doutrina que sempre se posicionou pela eficácia da tutela constitutiva pura nas ações de anulação de deliberação assemblear.³¹⁸

A respeito do mesmo exemplo a respeito de anulação de deliberação assemblear, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON afirma que é possível antecipar-se efeitos práticos e secundários da sentença meramente desconstitutiva, a fim de obter-se resultados de cunho condenatório, como, p.ex., a obrigatoriedade de a diretoria da sociedade se abster de cumprir a deliberação. O autor vale-se do exemplo da impossibilidade de nova diretoria, eleita em assembléia, tomar posse, caso essa deliberação tenha sido objeto de decisão antecipatória de suspensão de deliberação assemblear que a empossou. A grande realidade é que, ressalta o autor, tal efeito reflete o interesse maior do demandante, ou seja, mais importante que anular a decisão assemblear, é impedir a posse

³¹⁷ - Nesse sentido: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil”, in Revista de Processo, 81, 1996, p. 209-210.

³¹⁸ - “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 dos efeitos do provimento postulado, como o exercício do direito de voto correspondente 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. O mesmo se deve dizer em relação à ação declaratória, pois a utilidade desta está, precisamente, na certeza jurídica a ser alcançada com a sentença transitada em julgado. Antes do seu julgamento, porém, a parte poderá ter interesse em obter os efeitos práticos que correspondam à certeza jurídica a ser alcançada com o provimento declaratório. Isso lembra a questão da sustação de protesto de título cambial. Como se sabe, o protesto freqüentemente tem sido utilizado indevidamente, como meio de pressão psicológica para forçar alguém a pagar a quantia fixada no título. Para obviar os sérios inconvenientes causados por tal atitude passou-se a empregar, largamente, no foro o expediente da ‘ação cautelar inominada’ (seguida de uma ação declaratória de inexistência de relação jurídica cambial). Muito já se discutiu sobre a correção ou não do emprego da ‘sustação de protesto’, considerando que a ‘ação principal’ que a sucedia era declaratória. A questão já estava superada quando surgiu o instituto da antecipação da tutela jurisdicional, que trouxe novas dúvidas no tocante ao tema. Ainda ‘existe’ a sustação de protesto como medida cautelar inominada? Ou foi substituída pela antecipação em ação de conhecimento?” (CARLOS AUGUSTO DE ASSIS, A Antecipação da tutela, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 150).

da nova diretoria: “neste caso, verifica-se a antecipação, mediante execução provisória, de efeitos práticos e secundários, assim denominados por serem conseqüentes e acessórios aos efeitos principais”.³¹⁹

Na doutrina nacional, cuja maioria é aqui representada pelas palavras de TEORI ALBINO ZAVASCKI, assevera que “o que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura postulada como tutela definitiva. Antecipam-se, isto sim, os efeitos executivos da futura sentença de procedência, assim entendidos os efeitos que a futura sentença tem aptidão para produzir no plano da realidade. Em outras palavras antecipa-se a eficácia social da sentença, não a eficácia jurídico-formal. Efeitos executivos podem ser identificados não apenas nas sentenças condenatórias, mas igualmente nas constitutivas e mesmo nas puramente declarativas”.³²⁰

³¹⁹ - PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, São Paulo, RT, 2000, p. 377. No mesmo sentido TEORI ALBINO ZAVASCKI: “realmente, a carga de declaração – que consta de todas as sentenças e que é preponderante nas ações declaratórias e bem significativa nas ações constitutivas – tem eficácia de preceito. Daí dizer-se que a ação declaratória é uma ação de preceito e que a sentença nela proferida é uma sentença com efeito de preceito. Preceito é norma, é prescrição, é regra de conduta, obrigatória a seus destinatários. Como tal tem a eficácia (positiva) de estabelecer certeza sobre o conteúdo da relação jurídica litigiosa, do que decorrem conseqüências praticas, refletidas no plano do comportamento das partes a quem foi dada. Uma dessas conseqüências é a de impedir, de proibir, de vedar futuros atos ou comportamentos do réu contrários ou incompatíveis com o conteúdo do preceito emitido. É uma espécie de eficácia negativa, de cunho marcadamente inibitório” (TEORI ALBINO ZAVASCKI, A Antecipação da Tutela, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 88).

³²⁰ - TEORI ALBINO ZAVASCKI, A Antecipação da Tutela, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 87. E prossegue o autor: “Por outro lado, como sustenta Luiz Guilherme Marinoni, é viável, em ações declaratórias, ‘a concessão de um provimento interinal, quando esta seja idôneo a realizar um afirmado direito que seja da declaração dependente’, como, por exemplo, ‘que o juiz autorize o sócio a participar de uma assembleia social enquanto está em jogo a sua participação na sociedade. Nesse caso, a tutela sumária, se não dá ao autor a tutela jurisdicional almejada, faz surgir o efeito jurídico impossível a antecipação da declaração, confere-se ao autor uma providência útil que supõe o seu direito’. Há, na hipótese, antecipação dos efeitos executivos do que Pontes de Miranda denominou ‘pretensão à preceituação’, exercível na própria ação declaratória. Esse é também o alvitre de Kazuo Watanabe, para quem a ‘utilidade desta (referia-se à ação declaratória) está, precisamente, na certeza jurídica a ser alcançada com a sentença transitada em julgado. Antes do seu julgamento, porém, a parte poderá ter interesse em obter os efeitos práticos que correspondam à certeza jurídica a ser alcançada com o provimento declaratório’, o que é viável atender pelo mecanismo da antecipação de tutela. Com razão. Não seria concebível que providência da espécie, que evidentemente não tem natureza cautelar, tivesse que ser reclamada em ação cautelar autônoma, paralela à ação declaratória. Nem teria sentido sustentar que caberia ao de obtê-la, até porque na prática, esta segunda ação reproduziria, nos mesmos fundamentos e na pretensão, a ação declaratória já em curso. A alternativa que o sistema oferece é o de buscá-la como providência antecipatória, efeito que é da futura sentença de procedência e, destarte, inteiramente compatível com o art. 273 do Código de Processo Civil” (TEORI ALBINO ZAVASCKI, A Antecipação da Tutela, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 90-91).

Enfim, uma vez concedida a medida de urgência em casos como esse, o juiz deve intimar a sociedade do conteúdo de sua decisão de suspensão da deliberação. Dessa forma, o primeiro efeito antecipado contido na medida urgente é a própria suspensão da eficácia da deliberação assemblear independente de qualquer atitude das partes e sobre o qual não cabe oposição da parte contrária à eficácia da medida, senão por meio de recurso.³²¹

O primeiro efeito secundário³²² da decisão de medida urgente que suspende os efeitos de deliberação social é então a subsequente invalidade ou ineficácia de

³²¹ - É incabível a oposição de embargos do devedor contra as decisões que concedem tutela antecipada, uma vez que em hipóteses como essas, não se instaura um processo executivo; praticam-se apenas atos executórios regulados pelas normas que disciplinam o processo executivo. A forma processual correta de se insurgir contra o cumprimento é a interposição de recurso (“A decisão que concede ou denega a tutela antecipada comporta agravo - art. 522; idem, quanto à que revoga ou modifica a tutela antecipada concedida (§ 4º)” - THEOTONIO NEGRÃO, Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor, 31ª ed., Saraiva, 2000, nota 25 ao art. 273, p. 344). Nesse sentido, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON leciona: “na execução da tutela antecipada não será instaurado um processo de execução com a possibilidade de embargos, mesmo porque a justiça da decisão está sendo discutida no próprio processo de conhecimento em curso ou em recurso de agravo interposto pelo demandado. As normas disciplinadoras do processo executivo devem ser utilizadas, mas apenas para garantir a rápida atuação da decisão” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, RT, São Paulo, 2000, p. 275). Seguindo a mesma linha, LUIZ GUILHERME MARIONI assim preleciona: “o juiz, através do provimento sumário, dá uma ordem visando à realização antecipada do direito. No mesmo provimento sumário, o juiz deve estabelecer os meios executórios que poderão ser utilizados para que a decisão seja observada. Justamente porque a atuação da tutela sumária não se subordina às regras próprias do processo de execução é que se atribui ao juiz um amplo poder destinado à determinação dos meios executórios (...) Não é possível que o réu queira se valer dos embargos do executado. O réu, pode, através de simples petição, pedir a revogação ou a modificação da tutela. O que importa, na verdade, é que, com a possibilidade imediata de modificação ou de revogação da tutela, está assegurado o princípio da igualdade no tratamento das partes” (LUIZ GUILHERME MARIONI, A antecipação da tutela na reforma do processo civil, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 89-90). Confira ainda a doutrina de FLÁVIO LUIZ YARSHELL: “daí decorre uma consequência importante, igualmente aceita pela doutrina desde a generalização da regra de antecipação de tutela, pela alteração imposta ao art. 273 do CPC: o requerido não pode se opor à atuação dos meios executivos mediante embargos do devedor, isto é, não dispõe de remédio ou medida – não ao menor previstos pela lei expressa e tipicamente – para, perante o próprio órgão emissor do comando, suspender os efeitos do provimento antecipatório. Certo é que o destinatário do comando poderá eventualmente deduzir impugnação por meio da via recursal, mas aí, convenha-se, o problema já muda de enfoque e foge para a questão do efeito suspensivo dos recursos” (FLÁVIO LUIZ YARSHELL, Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?, in Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, coord: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006, p. 333).

³²² - Na visão de ENRICO TULLIO LIEBMAN, por exemplo, a sentença declaratória da falência tem como efeito secundário a penhora do patrimônio do falido, muito embora não seja objeto da ação declaratória. Nesse passo, afirma que “produz a sentença, às vezes, ao lado de seus efeitos principais, efeitos secundários, que se distinguem dos primeiros, não por seu caráter exclusivamente privatístico, nem por sua importância menor, porque, não raro, são praticamente os mais relevantes, mas por sua falta de autonomia; são simplesmente

qualquer nova deliberação ou ato de administração social decorrente diretamente dela ou tomado com base naquela cujos efeitos foram suspensos, bem como a impossibilidade de a sociedade executar a referida deliberação.

VASCO DA GAMA LOBO XAVIER ressalta a importância de estabelecer o nexo entre duas deliberações sociais sucessivas, para saber se declarada a ineficácia a primeira, a segunda que da primeira é dependente também carregaria consigo a pecha de ineficaz. Segundo o autor, deve haver uma conexão pelo conteúdo para que isso ocorra, mas não toda conexão gera o efeito da nulidade da segunda e se vale do seguinte exemplo para sustentar essa afirmação: o acionista “A” é admitido na sociedade e ato contínuo vota em determinada deliberação em assembleia; se é decretada a ineficácia da primeira deliberação de admissão de “A”, a segunda não seria ineficaz se sua participação foi irrelevante para a obtenção do resultado da segunda deliberação; contudo, se na primeira deliberação de admissão houve mudança da participação dos acionistas decorrente do aumento de capital para ingresso de “A” e na segunda deliberação houve distribuição de lucros, evidentemente a conexão entre ambas é suficiente para tornar ineficaz a segunda, independentemente do voto de “A”.³²³

De qualquer forma, havendo conexão material entre a deliberação objeto da medida urgente (e, por conseguinte, tida por ineficaz) e as deliberações dela decorrentes ou que dela tem seu pressuposto de eficácia de conteúdo ou de efeitos serão da mesma forma ineficazes. Esse é o maior o instrumento de eficácia da medida urgente de caráter (des)constitutivo. Segundo PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, os efeitos secundários da sentença devem, em uma releitura de seus conceitos e limites, relacionar-se com todos os efeitos indiretos propiciados pela sentença definitiva e não necessariamente aqueles contidos no pedido principal.³²⁴

acessórios e consequentes aos efeitos principais e ocorrem automaticamente por força de lei, quando se produzem os principais” (ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença* e outros escritos sobre a coisa julgada, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 75, atualização de Ada Pellegrini Grinover).

³²³- VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 45, 46-47, 56-57.

³²⁴- “Propõe-se aqui um redimensionamento do conceito de efeitos secundários da sentença, que deve relacionar-se com todos os efeitos indiretos propiciados pela sentença de mérito e não necessariamente constantes do pedido deduzido na petição inicial. Na concepção tradicional, os efeitos secundários somente ocorrem por força de expressa disposição de lei, tal como se dá com a constituição de hipoteca judiciária por força da sentença condenatória (CPC, art. 466, par. ún.). Parece que a importância central do fenômeno não está propriamente na expressa previsão legislativa, mas na simples circunstância de os efeitos secundários assim serem considerados por sua absoluta falta de autonomia, ou seja, por serem simplesmente acessórios e consequentes aos efeitos principais e ocorrerem automaticamente, ainda que não

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON trata desse assunto com profundidade. Diz o autor que é possível a antecipação de alguns efeitos práticos e secundários da declaração pretendida, mas que normalmente só seriam obtidos com o trânsito em julgado da sentença de mérito. Nesses casos, podem ocorrer situações em que a tutela pretendida com a antecipação pode não estar contida exatamente nos pedidos deduzidos pelo demandante na petição inicial, mas constitui um efeito secundário ou uma consequência desses pedidos, já que a antecipação de conteúdo diverso daquele da futura sentença de mérito pode ter nítido caráter instrumental.³²⁵

Nessa premissa, devem ser admitidas medidas de urgência que antecipam os efeitos secundários de uma sentença declaratória, desde que funcionais à ordem de cessação de um comportamento das partes. Como bem ressalta PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, “a cognição incidental aqui realizada tem por escopo fundamentar uma tutela inibitória, que não constitui propriamente a execução provisória da sentença meramente declaratória objetivada, mas está muito mais vinculada a uma finalidade acautelatória”.³²⁶ É por essa razão que é possível obter, em demanda que objetiva declarar a legitimidade de um voto em assembleia, p.ex., decisão judicial para que a sociedade ato se abstenha de impedir a declaração de voto ou a obrigue a receber e computar esse voto em deliberação assemblear, já que o próprio voto não poderia ser contestado se já houvesse sido proferida a sentença declaratória de sua legitimidade.³²⁷

decorrentes de pedido constante da petição inicial.” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, RT, 2000, p. 377). Em exemplo diverso (ação direta de inconstitucionalidade), TEORI ALBINO ZAVASCKI chega a uma mesma conclusão: “tipicamente declaratória, sua sentença de procedência tem como eficácia positiva a de declarar a nulidade, por inconstitucionalidade, do ato normativo, e, como eficácia negativa, a proibição de aplicação da norma declarada inconstitucional. Pois bem, a medida “cautelar” de sustação da vigência da norma questionada não tem, na verdade, natureza cautelar, mas constitui inegavelmente, satisfação antecipada da eficácia negativa da tutela declaratória” (TEORI ALBINO ZAVASCKI, *A Antecipação da Tutela*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 89).

³²⁵- PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, RT, 2000, p. 283 e ss.

³²⁶- PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, RT, 2000, p. 284.

³²⁷- “A tutela antecipada pode também referir-se a um reconhecimento provisório de uma situação jurídica de vantagem (p.ex., o reconhecimento provisório de que o demandante continua a representar comercialmente determinada pessoa jurídica contra quem está litigando; de idoneidade financeira para participar de uma licitação; de nulidade da cláusula de um contrato, autorizando provisoriamente a parte a uma legítima abstenção” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, RT, 2000, p. 286).

Nessas situações, segundo o autor, a tutela antecipada tem por finalidade providência inibitória no curso de uma ação declaratória: a condenação a não fazer pode ser consequência prática do acolhimento da demanda meramente declaratória que demonstra ser ilegítimo o fazer. O efeito indireto ou secundário da sentença de procedência de natureza meramente declaratória tem, na hipótese acima evidenciada, eficácia condenatória ou apenas mandamental.³²⁸

De qualquer forma, em se tratando, por exemplo, de deliberação assemblear de aumento de capital da sociedade, não é necessário ao juiz impor multa por descumprimento ou qualquer outra medida coercitiva. Isso é um *plus*, um algo a mais muitas das vezes até desnecessário para conferir efetividade à medida urgente. Nesse caso, os direitos do autor acionista estão preservados, seja pela manutenção de sua participação no capital social, seja se realmente vier a se operar o aporte de capital por terceiros ou por outro acionista, porque em qualquer dos casos, tudo decorrente da deliberação assemblear suspensão será ineficaz e não surtirá efeito tanto para as partes, quanto para a sociedade.

Mais efetividade com menos esforço: ou seja, independentemente do aumento do capital, o acionista que não o acompanhou preserva sua participação e todos os direitos inerentes, tais como o voto correspondente à sua participação em futuras Assembleias Gerais, o direito de exigir do presidente de mesa a não recepção de voto de terceiro que tenha ingressado na sociedade aportando capital ou mesmo exigindo o cômputo dos votos com base na distribuição de capital havida antes da decisão judicial.³²⁹ Trata-se, como visto, de efeitos secundários da decisão que suspendeu a deliberação assemblear.³³⁰

³²⁸ - PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, São Paulo, RT, 2000, p. 285. A esse respeito, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON ainda reforça essa ideia de que em determinadas hipóteses quando a “decisão estabelece um comportamento provisório, o provimento antecipado tem nítido caráter mandamental. Ou seja, aqui há a antecipação de um efeito secundário ou indireto da sentença meramente declaratória” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, São Paulo, RT, 2000, p. 287).

³²⁹ - “As consequências práticas da constituição podem revelar-se numa tutela inibitória e, na maior parte dos casos, têm mais importância que a própria constituição objetivada em sede principal.” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, São Paulo, RT, 2000, p. 291).

³³⁰ - “Aqui o demandante objetiva com a tutela antecipada as próprias consequências práticas do provimento jurisdicional definitivo de natureza constitutiva. Hipóteses podem ser suscitadas em que a antecipação desejada pode não estar contida nos pedidos constantes da petição inicial. No entanto, não será por isso que a proteção desejada deixará de ser concedida, pois o demandante pretende a antecipação da produção de efeitos secundários ou das consequências práticas dos pedidos de natureza constitutiva, muitas vezes de nítido caráter instrumental. Em poucas palavras, sustenta-se que o escopo da tutela antecipada está na

Evidentemente nesses casos, um pedido inibitório poderia ser cumulado ao pedido de desconstituição. Assim, ficaria o juiz autorizado a fixar uma multa em caso de descumprimento, como, por exemplo, na hipótese de a sociedade alterar o capital social efetivamente, receber o capital de terceiros, investir esse capital nos negócios sociais, não computar os votos de acordo com a participação no capital antes da decisão judicial, etc. Entretanto, a ineficácia dos atos subsequentes é suficiente para empresar efetividade necessária à medida urgente e para criar uma inibição ao eventual decumpridor.

O mesmo raciocínio vale para as demandas declaratórias que têm por objetivo simplesmente declarar a ilegalidade do voto de determinado acionista em Assembleia Geral. Deferida a medida urgente e declarada liminarmente a ilegalidade do voto, é efeito principal da decisão judicial a suspensão de seus efeitos. Evidentemente, não é preciso identificar as circunstâncias nas quais esse voto não terá efeito: com sua eficácia suspensa, tal voto não pode deflagrar efeitos em Assembleia e, conseqüentemente, uma matéria não poder ser aprovada com base nesse mesmo voto, sob pena de ineficácia, este sim efeito secundário da decisão judicial de medida urgente. Isso significa que, mesmo sem haver qualquer imposição de obrigação de fazer ou não fazer, a mera antecipação dos efeitos declaratórios já é suficiente para emprestar efetividade à medida, seja por seus efeitos próprios e principais, seja por seus efeitos secundários.

Ao utilizarmos o mesmo raciocínio das tutelas constitutivas, entender que o fundamento da efetividade da tutela declaratória reside na obrigação de fazer é incorrer em um sofisma. Mesmo havendo imposição de multa para o caso de consideração do voto ilegal em Assembleia, nada impede no mundo dos fatos, por exemplo, de o presidente de mesa computá-lo e, com base nele, declarar uma votação em determinado sentido.

atuação imediata da constituição objetivada. Assim, uma deliberação assemblear contrária ao disposto em acordo de acionistas pode ser objeto de demanda anulatória e, havendo necessidade, pode o demandante pretender, mediante tutela antecipada, impedir a realização de atos que tenham por conseqüência prática a própria deliberação. [nota de rodapé: RAPISARDA cita exemplo semelhante: 'in pendenza del giudizio di annullamento di una deliberazione societaria concernente La revoca degli amministratoria, è stato perciò imposto a questi ultimi, in base all'art. 700 c.p.c., Il divieto di compimento di ulteriori atti di gestini' (Profili della tutela civile inibitoria, n. 9, p. 149).] A antecipação das conseqüências práticas da constituição negativa tem um significado maior, pois constitui a própria tutela jurisdicional efetivamente desejada pelo demandante e supera, em grau de importância, o próprio pedido principal de anulação da decisão assemblear. Somente não pode ser considerada uma antecipação total do pedido anulatório por não ser possível se obter, nesse momento, o cancelamento definitivo do registro comercial referente à decisão assemblear." (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, São Paulo, RT, 2000, p. 290).

Essa discussão parte da premissa de que esse pedido inibitório não vem cumulado em caráter *principaliter* na petição inicial e que seria ele imprescindível para a efetividade da decisão judicial. Por força dos termos do art. 273 do Código de Processo Civil ou do princípio processual de que o juiz está adstrito ao pedido contido na inicial, não é possível antecipar efeitos condenatórios (ou de eficácia mandamental) em demandas fundamentalmente declaratórias ou constitutivas, porque não se antecipa o que não foi ao final pedido.³³¹

Contudo, é meramente aparente a problemática porque, pelas regras da instrumentalidade do processo, havendo no pedido ao menos menção à confirmação dos efeitos da tutela antecipada pleiteada ao final ou algo do gênero, já seria suficiente para afastar esse impedimento. E sempre é possível que o juiz, verificando haver essa dissonância entre o pedido final e antecipatório, marcar prazo para emenda da petição inicial, a fim de que o pedido seja adequado e aditado, o que pode ocorrer inclusive, em razão de urgência, depois da concessão da medida urgente.

De qualquer forma, ceder à argumentação de que sempre será necessária a cumulação das tutelas declaratória e constitutiva com a inibitória acima questionada.³³² Entender que a efetividade das declarações e constituições é decorrente somente da tutela inibitória, impõe então aceitar que o que impede o presidente de mesa em não computar o voto cujos efeitos foram suspensos é somente a *astreinte* fixada.

³³¹ - Em demanda condenatória na qual se pediu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para impedir a alienação do controle acionário da sociedade contra quem se pleiteava a tutela condenatória, a tutela de urgência foi indeferida por não guardar correlação com o pedido. Confira: “além do mais, a providência consistente em impedir a transferência do controle acionário não integra a eficácia natural da tutela condenatória, o que impossibilita concedê-la antecipadamente. Essa modalidade de medida de urgência representa a antecipação de efeitos da tutela final. Necessário, pois, haver coincidência ao menos parcial entre o pedido e a tutela antecipada. Nessa medida, inadmissível a antecipação do efeito prático pretendido, que não está compreendido na eficácia da tutela jurisdicional final. Se entre o pronunciamento final e o pedido inicial deve haver congruência, correlação (CPC, arts. 128 e 460), não se admite a antecipação de efeitos não contidos na pretensão deduzida pelo autor a título de tutela definitiva. O limite da antecipação é o próprio provimento satisfativo final favorável ao autor. Mais do que isso, não pode o juiz conceder antecipadamente (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, A reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 141; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil, in Revista de Processo 81, p. 209. No mesmo sentido: AI . n. 778.199-9, SP., 1º TACSP, 12aCâm., j. 26.5.98, v.u.; A.I. n. 746.970-7, SP, 1º TACSP, 12a Câmara, Rel. Juiz Matheus Fontes, j. 11.09.97, v.u.)” (1º TAC-SP, 12ª Câmara, AI n. 958.487-2, rel. Des. Roberto Bedaque, j. 10/10/2000, citado por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, nota 314, pp. 227-228).

³³² - LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, Medidas urgentes no direito societário, RT, São Paulo, 2002, pp. 77-78

Ignora-se, assim, o fato da vida real de que o descumprimento de ordens judiciais é fato recorrente da vida, e as consequências de direito societário advindas da lei societária no sentido de que os acionistas e administradores têm responsabilidade pelos seus atos.

Não há, como visto, como sempre vincular a eficácia das antecipações dos efeitos da declaração ou constituição a uma ordem inibitória, como se as primeiras não fossem efetivas sem serem acompanhadas de pedido expresso de obrigação de fazer e não fazer. O exemplo de suspensão da eficácia de quaisquer atos subsequentes daquele objeto da declaração ou desconstituição se mostra, na vida da sociedade, um elemento muito mais coercitivo do que uma multa diária. Isso porque, por se tratar de ineficácia, cumprindo-se ou não a medida urgente, quaisquer atos subsequentes que porventura possam ser praticados e entendidos como descumprimento à ordem liminar não terão validade (efeito secundário também típico).³³³

Portanto, ao tirar das mãos da parte esse poder (e retirar o elemento volitivo dessa equação) para colocá-lo nas mãos do juiz, essa técnica processual de ineficácia garante a imperatividade e autoridade dos provimentos jurisdicionais de forma satisfatória. Essa é a razão para que as tutelas declaratórias e constitutivas sejam consideradas de eficácia plena³³⁴, ao contrário da condenatória, que sepre necessitará de um processo de execução para obtenção da satisfação frente a uma pretensão resistida.

³³³ - Para LUIZ GUILHERME MARINONI, essa eficácia não é suficiente: “também é inegavelmente antecipatória a tutela que suspende a eficácia de um ato que se pretende ver anulado. Neste caso impede-se, antecipadamente, que o ato produza efeitos contrários ao autor. Há uma correlação nítida entre a suspensão da eficácia e a sentença; o autor, através da suspensão da eficácia, desde logo se vê livre dos efeitos do ato impugnado. Em uma ação desconstitutiva, pode ser requerida, via tutela antecipatória, a suspensão da eficácia da deliberação social em face da demanda que visa à sua anulação. Perceba-se, entretanto, que não basta a mera suspensão da eficácia; é preciso que ela seja observada – ou cumprida – para que tenha alguma relevância jurídica. A tutela antecipatória, na maioria dos casos de suspensão de deliberação social, implica um non facere, viabilizando-se, assim, na imposição de uma ordem (mandamental) sob pena de multa. Objetiva-se, com a suspensão da eficácia da deliberação social, afastar os efeitos do ato que se pretende anular. Se com a sentença há a desconstituição do ato, impedindo-se a produção de efeitos a partir da sua pronúncia, com a tutela antecipatória há a suspensão da eficácia, impedindo-se antecipadamente que o ato produza efeitos concretos contrários ao autor” (LUIZ GUILHERME MARINONI, *Antecipação da Tutela*, 11ª ed., São Paulo, RT, 2009, p. 57-58).

³³⁴ - “A executividade das sentenças constitutivas é estabelecida a partir de atos independentes da participação do obrigado. (...) Seu grau de efetividade é de tal ordem elevado que apenas a sentença é apta a proporcionar o resultado prático desejado. Quando muito, pode-se afirmar que há a necessidade de uma ‘execução imprópria’. O bem da vida desejado, consistente na modificação da situação jurídica substancial é proporcionado pelo próprio provimento jurisdicional. Em alguns casos, para a integral satisfação do direito, torna-se necessária a prática de singelos atos materiais, realizados pelo próprio titular da posição jurídica de vantagem. Todavia, tais atos estão muito longe de impor a instauração de um processo

Parte da doutrina italiana não trabalha com esse conceito, porque sua premissa é a de que a antecipação dos efeitos da declaração ou constituição constitui mero “conselho judicial”, sem qualquer carga psicológica eficaz de impedir o descumprimento da medida urgente.³³⁵ Com base na segurança jurídica, a regra é sempre a de que a eficácia das sentenças declaratórias e constitutivas se dá apenas com o trânsito em julgado.³³⁶ Contudo, como bem apontado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, os próprios italianos admitem, em regime de exceção, algumas hipóteses nas quais se antecipam efeitos antes de se operar o trânsito em julgado.

No Brasil, o sentido é basicamente o mesmo, já que a lei expressamente admite que as sentenças deflagrem efeitos (quaisquer delas, pois onde a lei não distingue, não cabe ao hermeneuta fazê-lo³³⁷), tais como nas hipóteses de execução provisória (enquanto pendente de recurso contra a sentença) ou mesmo nas antecipações de tutela (com base no art. 273 do Código de Processo Civil). CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³³⁸, com base na doutrina de CORRADO FERRI³³⁹, adota posicionamento no sentido de que as sentenças constitutivas possuem um caráter executivo em sentido *lato*, ou seja, não para afirmar que tais modificações ocorrem em coisas materiais, mas de que a extinção ou modificação da situação jurídica se opera especificamente no mundo jurídico.³⁴⁰

De qualquer forma, esse caráter executivo em sentido *lato* dos efeitos secundários da tutela constitutiva não se confunde com ordem ou comando, características típicas das tutelas condenatórias, nem com necessidade de processo de execução para sua efetivação, muito menos com uma cumulação de pedidos (o constitutivo

executivo.” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, São Paulo, RT, 2000, p. 157).

³³⁵- Nesse sentido: GIOVANNI ARIETA, I provvedimenti d’urgenza, 2ª ed., CEDAM, Padova, 1985, p. 330; GIANPIERO SAMORI, “La tutela cautelare dichiarativa”, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 38, 1995, p. 961; e principalmente FERRUCCIO TOMAZZEO, I provvedimenti d’urgenza, CEDAM, Padova, 1983, p. 255, todos citados por LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, Medidas urgentes no direito societário, RT, São Paulo, 2002, pp. 74-85, principalmente TOMAZZEO, com base no qual o mencionado autor tem seu ponto de partida principiológico.

³³⁶- LUIGI MONTESANO, Le tutele giurisdizionali dei diritti, Cacucci, Bari, 1981, pp. 254-256.

³³⁷- CARLOS MAXIMILIANO, Hermeneutica e aplicação do direito, 9ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 246. O autor faz referência também ao brocardo “ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”: “onde a lei não distingue, não pode o interprete distinguir”.

³³⁸- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Momento de eficácia da sentença constitutiva”, in Fundamentos do processo civil moderno, vol II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 1091.

³³⁹- CORRADO FERRI, Profili del accertamento costitutivo, CEDAM, Padova, 1970, p. 220.

³⁴⁰- TOMÁS FRANCISCO DE MADUREIRA PARÁ FILHO, Estudo sobre a sentença constitutiva, Iael, São Paulo, 1973, p. 71.

com o inibitório), por dois motivos: seja porque a tutela constitutiva produz desde logo, com a sentença, o resultado prático pretendido pelo demandante, seja porque independe, como já dito, da vontade do demandado em cumprir o dispositivo da sentença (sem se valer da subrogação). Isso porque, resultado prático da tutela constitutiva corresponde ao resultado somado nos processos condenatório e executivo, como bem sintetiza CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³⁴¹.

PRISCILA CORREA DA FONSECA fala que a expedição de mandado decorrente da concessão de decisão de suspensão de deliberação social é efeito secundário da decisão de suspensão de deliberação social³⁴². Para a autora, apesar de não reconhecer uma carga condenatória nessa demanda de caráter desconstitutivo, reconhece que esse mandado contém uma ordem de cumprimento com que a condenação, apesar de não constituir efeito típico, é decorrente daquele principal contido na decisão de medida urgente (que é de natureza desconstitutiva).

A autora, com base na posição de VASCO DA GAMA LOBO XAVIER,³⁴³ afirma que nesses casos “não basta a suspensão de efeitos; há de se fazê-la cumprir, daí porque se disse e repetiu que a ordem emanada implica quase sempre em um *non facere*. Todavia, a expedição de mandado é efeito secundário da decisão, visto que o que importa e realmente releva é a operada modificação da situação anterior”.³⁴⁴ Isso porque, o não cumprimento do mandado implicaria apenas na responsabilidade dos administradores ao descumprimento da decisão judicial, o que não os sujeita à execução forçada da decisão, mas tão somente às demais sanções de ordem administrativa.

Mas VASCO DA GAMA LOBO XAVIER em outro trabalho reconhece que o conteúdo da medida que suspende a deliberação, em harmonia com a sua função cautelar, não é exatamente uma suspensão da execução – de uma proibição de atos de execução, em qualquer sentido –, mas sim o de uma suspensão da eficácia da deliberação questionada.³⁴⁵

³⁴¹- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Momento de eficácia da sentença constitutiva”, in Fundamentos do processo civil moderno, vol II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 1091.

³⁴²- PRISCILA CORREA DA FONSECA, Suspensão de deliberações sociais, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 139.

³⁴³- VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, “O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais”, separata Revista de Direito e Estudos Sociais, Coimbra, 1978, p. 43-44.

³⁴⁴- PRISCILA CORREA DA FONSECA, Suspensão de deliberações sociais, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 139.

³⁴⁵- “Em obediência a uma deliberação social, ou mais latamente, com base nela, vão praticar-se, mormente por parte dos titulares do órgão administrativo da sociedade, não só os actos do

Tratando de deliberações que já tiveram a sua execução iniciada, mas ainda se mantém protelada no tempo ou ainda que estejam sujeitas de execução sucessiva, ABÍLIO NETO elenca farta messe jurisprudencial portuguesa no sentido de aceitar a idéia de suspender a eficácia da execução da deliberação.³⁴⁶ Em Portugal, parece haver uma dificuldade em aceitar a suspensão das deliberações já executadas, em decorrência da redação do art. 396, n. 1, do Código de Processo Civil português, que faz alusão à possibilidade de cautelarmente ser pedida a suspensão da execução da deliberação. Contudo, a demanda principal constitui uma ação de anulação ou de nulidade de deliberação assemblear, com o que acaba por corroborar nosso posicionamento no sentido de não só haver a possibilidade de uma medida urgente suspender a eficácia da deliberação tida por ilegal, como também prover as medidas necessárias para impedir sua execução.³⁴⁷

tipo que referimos, mas muitos outros, de diversa natureza, que cabem num conceito mais amplo de execução. E compreende-se perfeitamente que a suspensão, como providência cautelar que é dependência da acção anulatória da deliberação, deva ter a virtualidade de impedir ou sustar essa prática, a qual pode justamente frustrar o alcance da sentença que dê ganho de causa ao autor daquela acção. A circunstância de a providência de suspensão da deliberação não exclui que ela possa contender (provisoriamente) com actos de execução em sentido lato, pois com eles, sem dúvida, contendrá (definitivamente) a anulação, que também é anulação da deliberação. De resto, o conteúdo da providência em causa, de harmonia com a sua função cautelar, não é exacta e rigorosamente o de uma suspensão da execução – de uma proibição de actos de execução, em qualquer sentido –, mas sim o de uma suspensão da eficácia da deliberação questionada. A inadmissibilidade da suspensão da deliberação executada (em qualquer sentido não é, portanto, a resultante invariável de um imperativo lógico; e antes poderá ser afirmada apenas quando essa execução seja susceptível de determinar a impossibilidade ou inutilidade da lide (art. 227, al. e), do Cód. Proc. Civil) ou exclua a possibilidade, exigida no artigo 396, n. 1, do mesmo Código, da ulterior verificação de mais algum dano apreciável” (VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, Comentário a acórdão da relação de Coimbra, in Revista Leg. Jur., ano 124, p. 10). No mesmo sentido: PINTO FURTADO, Deliberação de sócios, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 486 e ss..

³⁴⁶ - “Podem ser suspensas deliberações sociais consideradas já executadas, já que a suspensão da execução a que se refere o art. 396º do Cód. Proc. Civil significa a suspensão da eficácia da deliberação impugnada” (ABÍLIO NETO, Código de Processo Civil anotado, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 596). Traz ainda o autor a infirmação de que o exato conteúdo da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais é o da suspensão da eficácia jurídica da deliberação. A sua função é evitar a lesão de um direito ou a produção de um dano, que tanto pode ser dos sócios requerentes, como da sociedade. Uma deliberação social não se considera executada e pode ser suspensa enquanto se não esgotarem todos os efeitos danosos, sejam eles diretos, laterais, secundários ou reflexos (ABÍLIO NETO, Código de Processo Civil anotado, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 597).

³⁴⁷ - “A execução da deliberação, contra o legalmente determinado, implicaria a ineficácia da mesma. Já se se entender que esse efeito antecipatório não decorre de lei, a execução da deliberação, mesmo contra o disposto em tal preceito, apenas determina responsabilidade civil dos executores, gerando a inutilidade superveniente da providência solicitada (...) mas apesar das divergências que continuam a notar-se, parece avolumar-se o número de opiniões e de arestos que, privilegiando a função instrumental do direito, como sistema que deve responder às exigências da vida, dão maior realce aos efeitos práticos pra justificar a utilidade da medida, ainda que restrita aos eventos futuros. Isso permite formular a conclusão de que a suspensão da deliberação social não deve estender-se à paralização dos efeitos

LUIZ FERNANDO C. PEREIRA discorda desse posicionamento, pois entende que não há eficácia mandamental na ação declaratória ou constitutiva³⁴⁸, pressupondo que a expedição desse mandado é uma ordem, um mandamento, existente somente e típico das ações mandamentais: “é também preciso destacar que a mandamentalidade constante de uma ação declaratória não tem jamais a aptidão de traduzir ‘ordem’, notadamente com a intensidade própria de uma ação verdadeiramente mandamental. Isso tanto é verdade que a sentença de uma ação declaratória jamais poderá conter em sua parte dispositiva algo como: ‘declaro inexistente a deliberação social atacada e, por isso, ordeno que ‘A’ abstenha-se de exercer a gerência da sociedade ‘X’, sob pena de multa,’”³⁴⁹ com o que seria obrigatória a cumulação entre a tutela declaratória e a inibitória.

O autor afirma ainda que “a mandamentalidade constante de uma constitutiva é muito fraca... a mandamentalidade constante na ação constitutiva, portanto, é somente meio de execução (execução imprópria), nunca ordem antecipada”³⁵⁰. Isso porque as declaratórias não proíbem nem impõem sujeições ou ordens a ninguém. Esse raciocínio é todo desenvolvido com base nas assertivas de LUIZ GUILHERME MARINONI³⁵¹ a respeito da fixação provisória do aluguel nas ações de despejo.³⁵²

jurídicos que a mesma seja susceptível de produzir. Nesta base, enquanto não estiver totalmente executada ou enquanto se protraírem no tempo os respectivos efeitos, directos, laterais, secundários ou reflexos, suficientemente graves para serem causadores de dano apreciável, será viável obter a suspensão da sua execução através da específica providência criada pelo legislador” (ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 80-82). Se a medida é executada depois que decretada a suspensão da deliberação (que no direito português se dá pela citação da sociedade) a questão se resolve impondo a pena de ineficácia dos atos. Os entendimentos anteriores defendiam que a questão se resolvia na responsabilização dos administradores, mas tinham com base legislação que foi alterada (Lobo Xavier). Contudo, com a redação do art. 397, n. 3, do Código de Processo Civil Português, agora essa eficácia cessa na prolação de sentença e, caso a sentença tenha sido de improcedência, permite a execução da medida enquanto pendente de recurso (ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 90).

³⁴⁸ - LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, RT, São Paulo, 2002, p. 90.

³⁴⁹ - LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, RT, São Paulo, 2002, p. 92.

³⁵⁰ - LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, RT, São Paulo, 2002, p. 93.

³⁵¹ - Para LUIZ GUILHERME MARINONI “é possível postular tutela antecipatória no curso de ação declaratória ou de ação constitutiva. No caso de ação constitutiva, é viável requerer tutela antecipatória na petição inicial (em que é realizado apenas pedido de natureza constitutiva). Contudo, o pedido declaratório não permite que seja postulada, na petição inicial, tutela antecipatória de natureza mandamental ou executiva, uma vez que existindo, no momento

Contudo, esse argumento é utilizado com a premissa de que em uma demanda desconstitutiva de deliberação social fosse necessário, para emprestar efetividade à tutela, de impor uma ordem de não fazer à sociedade, como no exemplo acima mencionado, para que não aceite o capital do terceiro ou não aplique tais recursos em sua atividade. Por se tratar de pedido desconstitutivo, não é necessário impor nenhuma medida material de força à sociedade, porque bastaria retirar ou suspender os efeitos da deliberação (efeito principal) ou de qualquer ato da sociedade subsequente (efeito secundário).

Por essa razão, não há mesmo que pressupor uma ordem ou mandamentalidade inculcada nas decisões de natureza desconstitutiva de deliberação assemblear para emprestar efetividade a esta última, por se tratar de efeito secundário da sentença. A tutela inibitória é relevante e importante meio de efetivação da tutela jurisdicional sob o enfoque material, mas não se poder perder de vista que a obrigação de fazer fica em segundo plano quando se trata de emprestar efetividade da tutela constitutiva.

Esse posicionamento nos parece mais correto porque além de conservar os efeitos típicos da tutela desconstitutiva, que é plena, baseia sua premissa na perda da eficácia do ato impugnado, providência essa que independe de qualquer ato material das partes para se efetivar.

Muita discussão houve no que se refere à expedição do mandado à sociedade, pela qual o juiz dá ciência do conteúdo de sua decisão. É inegável que nesse documento não pode haver uma ordem ou mandamento à sociedade no sentido estrito, muito menos uma sanção pelo descumprimento que seja diferente da ineficácia da própria deliberação impugnada, como, por exemplo, a imposição de multa diária.

em que é distribuída a petição inicial, interesse de agir em decisão que possa gerar tais efeitos, deve ser realizado pedido de sentença capaz de gerá-los” (LUIZ GUILHERME MARINONI, *Antecipação da Tutela*, 11ª ed., São Paulo, RT, 2009, p. 56).

³⁵²- Em sentido contrário ao que o autor sustenta e de acordo com nosso entendimento, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON: “é consequência indireta da nova situação jurídica constituída a possibilidade de ser ajuizada demanda executiva ou de despejo, com fundamento em falta de pagamento do valor constituído provisoriamente. Aliás, não teria o menor sentido o novo aluguel se não fosse permitida a propositura de tais demanda no caso de descumprimento do demandado; portanto, a simples possibilidade de utilização de tais remédios jurídicos torna eficaz a situação jurídica provisória, criada por meio de cognição sumária. A antecipação aqui não representa propriamente a constituição definitiva de novo aluguel que o demandante desejava, pois ela somente surgirá com o trânsito em julgado da sentença de mérito, mas é evidente a antecipação de certos efeitos mediante a constituição provisória do aluguel.” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, RT, 2000, p. 292).

PIERO CALAMANDREI já apontava na existência de uma sujeição processual, uma verdadeira relação obrigacional de cumprimento das decisões cautelares, mesmo que provisória, passível de execução forçada.³⁵³ Estamos de acordo com a circunstância objetiva de que não só as decisões de medida urgente, mas qualquer decisão judicial cria uma obrigação de cumprimento por parte dos sujeitos do processo. Essa “sujeição” decorre da imperatividade e autoridade inerentes a qualquer provimento jurisdicional, seja ele de cognição exauriente ou sumária, provisório ou definitivo. Isso não significa, contudo, que no exemplo *supra* citado, a suspensão da deliberação de aumento de capital esteja sujeita a uma execução forçada, como poderíamos pensar no caso de um oficial de justiça adentrando à sede da sociedade para impedir o aporte de capital dos sócios ou a formalização pelos administradores de compromissos de terceiros com estes recursos. Muito menos com a imposição de multa diária aos diretores que se utilizarem do capital aportado. Essa situação pitoresca, no campo da efetividade, tem muito menos força do que a deflagração dos efeitos próprios da decisão provisória de desconstituição, quais sejam, a perda da eficácia e a responsabilização dos administradores no âmbito da própria sociedade, nos termos da lei societária.

Com o que não estamos de acordo com o pensamento de PIERO CALAMANDREI é com relação ao conteúdo condenatório incutido dentro dos provimentos constitutivos, na medida em que ele pugna pela existência de medidas cautelares constitutivas e com carga condenatória ao mesmo tempo.³⁵⁴ Uma coisa é sustentar a comunhão de cargas em um mesmo provimento, com o que não concordamos no caso das suspensões de deliberação assemblear, outra coisa é reconhecer que dentre os efeitos secundários da decisão antecipatória desconstitutiva, tenha a possibilidade de se impor cominação ou obrigação de fazer para resguardar a própria eficácia da decisão.

Nesse contexto, a emissão do mandado a que se refere PRISCILA CORREA DA FONSECA é sim efeito secundário da decisão de medida urgente. Entretanto, nesse mandado, como visto, não há mandamento, ordem ou condenação em sentido estrito. O mandado deve informar a sociedade dos termos da decisão, o que implicitamente já se pressupõe duas consequências jurídicas diretas: o de cumprimento pela Sociedade ou seus administradores (quem de direito age em nome dela) e a sanção de ineficácia material e de efeitos, caso o comando judicial não seja cumprido espontaneamente. Em caso de

³⁵³- PIERO CALAMANDREI, Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares, Servanda, Campinas, 2000, pp. 131-135, trad. Carla Roberta Andreasi Bassi.

³⁵⁴- PIERO CALAMANDREI, Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares, Servanda, Campinas, 2000, pp. 131-135, trad. Carla Roberta Andreasi Bassi.

descumprimento, tais atos não surtirão qualquer efeito jurídico e ainda os administradores estarão sujeitos à responsabilização nos termos da lei societária e civil.

É efeito secundário também a expedição de mandado ao Registro de Comércio informando o conteúdo da decisão judicial e que qualquer tentativa de registro perante esse órgão não deflagrará qualquer efeito. Como é inerente aos órgãos públicos, é por lei e de rigor o cumprimento de decisões judiciais. Caso não haja cumprimento e seja efetuado o registro, este da mesma forma não surtirá qualquer efeito jurídico, sendo considerado, pelo tempo em que perdurar a decisão provisória, completamente ineficaz.

Essa problemática toda é relevante nas demandas propostas depois de ocorrida a deliberação assemblear. Com o ato jurídico já formado e em vigência, a medida judicial a se tomar é esse mesmo de anulação, ou melhor, de desconstituição.

Contudo, é bem comum também nos depararmos com situações concretas nas quais a deliberação assemblear ainda não foi tomada, mas, em razão de sua ocorrência ser iminente, ser necessário pleitear perante o Poder Judiciário uma medida urgente. Nesses casos, a demanda judicial sempre terá de cumular dois pedidos, um de natureza inibitória, para que não ocorra a deliberação (obrigação de não fazer) e outro de natureza desconstitutiva, para que uma vez ocorrida, seja ela anulada (anulação do ato jurídico). Dessa forma, a problemática da carga condenatória ao mandado fica superada, já que o pedido contido na petição inicial cumula as tutelas inibitória e desconstitutiva.

Por outro lado, outra questão de relevante aplicação prática se coloca se nos utilizarmos do exemplo *supra* citado de deliberação que tem por objetivo aprovar aumento de capital na sociedade, mas agora pressupondo-se que a Assembleia Geral está na iminência de ocorrer. Nesse caso, será suficiente o pedido inibitório, que tem por objetivo impedir que seja deliberado tal aumento de capital e poderá vir acompanhado de medidas coercitivas tipicamente mandamentais, tais como a proibição de não deliberar (obrigação de não fazer) ou até mesmo a imposição de *astreinte* para efetivo cumprimento da ordem.

Contudo, se apenas esse pedido inibitório foi realizado, caso a deliberação já tenha ocorrido antes de ser proferida decisão no processo ou sem que a sociedade tenha sido regularmente intimada da decisão concessiva da medida urgente, a

única medida a ser efetivada no processo será, então, a conversão da obrigação de não fazer em perdas e danos, nos termos do art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil³⁵⁵.

Por essa razão é que não cabe extinguir o processo sem julgamento do mérito por perda de objeto. Nesse caso, não há propriamente a perda de objeto, já que a obrigação específica, pela própria lei, pode ser convertida em perdas e danos se o autor assim o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

E não há de ser diferente no âmbito societário. Seguindo no exemplo *supra* mencionado, se por algum motivo não ter sido possível a suspensão por medida urgente da deliberação acerca do aumento de capital e tenha ela sido efetivada de forma irreversível no mundo dos fatos, o acionista prejudicado poderá ter direito à conversão em perdas e danos daquela referida obrigação específica. Isso poderá ocorrer de diversas formas, de acordo com o caso concreto, como p.ex., pelo recebimento em pecúnia das quantias referentes à participação societária perdida ou até mesmo na forma de recebimento de novas ações da sociedade, a fim de garantir a manutenção de sua participação societária anterior ao aumento de capital.

De qualquer forma, os danos devem ser apurados nos próprios autos, em regular instrução probatória sob contraditório em processo de liquidação de sentença³⁵⁶, com a produção da prova não só do *an debeatur*, como também do *quantum*.

³⁵⁵- “Art. 461, § 1º. A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

³⁵⁶- “Recurso especial. Civil. Processual civil. Locação. Violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. Súmula 284STF. Súmulas 5 e 7/STJ. Inaplicabilidade. Contrato de locação. Natureza. Irrelevância para a concessão de tutela específica. Arts. 461 e 461-A do diploma processual. Norma plúrima de aplicação conjunta. Óbices fáticos e contratuais ao cumprimento específico. Conversão em perdas e danos. Cálculo na forma de lucros cessantes. Cabimento. Desnecessidade de prova pericial. Prazo total de 10 anos. Manutenção dos critérios fixados na sentença. Honorários advocatícios. Fixação sobre o valor da condenação. 1. O art. 535 do Código de Processo Civil, muito embora indicado pela recorrente como violado, não mereceu atenção em suas razões recursais, daí porque não há como analisar possível ofensa a este artigo, incidindo, no caso, por analogia, a Súmula 284STF. 2. Estando delineada nos autos a situação fática e não tendo a recorrente pretendido nenhum reexame da questão sob o ponto de vista probatório, é de se afastar a aplicação das Súmulas 5 e 7/STJ, notadamente porque as questões controvertidas no presente recurso especial dizem respeito tão somente a teses jurídicas, que têm, por lógico, um substrato fático ensejador de aplicação da norma jurídica, como sói acontecer com toda pretensão jurídica lançada a conhecimento do Poder Judiciário. Precedentes. 3. Debate doutrinário sobre a natureza do contrato de locação que não influencia sobre a aplicabilidade do art. 461 do Código de Processo Civil às pretensões de tutela específica em caso de descumprimento de avença locativa. 4. As normas do art. 461 e do art. 461-A do Diploma Processual têm como pano de fundo a mesma interpretação lógica. É dizer: os dois artigos formam, na verdade, um todo único em que, quando se tratar de obrigação de fazer, não-fazer, dar ou entregar coisa, pode ser determinada a tutela específica da obrigação, porquanto o comando

Essa medida é de iniciativa do interessado ou pode partir do próprio juiz sem provocação da parte, já que a própria lei dispõe que essa conversão é automática.³⁵⁷

normativo inserto nos referidos dispositivos consubstanciam uma norma plúrima de aplicação conjunta. 5. Todavia, no caso, há dois óbices fáticos ao cumprimento específico da obrigação, quais sejam, a instalação de outra loja com o mesmo objetivo no mesmo local (hall do Hotel Marriott no Rio de Janeiro) e a informação lançada pelo acórdão recorrido de que no local em que seria instalada a loja da recorrente há hoje um Bar em funcionamento. 6. Ademais, em consonância com o primeiro óbice fático apontado, tem-se que há dois contratos firmados com cláusula de exclusividade, com o mesmo objetivo, pela mesma contratante com locatários diversos, denotando a impossibilidade contratual de se determinar o cumprimento da obrigação específica. 7. Portanto, o cumprimento específico da obrigação, no caso, demandaria uma onerosidade muito maior do que o prejuízo já experimentado pela recorrente, razão pela qual não se pode impor o comportamento que exige o ressarcimento na forma específica quando o seu custo não justifica a opção por esta modalidade ressarcimento, devendo, na forma do que determina o art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil, ser convertida a obrigação em perdas e danos. Doutrina. 8. Superado o pedido principal do recurso especial de concessão de tutela específica, é possível a fixação de lucros cessantes a título de conversão da obrigação em perdas e danos. 9. O indeferimento da prova pericial não impede a configuração dos lucros cessantes, que poderão ter seu montante apurado em liquidação de sentença, sobretudo porque, em certos casos, referido dano pode ser aferido até mesmo da experiência comum. Precedente. 10. O prazo de duração da locação referido como de 5 (cinco) anos renováveis automaticamente por mais 5 (cinco) deve ser computado como um total de 10 (dez) anos para efeitos de cálculo de lucros cessantes e não ser limitado apenas ao primeiro quinquênio contratual. 11. Não há que se alterar os parâmetros utilizados pela sentença para o cálculo dos lucros cessantes quando estes exprimem com exatidão as perdas do locatário. 12. Este Tribunal tem jurisprudência consolidada no sentido de que havendo condenação, os honorários devem ser fixados sobre esta e não sobre o valor da causa. 13. Recurso especial provido” (REsp n. 898.184-RJ, 6ª T., rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. 24.6.2008, DJe 4.8.2008).

³⁵⁷ - Pela possibilidade da conversão em perdas e danos por iniciativa do juiz, a jurisprudência é farta. Confira exemplos elucidantes: “Recurso especial. Contrato de fornecimento de revistas. Obrigação de fazer. Comprovação, pela editora-ré, da inviabilidade econômica do cumprimento da obrigação, em razão de onerosidade excessiva. Art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil. Necessidade de incursão no conjunto fático-probatório. Impossibilidade, na presente via recursal. Óbice do enunciado n. 7 da Súmula/STJ. Impossibilidade da concessão de tutela específica e da obtenção do resultado prático equivalente. Conversão da obrigação em perdas e danos. Possibilidade, inclusive de ofício. aplicação do direito à espécie. Possibilidade, in casu. Recurso especial parcialmente provido. I - A alteração das conclusões do acórdão recorrido no sentido de que a Editora recorrida teria comprovado suficientemente nos autos a impossibilidade econômica de continuar a cumprir a obrigação da fazer, implicaria o reexame do conjunto fático-probatório (Súmula 7/STJ); II - Independentemente de a impossibilidade ser jurídica ou econômica, o cumprimento específico da obrigação pela recorrida, no caso concreto, demandaria uma onerosidade excessiva e desproporcional, razão pela qual não se pode impor o comportamento que exige o ressarcimento na forma específica quando o seu custo não justifica a opção por esta modalidade ressarcimento; III - É lícito ao julgador valer-se das disposições da segunda parte do § 1º do art. 461 do Código de Processo Civil para determinar, inclusive de ofício, a conversão da obrigação de dar, fazer ou não-fazer, em obrigação pecuniária (o que inclui o pagamento de indenização por perdas e danos) na parte em que aquela não possa ser executada; IV - Na espécie, a aplicação do direito à espécie por esta Corte Superior, nos termos do art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, afigura-se possível, tendo em conta os princípios da celeridade processual e da efetividade da jurisdição; V - Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp n. 1.055.822-RJ, 3ª T., rel. Min. MASSAMI UYEDA, j. 24.5.2011, DJe 26.10.2011). “Execução

Por essa razão é que nessas circunstâncias é aconselhável cumular a obrigação de não fazer com um pedido desconstitutivo, uma vez que, se realizada a deliberação por qualquer motivo (inclusive por meio de indeferimento liminar da medida urgente), haja pedido para que esse ato jurídico seja ulteriormente anulado sem a necessidade de propositura de nova demanda.

18-

REGIME DE NULIDADES NO DIREITO SOCIETÁRIO E SEUS REFLEXOS NAS MEDIDAS URGENTES

Sem a pretensão de abordar profundamente o regime das nulidades no direito societário, tema esse tortuoso no campo do direito material assim como no direito civil. É importante tratar do assunto e verificar eventuais reflexos no âmbito do direito processual. Afinal, por se tratar de tese de direito processual, nem caberia aqui uma investigação a fundo sobre o tema à luz do direito material.

Sob a ótica do Direito Civil (NCC, arts. 166 e ss.) as nulidades viciam o ato radicalmente, impedem desde logo que produza qualquer efeito e por isso deve ser apreciadas pelo juiz a todo tempo, até mesmo de-ofício ou incidentemente ao julgamento de qualquer causa; as anulabilidades não impedem que o ato produza efeitos

por título judicial. Obrigação de fazer. Conversão em perdas e danos de ofício nos próprios autos da execução. Admissibilidade, em se tratando de impossibilidade de cumprimento da tutela específica. Inteligência do §1º do art. 461 do Cód. de Proc. Civil - Agravo improvido” (TJ-SP, AI n. 7.307.895-0/01, 14ª Câm. De Dir. Priv., rel. Des. JOSÉ TARCISO BERALDO, j. 18.2.2009). “Apelação. Ação ordinária. Obrigação de fazer e entregar coisa certa. Impossibilidade da tutela específica. Conversão ex officio em perdas e danos. Sentença mantida. Ao concluir o douto julgador que a parte autora faz jus ao acolhimento do pleito inicial e, outrossim, ao constatar, em atenção ao princípio da efetividade, a impossibilidade da tutela específica, nos termos abalizados na exordial, bem como a inviabilidade de obtenção do resultado prático a ela concernente, irrepreensível se torna sua diligência no sentido de aplicar do preceito disposto no artigo 461-A, parágrafo 3º, combinado com o artigo 461, parágrafo 1º, do CPC, qual seja, a conversão ex officio da condenação da requerida em perdas e danos” (TJ-MG, Apel. n. 1.0145.03.061448-4/001(1), 18ª Câm. Cív., rel. Des. JOSÉ OCTÁVIO DE BRITO CAPANEMA, j. 12.12.2006, DJ 30.1.2007). Obrigação de fazer. Perdas e danos. Conversão. Ainda que não tenha havido requerimento expresso, foi adequada a conversão de ofício, uma vez que tratando-se de aparelho eletrônico adquirido em 16.2.2005, a demora na solução judicial e a rápida evolução tecnológica, afastam a possibilidade da obtenção do resultado prático se a obrigação for a substituição da coisa. Porém, o pagamento fica condicionado à entrega do aparelho recebido, com seus acessórios, ou então à prova da alegação da autora de que com a rescisão do contrato pagou pelo aparelho defeituoso - recurso parcialmente provido” (TJ-SP, Recurso n. 8.477, 1ª Turma do Colégio Recursal, rel. Juiz ALCIDES LEOPOLDO E SILVA JÚNIOR, j. 16.12.2008).

enquanto alguma sentença não lho retirar. O ato ingressa eficaz no mundo jurídico e assim permanece enquanto não desconstituído.³⁵⁸

Nesse passo, a sentença de desconstituição do negócio anulável é sentença constitutiva a ser pronunciada sobre o específico pedido de anulação do ato; já a sentença de nulidade é meramente declaratória. Ou seja, a pronúncia da anulabilidade deve ser feita sempre em caráter principal; já a pronúncia da nulidade pode ser reconhecida *incidenter tantum* e de ofício pelo juiz.³⁵⁹

A lei societária não faz menção expressa a ações de nulidade ou anulabilidade do ato societário, nem tampouco traz um elenco de causas que geram a sua nulidade ou a anulabilidade. Muito pelo contrário. A referência existente é aquela do art. 286 da Lei das S/A, que assim dispõe: “Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação”. Ou seja, trata da ação de anulação de deliberação assemblear como medida indistintiva para o acionista questionar a validade das deliberações sociais nulas e anuláveis.

A lei societária, como se percebe, distanciou-se do direito civil ao disciplinar apenas a ação de anulação de deliberações. NELSON EIZIRIK pondera que “o regime das nulidades no Direito Societário é diferente daquele que prevalece no Direito Civil, tendo em vista a necessidade de se preservar a estabilidade dos negócios realizados

³⁵⁸ - Nesse sentido ORLANDO GOMES: “o negócio anulável produz efeitos até ser anulado. Não nasce morto, como o negócio nulo. Se sua anulação não for promovida pelo interessado, produzirá a eficácia do ato válido. Para que seus efeitos sejam paralisados, há necessidade de uma sentença rescisória” (ORLANDO GOMES, Introdução ao direito civil, 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 490).

³⁵⁹ - Assim é o entendimento de ANDREA TORRENTE e PIERO SCHLESINGER no sentido de que “l’azione tendente a far annullare un negozio — l’azione di annullamento — é una’azione costitutiva (...) in quanto non si limita a far accertare la situazione preesistente, ma mira a modificarla: il negozio aveva prodotto i suoi effetti, la sentenza di annullamento li elimina” (ANDREA TORRENTE e PIERO SCHLESINGER, Manuale di diritto privato, 13ª ed., Giuffrè, Milano, 1990, p. 270). No mesmo sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO quando afirma que declarar nada mais é que fazer conhecer a outrem o que o declarante pensa de um fato, de uma alegação, de uma pessoa ou de um direito (CARNELUTTI). Quando quem declara é o juiz, sua declaração é imperativa e impõe-se como tal às partes, eliminando possíveis situações de incerteza (crises de certeza) e pondo em seu lugar a certeza. A incapacidade do ato nulo a produzir efeitos é um dado pretérito em relação à sentença que somente a declara, ou seja, é um dado anterior à sentença que nada mais faz que atestar essa ineficácia. Ao contrário, anular é desconstituir efeitos. O vício é pretérito em relação à sentença, mas a ausência de efeitos não o é: a sentença desconstitutiva é o fator imediato da supressão de eficácia ao ato anulável (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, vol. II, Malheiros, São Paulo, 2001, pp. 577 e ss.).

pelas companhias, que afetam não apenas elas próprias e seus acionistas, mas também um grande número de terceiros”.³⁶⁰

Segundo a doutrina, um dos motivos para esse afastamento é a necessidade de os atos societários se submeterem ao regime rigoroso do direito civil quanto à nulidade absoluta, já que seria necessário e com frequência o reconhecimento de efeitos de atos que, para o direito civil, seriam nulos ou inexistentes. Esse distanciamento teria também como objetivo possibilitar as convalidações desses atos inquinados de eficácia sob a ótica do direito civil, impedindo sua retroatividade.³⁶¹

Nessa esteira, WALDIRIO BULGARELLI sustenta a insuficiência da doutrina clássica para explicar e justificar diversos aspectos da teoria da nulidade no âmbito societário.³⁶²

Por essa razão é que NELSON EIZIRIK, com ressalvas, ressalta a aplicação ao direito societário do regime geral de anulabilidades dos atos viciados ou defeituosos (nulidade relativa), mas não o da nulidade absoluta.³⁶³ O critério de aplicação da teoria do direito comum às sociedades é a de não atribuir efeitos retroativos a eventual anulação de deliberações sociais.³⁶⁴ Isso se deve à necessidade de se evitar a ocorrência de distúrbios às atividades empresariais e à dificuldade de ordem prática do retorno ao *status quo ante*. É de se pressupor também a ocorrência de inúmeros prejuízos à sociedade e a uma infinidade de terceiros, decorrentes de uma decisão judicial de anulação de deliberação social depois de anos que tal ato já deflagrou efeitos.³⁶⁵

³⁶⁰ - NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 591.

³⁶¹ - WALDIRIO BULGARELLI, “Anulação de assembleia geral de sociedade anônima”, in RT 514/63. Também pela necessidade de afastamento do direito societário do sistema de nulidades do direito comum: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA, “Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares”, in Revista de Direito Mercantil n. 134, abril-julho 2004, pp. 12-13. O autor menciona, de início, a necessidade de se encurtar consideravelmente os prazos para anulação de deliberações, em nome da segurança e estabilidade que o direito societário requer.

³⁶² - WALDIRIO BULGARELLI, “Anulação de assembleia geral de sociedade anônima”, in RT 514/63.

³⁶³ - NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 591.

³⁶⁴ - Por essa razão, NELSON EIZIRIK afirma que a única hipótese de nulidade absoluta no direito societário seria o de disposição estatutária contrária à lei. Nesse caso, o autor afirma que um estatuto ilegal não tem mesmo como existir como norma jurídica e dele não se pode extrair qualquer efeito válido (NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 592).

³⁶⁵ - A respeito dos efeitos perniciosos desse lapso temporal: WALDIRIO BULGARELLI, “A falácia do dividendo obrigatório”, in Estudos e pareceres de direito empresarial (o direito da empresas), RT, São Paulo, 1980, p. 156.

No direito italiano, após a reforma de 2003 pelo Decreto Legislativo n. 6 de 17 de janeiro de 2003, promulgado em decorrência da Lei 366 de 3 de outubro de 2001, foi modificado o art. 2377 do Código Civil Italiano que previu que a deliberação não poderia ser anulada (n. 1) pela participação em assembleia de pessoas não legitimadas, exceto se tal participação houver sido determinante para a instalação da assembleia, (n. 2) pela invalidade dos votos individuais de acionistas ou por erro em sua contagem, salvo se esses mesmos votos ou erro foram determinantes para o resultado da deliberação havida em assembleia e (n. 3) por inexatidões ou deficiências da ata da assembleia, desde que não comprometa a correta interpretação do conteúdo do que foi deliberado ou mesmo a sua validade ou eficácia. É prevista ainda a possibilidade de, no curso de uma ação de anulação de deliberação assemblear, possa a sociedade convalidar a deliberação, deliberando novamente sobre o tema e sanando os vícios anteriormente existentes. Nesse caso, a demanda judicial deverá ser extinta sem julgamento do mérito pela perda de seu objeto, ressalvada a apuração de responsabilidade pelos danos causados e pelo respectivo ressarcimento.

No que se refere às nulidades absolutas, a modificação do art. 2379 e a introdução do art. 2379-*bis* e *ter*, todos do Código Civil Italiano trouxe muitas inovações quanto às hipóteses de anulação de deliberações, a qual ficou restrita aos seguintes casos: falta de convocação de assembleia, ausência de ata ou impossibilidade ou ilicitude do objeto.

Quanto à falta de convocação, havendo convocação irregular, mas com aviso formal da administração que permita a ciência da data, local e objeto das deliberações da assembleia, as deliberações nelas tomadas não serão nulas. Da mesma forma, quem concordou com o ato mesmo depois da assembleia não pode requerer sua anulação, porque nesses casos a nulidade seria convalidada. Com relação à ausência de ata, existe a possibilidade de ela ser lavrada antes da próxima assembleia, possibilitando assim a convalidação do ato com efeitos retroativos.³⁶⁶ Por fim, no que tange à impossibilidade ou ilicitude do objeto, se não ajuizada demanda de anulação no prazo estabelecido pela lei (para anulação das deliberações que demandam registro é de três meses e nas que não demandam registro é de 90 dias contados da deliberação), se opera a

³⁶⁶- ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA, “Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares”, in Revista de Direito Mercantil n. 134, abril-julho 2004, p. 18.

convalidação do ato, exceção feita à hipótese de ilicitude do objeto social que pode ser alegada a qualquer momento e não convalesce.³⁶⁷

Em quaisquer desses casos de convalidação, a lei impõe o respeito e garante os interesses dos terceiros de boa-fé que, eventualmente, tenham sido prejudicados em decorrência dessas deliberações.

Comentando o sistema italiano de invalidades de deliberações sociais, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA ressalta os prazos decadenciais curtíssimos, irretroatividade da invalidade em certos casos, ampla possibilidade de sanção do vício mesmo se tratando de nulidade absoluta em certos casos, diverso enfoque da distinção entre atos nulos e anuláveis e inatingibilidade de terceiros de boa-fé em certos casos.³⁶⁸ Contudo, o autor mesmo afirma que é cedo para testar a eficácia do novo sistema.

Encontra-se superada na doutrina portuguesa a distinção de deliberações nulas ou anuláveis para fins do pedido de suspensão tendo em vista a nova redação do art. 396, n. 1, do Código de Processo Civil português, que trouxe um conceito amplo de ilegalidades que podem ser objeto desse pedido. Contudo perante uma deliberação considerada ineficaz, poder-se-ia pensar que por não produzir efeitos, não poderia ser objeto do pedido de suspensão. Contudo, como bem ressalta ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, trata-se de um silogismo porque tais decisões, apesar de legalmente não deflagrarem efeitos, efetivamente conduzem a consequências de ordem prática cuja suspensão pode se revelar de grande utilidade prática. Por essa razão, as determinadas deliberações tem-se admitido o pedido de suspensão para repelir seus efeitos práticos que possam erigir da sua execução.³⁶⁹

³⁶⁷ - ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA, “Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares”, in Revista de Direito Mercantil n. 134, abril-julho 2004, p. 19.

³⁶⁸ - ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA, “Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares”, in Revista de Direito Mercantil n. 134, abril-julho 2004, pp. 13-14. No direito italiano, o prazo para anulação das deliberações que demandam registro é de três meses e nas que não demandam registro é de 90 dias contados da deliberação. Contudo, como bem ressaltado por ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA, não há razão para a fixação de prazos diversos nesse caso (ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA, “Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares”, in Revista de Direito Mercantil n. 134, abril-julho 2004, p. 17). O autor também dá conta da adoção desses mesmos prazos no direito alemão e francês (p. 19).

³⁶⁹ - ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, Temas da reforma do processo civil, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 77-78). Segundo o autor, “tudo quanto se disse sobre as deliberações ineficazes pode ser transposto para o domínio das deliberações que devam ser reputadas como inexistentes, mas cuja execução, apesar disso, possa repercutir-se negativamente na esfera jurídica dos interessados” (ANTÓNIO SANTOS ABRANTES

Por essa razão também é que se mostra não só de importância ímpar a necessidade de medidas urgentes no âmbito societário (para obstar a deflagração de efeitos de deliberação viciada), como também da preferência que se deve dar à recomposição do dano ao invés da tutela específica em casos nos quais a medida urgente por algum motivo não foi obtida liminarmente.

Na esfera do direito societário há ampla possibilidade de sanção dos vícios, ainda que se trate de defeitos que, nos termos do direito civil, acarretariam nulidade absoluta. Essa capacidade de rever seus próprios atos é decorrente da necessidade de serem não só mantidos os negócios sociais, como também pelos prejuízos que sua anulação poderiam acarretar a uma infinidade de terceiros. Aliás, não é por outro motivo que a assembleia geral, ressalvado direito de terceiros, pode rever suas deliberações, para anular, retificar ou ratificá-las, desde que no interesse social.³⁷⁰

Nada obstante esse distanciamento, não é de se negar que na prática verifica-se a confusão entre conceitos de nulidade e anulabilidade quando a lei societária faz alusão à ação de anulação de deliberações sociais.³⁷¹ PRISCILA CORREA DA FONSECA noticia a possibilidade de pleitear-se a nulidade das deliberações sempre que estas não se revestirem se seus elementos essenciais. Menciona também outras hipóteses, tais como: ilicitude ou impossibilidade de seu objeto, quando não se revestirem na forma da lei, com a preterição de determinada solenidade que a lei considere essencial à sua validade, se a lei a considerou nula por qualquer motivo ou ainda que ofenda normas de ordem pública.³⁷²

Nessa linha de raciocínio, não obstante o silêncio da lei, a violação da lei societária ou dos estatutos (inclusive com relação às regras pertinentes à convocação e instalação de assembleia) enseja nulidade e não anulabilidade da deliberação social.³⁷³ Em linhas gerais, a regra é de que quando a lei tutela interesses gerais da coletividade, há nulidade; quando tutela o interesse de um determinado indivíduo, há anulabilidade.³⁷⁴

GERALDES, Temas da reforma do processo civil, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 79).

³⁷⁰- NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 593.

³⁷¹- FABIO KONDER COMPARATO, “Sociedade anônima – Ações ao portador, inexistência de quase-usufruto, limites ao exercício dos direitos do usufrutuário”, parecer, in RT 507/45.

³⁷²- PRISCILA CORREA DA FONSECA, Suspensão de deliberações sociais, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 152.

³⁷³- PRISCILA CORREA DA FONSECA, Suspensão de deliberações sociais, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 153.

³⁷⁴- ZENO VELOSO, Invalidade do negócio jurídico, 2ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2005, p. 213. Reconhecendo haver vinculação entre os interesses protegidos e as deliberações sociais

Seria anulável, então, a deliberação que despreza direito de preferência de determinado acionista; seria nula se houver modificação estatutária que retira direito de preferência de qualquer acionista.³⁷⁵ Portanto, as deliberações simplesmente anuláveis seriam, p. ex., aquelas eivadas de vício de consentimento ou que estão fundadas em abuso do direito de voto. Nesse último caso, por se tratar de ato violador da lei, em tese, deveria então ensejar nulidade e não anulabilidade. Isso porque, constitui caso típico no qual o legislador optou por inquiná-lo de anulabilidade e não de nulidade.³⁷⁶ É o que se depreende do art. 115, §4, da Lei das S/A.³⁷⁷

De qualquer forma, em ambos os casos, tais votos (aqueles eivados de vício de consentimento ou em abuso) somente gerarão a anulação da deliberação se numericamente contribuíram e foram determinantes para formar a maioria da deliberação. Caso tenham sido voto vencido, a deliberação continua hígida. Da mesma forma não haverá anulação da deliberação se, acompanhando a maioria, esta última não for obtida com seu cômputo.

Deliberações nulas, em tese, não deflagram efeitos. Já as anuláveis, sim, até que sejam anuladas. Essa é a regra geral e que dispensam maiores tergiversações. Sob esse raciocínio, há doutrina que sustenta a desnecessidade de sustação de efeitos das deliberações nulas, já que desses atos nenhum efeito se deflagra. E se fosse admitida, não poderia se falar em suspensão da eficácia dessas decisões.³⁷⁸

nulas, anuláveis e inexistentes: VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 121 e ss..

³⁷⁵ - PRISCILA CORREA DA FONSECA, *Suspensão de deliberações sociais*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 153.

³⁷⁶ - Nulidade e anulabilidade são conseqüências atribuídas pela lei a certas invalidades dos negócios jurídicos (NCC, arts. 166 e ss.), também discriminadas de modo minucioso nos textos legais. Na premissa de que invalidade é o vício intrínseco de um ato, compete ao legislador estabelecer ao seu critério quais defeitos conduzem à sua nulidade e quais defeitos geram a sua anulabilidade. Foi exatamente isso que o legislador societário fez nesse caso.

³⁷⁷ - O art. 115, §4, da Lei das S/A assim dispõe: “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (...) § 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido”.

³⁷⁸ - VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, “O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais”, *separata Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, 1978, pp. 20-21. PRISCILA CORREA DA FONSECA aponta ainda farta lieteratura sobre o assunto: PRISCILA CORREA DA FONSECA *Suspensão de deliberações sociais*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 154.

Esse é um dos motivos e exemplos com que o direito societário houve por bem disciplinar uma regra distanciada da lei civil para as nulidades. No campo dos fatos e na vida real, tais atos deflagram sim efeitos e possuem uma capacidade danosa em sua execução, que geram não só danos patrimoniais, como também de efeitos jurídicos extrapatrimoniais e na esfera de direitos subjetivos de terceiros. A doutrina a esse respeito lembra que, apesar de em tese não produzir efeitos, os atos nulos podem causar prejuízos.³⁷⁹

A questão então não reside na deflagração ou não de efeitos do ato nulo, mas sim na sua eficácia programada de não produzir efeitos (o que é compatível com a ideia de que em determinados casos os atos nulos chegam a deflagrar efeitos no mundo dos fatos).³⁸⁰ Nessa concepção é que TULLIO ASCARELLI pondera: “não é que o ato não produza efeitos porque nulo; o que se dá é que, quando a norma impõe a falta de efeitos, dizemos nulo o ato; por nulidade designamos, pois, a disciplina dos efeitos do ato (fattispecie)”.³⁸¹

Dessa forma, seja pela capacidade de produzir efeitos na vida real, alguns deles gerando danos concretos, seja para afastar a mera aparência de legalidade, deve-se admitir a suspensão dos efeitos de deliberação nula de pleno direito ou inexistente.

³⁷⁹- PRISCILA CORREA DA FONSECA *Suspensão de deliberações sociais*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 155.

³⁸⁰- Para PONTES DE MIRANDA “a nulidade diz respeito à falta de pressupostos de validade” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, V, 3ª ed. (reimpr.), RT, São Paulo, 1980, p. 71).

³⁸¹- TULLIO ASCARELLI, “Inesistenza e nullità”, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, p. 63. No mesmo sentido: VITTORIO DENTI, “Inesistenza degli atti processuali civili”, n. 2, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VIII, Utet, Torino, 1962, p. 636.

CAPÍTULO IV
TUTELA DA EVIDÊNCIA NO DIREITO
SOCIETÁRIO

19-
TUTELA DA EVIDÊNCIA NO CONTEXTO DA QUEBRA DA ORDINARIEDADE DO SISTEMA

Na linha do quanto já abordado no presente trabalho, processo justo³⁸² é também processo célere e apto a fornecer uma tutela jurisdicional tempestiva às partes, satisfazendo a pretensão de direito material dentro dos limites impostos pelos princípios e garantias contidos na Constituição Federal.³⁸³

Nesse contexto estão inseridas as chamadas tutelas diferenciadas³⁸⁴, pelas quais o resultado do processo seria abreviado, com a concessão antecipada da tutela pretendida pela parte ou ainda preservando a eficácia da sentença final. A entrega da prestação jurisdicional ocorre, portanto, com base na urgência e com base na evidência do direito invocado pela parte.³⁸⁵ Como se percebe, o fator tempo exerce influência relevante na caracterização das tutelas diferenciadas, na medida em que constitui o fator preponderante a ser combatido em nome da tutela jurisdicional efetiva e justa.

Assim, a tutela de urgência, baseada no binômio perigo de dano irreparável e verossimilhança das alegações, já amplamente adaptada ao sistema processual infraconstitucional, autoriza a abreviação dos resultados do processo sempre com base na

³⁸²- SERGIO CHIARLONI, “Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione”, Revista de Processo, n. 152/87-108, out. 2007.

³⁸³- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O futuro do processo civil brasileiro”, in Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol. II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 730.

³⁸⁴- JOSÉ ROBERTO DO SANTOS BEDAQUE bem coloca a questão como sendo “uma das formas de abreviar o resultado pretendido com a propositura de uma demanda” (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, pp. 338).

³⁸⁵- “A tutela diferenciada funda-se ora na urgência da entrega da prestação jurisdicional, ora na evidência de que o direito afirmado existe. Teríamos, pois, duas espécies de tutela diferenciada, a tutela de urgência e a da evidência” (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, p. 338). No mesmo sentido: ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, “Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares”, in Inovações do Código de Processo Civil, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1996, pp. 13 e ss., coord. José Carlos Teixeira Giorgis.

concorrência dos elementos desse binômio, estabelecendo uma relação de interdependência entre ambos.³⁸⁶

Nos últimos tempos tem-se verificado um verdadeiro movimento de atendimento aos anseios da sociedade por um processo mais célere e com resultados mais rápidos diante de direitos evidentes, com a valorização dos juízos de verossimilhança, muitas vezes em desprezo à situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. A base desse movimento é a injustiça na espera pelo processo por aquele que aparenta claramente ter razão.

Em interessante estudo empírico a respeito das liminares, EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA aponta uma tendência da prática judiciária no sentido de desprestígio da idéia de concorrência entre os requisitos da verossimilhança do direito e do perigo de dano.³⁸⁷ Ou seja, tais requisitos, na prática, têm assumido uma relação de complementação mútua, com a qual a ausência ou presença minguada de um requisito seria suprida pela presença exagerada do outro, com o foco de atenção sendo desviado para o *fumus boni iuris*, como se o *periculum in mora* não fosse, propriamente, um requisito para a concessão da liminar.³⁸⁸

Segundo o autor, “nos casos de tutelas de evidência, por exemplo, embora premido por uma cognição ainda não plena, o juiz defronta-se com uma pretensão de direito material cuja existência é quase certa. Isso é muito comum, por exemplo, nas demandas em que a petição inicial já conta com provas robustas, ou preconstituídas, dos fatos constitutivos do direito alegado pelo autor”.³⁸⁹ Tais casos elencados pelo autor são aqueles com direito reconhecido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, em Ação Direta

³⁸⁶ - Pela adoção do critério de concorrência entre os “pressupostos cautelares” (*fumus* e *periculum*), em crítica ao de subordinação: JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS, “Las relaciones entre *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. ¿Interdependencia o subordinación?”, in Tutelas de urgência e cautelares, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 810, coord. Donaldo Armelin).

³⁸⁷ - “Os tribunais não tratam o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* como requisitos autônomos entre si, tal como quer fazer crer a letra fria dos textos normativos” (EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, “O direito das liminares e a sua estrutura tópico-argumentativa” in Tutelas de urgência e cautelares, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 455, coord. Donaldo Armelin)

³⁸⁸ - “Basta para a doutrina tradicional a falta de um desses requisitos para que a liminar deixe de ser concedida: se estiverem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o juiz tem o dever de conceder a medida; se um dos requisitos estiver ausente, o juiz está proibido de concedê-la (modelo mecanicista). Entretanto, a prática judiciária revela outra realidade” (EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, “O direito das liminares e a sua estrutura tópico-argumentativa” in Tutelas de urgência e cautelares, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 455, coord. Donaldo Armelin).

³⁸⁹ - EDUARDO JOSÉ DA FONSECA COSTA, “O direito das liminares e a sua estrutura tópico-argumentativa” in Tutelas de urgência e cautelares, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 455, coord. Donaldo Armelin.

de Inconstitucionalidade, Súmulas dos Tribunais, etc. e versando sobre questões tributárias, previdenciárias, de massa meramente de direito.

Esse posicionamento da prática judiciária de valorização da tutela da evidência e sua consequente desvinculação do *periculum in mora* foi também observado por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. Em situações nas quais se entendeu pela evidência do direito da parte, o Tribunal houve por bem antecipar os efeitos da tutela jurisdicional somente por conta do alto grau de verossimilhança do direito da parte e dos genéricos prejuízos decorrentes da espera do processo.³⁹⁰

A grande realidade é que esse movimento constitui uma tendência de evolução das tutelas diferenciadas, caracterizada pelo afastamento da necessidade de urgência para aproximar-se da evidência, como um passo a mais do *fumus boni iuris*. Por essa evolução, tende-se a tutelar os direitos de quem pede o provimento somente pela sua provável existência, já sendo possível verificar a progressiva saída da tutela antecipatória do âmbito da tutela de urgência para direcioná-la também ao da tutela da mera evidência.

O termo tutela da evidência, por se tratar de uma criação doutrinária em construção, ainda constitui um termo vago e ávido por uma regulação legislativa que venha a delimitar seus contornos. De qualquer forma, no plano fático (e não no plano objetivo normativo como bem ressalta LUIZ FUX), direito evidente seria aquele evidenciado por meio de provas, já que os fatos são levados ao juiz por meio delas. No plano processual, direito evidente, portanto, seria aquele que “cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impossíveis de contestação séria”.³⁹¹ Assim, a evidência do direito será tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção.

Nessa linha, a evidência tem vez no direito demonstrado *prima facie* por prova documental que o consubstancie em líquido e certo (na linha do mandado de segurança), nos fatos incontroversos, notórios ou ainda quando se verificar manifesta ilegalidade quanto a questão meramente de direito (como na violação de literal disposição de lei ou ainda em casos de direitos ou demandas fulminadas pela prescrição ou decadência). O casuísmo nos leva longe, como também na produção antecipada de provas,

³⁹⁰ - JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, nota 314, pp. 227-228.

³⁹¹ - LUIZ FUX, *Tutela de segurança e tutela da evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 311.

na prova emprestada, nos fatos acobertados pela coisa julgada em outro processo, nos fatos sobre os quais incide presunção de fato ou de direito, etc..³⁹²

Ou seja, em determinados casos, percebe-se que o requisito da urgência passou a ser interpretado como se estivesse *in re ipsa*, ou seja, na própria existência do processo, de modo que a sua mera pendência já enseja a antecipação diante de um direito evidente ou direito com provas irrefutáveis.³⁹³ Esse “*super fumus boni iuris*”, ou seja, a verossimilhança das alegações munida de prova preconstituída que só não é capaz de gerar um juízo de certeza ao juiz porque este ainda não ouviu a parte contrária, daria ensejo à antecipação dos efeitos da tutela por si só, uma vez que o perigo de dano estaria incutido na própria necessidade de se aguardar o desfecho do arco procedimental de um processo judicial.

Sempre é possível pensar que, ao final do processo, aquele direito que no início parecia ser evidente, pode não ser. Contudo, apesar de essa situação ser residual, entre conceder imediatamente uma tutela a quem evidencia ter o direito e conceder apenas ao final, tendo submetido essa pessoa aos danos marginais decorrentes da espera do processo, é preferível submeter-se aos eventuais males decorrentes da primeira hipótese. Isso porque, essa problemática seria resolvida pelo direito às perdas e danos daquele que aparentava não ter o direito, mas que ao final do processo restou comprovado que o detinha. Segundo entendimento de LUIZ FUX, “a hipótese serve ao nosso desígnio de arrastar para os direitos evidentes o regime jurídico da tutela de segurança, no sentido da concessão de provimento imediato, satisfativo e realizador, com ordenação, admitindo-se na mesma relação processual eventuais perdas e danos caso advenha a reforma diante da situação irreversível ou não”.³⁹⁴

Esse movimento de verdadeiro abandono da ordinariedade como paradigma central do sistema processual civil brasileiro pode ser verificado também por propostas de alterações legislativas como a da estabilização da tutela antecipada,³⁹⁵ com o

³⁹²- LUIZ FUX, *Tutela de segurança e tutela da evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 311 e ss..

³⁹³- EDOARDO RICCI, “A evolução da tutela urgente na Itália”, in *Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva*, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 385, coord. Donaldo Armelin.

³⁹⁴- LUIZ FUX, *Tutela de segurança e tutela da evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 308-309.

³⁹⁵- A esse respeito confira: JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “Estabilização das tutelas de urgência”, in *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, DPJ, São Paulo, 2005, p. 674, coord. Fávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes.

que concorre com semelhante tendência na Itália,³⁹⁶ bem como o próprio anteprojeto do novo Código de Processo Civil.³⁹⁷

Além disso, é peculiar a nova forma de se identificar o requisito do *periculum in mora*, próxima da noção de dano marginal do processo, expressão essa atribuída a ENRICO FINZI por PIERO CALAMANDREI.³⁹⁸ O dano marginal, em sua acepção pura, é concebido como sendo os danos concretos decorrentes da demora do processo. Esses danos em concreto consistem, por exemplo, no processo de depauperamento do devedor e do correspondente desfacelamento da garantia patrimonial do credor, a desvalorização monetária e a inflação, a pendência do registro da demanda nos distribuidores, capaz de certo modo a gerar uma verdadeira indisponibilidade de bens à luz do direito imobiliário, como bem indicados por PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON.³⁹⁹

Perceba-se que tais exemplos, aos quais poder-se-ia acrescentar muitos outros, caracterizam o dano marginal do processo como sendo aquele dano concreto causado às partes litigantes ou ao próprio resultado do processo e não aqueles meramente potenciais em seu sentido abstrato.

É certo que a pendência de qualquer processo causa dissabores, incômodos e transtornos à vida das pessoas que nele litigam, mas nem por isso a mera espera do processo foi, por si só, alguma vez causa de prejuízos. A duração do processo constitui apenas e tão somente uma ocasião propícia durante a qual, juntamente com um evento determinado, pode-se produzir lesão a uma das partes. Por essa razão é que, como bem alerta PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, o sistema processual é responsável por definir precisamente a extensão temporal do processo considerada satisfatória para o Estado e legítima para os jurisdicionados.⁴⁰⁰

³⁹⁶- Uma questão, adotada pelo direito italiano e também pelo brasileiro, é com relação à estabilização dos efeitos das antecipatórias sem fazer coisa julgada (EDOARDO RICCI, “A evolução da tutela urgente na Itália”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 385, coord. Donaldo Armelin).

³⁹⁷- “As reformas do CPC não resolvem as críticas sociais à ineficiência da jurisdição, porém, denunciam a incompatibilidade da estrutura com os anseis atuais da sociedade” (RAFAEL CORTE MELLO, “Sentenças liminares ou sentenças parciais de mérito?”, in Tutelas de urgência e cautelares, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 969, coord. Donaldo Armelin).

³⁹⁸- PIERO CALAMANDREI, Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares, Servanda, Campinas, 2000, p. 37.

³⁹⁹- PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, RT, São Paulo, 2000, pp. 172-173.

⁴⁰⁰- Contudo, para o autor, “não existe processo no qual não se verifique, relativamente à parte vitoriosa, um dano provocado pela demora necessária para se conseguir a vitória.” (PAULO

E a regra geral do atual ordenamento jurídico brasileiro instituiu que a urgência a autorizar a antecipação da tutela não é aquela demora inerente a um processo comum ordinário. Essa demora é inerente ao princípio do devido processo legal, sem o qual não estariam garantidas às partes litigantes os meios e recursos inerentes ao contraditório e à ampla defesa.⁴⁰¹ A efetiva possibilidade de participação no resultado do processo e na atividade de cognição do juiz é o que legitima a autoridade e imperatividade dos provimentos jurisdicionais.⁴⁰²

Nesse sentido, o dano marginal do processo não é suficiente para dar ensejo às hipóteses concretas de antecipação da tutela com base na verossimilhança conjugada com a urgência. Da mesma forma, o mero dano marginal, na concepção de PIERO CALAMANDREI, não é aquele direto e que ataca o direito da parte ou o bem da vida buscado, causando danos irreparáveis ou de difícil reparação ou mesmo tornando a sentença final completamente inócua.

Segundo ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, a assertiva de que o tempo no processo seria um inimigo deveria ser recebida com ressalvas, já que, nada obstante seus efeitos deletérios sobre a efetividade da jurisdição e o direito das partes, é impossível que o processo não se alongue pelo seu próprio desenvolver. Quem deve ser considerado inimigo não é o tempo adequado e justificado pelo arco procedimental, mas tão somente aquele excessivo, sem razão ou desproporcional.⁴⁰³ Ou seja, para haver um processo em contraditório, é necessário esperar o desenrolar de atos e fatos jurídicos mínimos. Neutralizar totalmente os efeitos que esse tempo mínimo causa às partes é uma quimera.

HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, RT, São Paulo, 2000, pp. 172-173).

⁴⁰¹- “Por força da constitucionalização das garantias processuais, o princípio do contraditório passou a merecer especial atenção dos estudiosos, como o demonstra o grande número de dissertações e teses defendidas em nossos cursos de pós-graduação. Estudado a partir do binômio informação-reação, ganhou maior elastério para converter-se no trinômio informação-reação-participação. Mais explicitamente, passou a traduzir-se como informação necessária-reação possível-participação garantida” (JOÃO BATISTA LOPES, “Contraditório e abuso do direito de defesa na execução”, in *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira* RT, São Paulo, 2006, p. 332, coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier).

⁴⁰²- E nessa perspectiva não se pode admitir como efetiva participação a mera manifestação nos autos ou sua oitiva a respeito de determinado assunto; é inerente ao devido processo legal e ao direito de defesa a oportunidade de produzir provas, trazer elementos e fatos novos, em síntese, direito a um processo de cognição exauriente, seja ele de procedimento sumário ou ordinário.

⁴⁰³- ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, *Da antecipação de tutela*, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, pp. 1 e ss.

Os danos causados pela espera do arco procedimental do processo até a entrega da tutela jurisdicional, mas sem a aptidão de causar por si só dano irreparável ou de difícil reparação (o *periculum in mora*), é que são caracterizados como marginais. Ele é marginal porque decorrente da obrigação de a parte ter de aguardar o desfecho do processo, mesmo aparentando ter o direito, mas sofre danos concretos por isso.⁴⁰⁴

Trata-se, por outro lado, de um mero desconforto, quando muito qualificado, ou seja, capaz de gerar algumas consequências danosas à parte, mas incapaz de causar dano irreparável concreto ao próprio direito invocado ou de prejudicar eficácia do provimento jurisdicional.⁴⁰⁵ Esse desconforto, mesmo que possa ser revertido em benefício da parte contrária, não tem o condão de, apenas com base na verossimilhança das alegações, conferir à parte que aparente ter o direito de usufruir do bem da vida desejado. Ao menos é essa a premissa com que trabalha atualmente nosso ordenamento jurídico processual, baseada na *ordinariedade* e na participação das partes em seu resultado por meio do contraditório.

Ou seja, o autor que possui verossimilhança em suas alegações terá de aguardar o desfecho do processo, mesmo que isso gere a consequência danosa àquele primeiro, consistente na manutenção do bem da vida na esfera de direitos do réu, o que gera em contrapartida a este último inegável benefício.

⁴⁰⁴ - Como por diversos modos o tempo pode conduzir à frustração dos direitos das pessoas que buscam tutela através do processo, variados são também os instrumentos para neutralizar esses efeitos perversos. Há direitos que sucumbem de modo definitivo e irremediavelmente quando a tutela demora, mas há também situações em que, mesmo não desaparecendo por completo a utilidade das medidas judiciais, a espera pela satisfação é fator de insuportável desgaste, em razão da permanência das angústias e incertezas. Há também o desgaste do processo mesmo, como fator de pacificação com justiça, o que sucede quando o decurso do tempo atinge os meios de que ele precisa valer-se para o cumprimento de sua missão social. Desde a complicação das formas, excesso de atos e de recursos, até a simples demora judicial na tramitação dos feitos e oferta da tutela – tudo conjura contra a efetividade do sistema. Um direito é mortalmente atingido quando as demoras do processo impedem qualquer utilidade do provimento que ele produziria. De fato, os males de corrosão e frustração que o decurso do tempo pode trazer à efetividade da promessa de tutela jurisdicional, contida nas Constituições modernas é ameaça tão grave e tão sentida, que em tempos atuais se vem afirmando que tal garantia só se considera efetiva quando for tempestiva (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Fundamentos do processo civil moderno, tomo II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000, p. 894). Contudo, esse desgaste, se não for capaz de fulminar o direito da parte ou a eficácia do provimento jurisdicional, não autoriza a antecipação da tutela jurisdicional em razão de se circunscrever ao dano marginal do processo.

⁴⁰⁵ - A respeito da inexistência de danos concretos e imediatos nas hipóteses de ocorrência de dano marginal: LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI, O novo CPC – a terceira etapa da reforma, Saraiva, São Paulo, 2006, p. 13.

No entendimento de HUMBERTO THEODORO JR., os inconvenientes da demora do processo não são justificativas para a antecipação de tutela. Além de não configurar como requisito urgência a mera demora do processo, o autor ainda ressalta que essa demora é inevitável. Por essa razão, corrobora o quanto exposto aqui para defender a idéia de que para a antecipação da tutela, é indispensável a ocorrência de “risco de dano anormal, cuja consumação possa comprometer, substancialmente, a satisfação do direito subjetivo da parte”.⁴⁰⁶

O poder geral de cautela que possui o juiz para debelar os danos decorrentes dos perigos de lesão grave ou de difícil reparação provenientes do processo tem como premissa a demonstração do perigo em concreto à utilidade do provimento jurisdicional ou ao perecimento do direito invocado. Isso porque, tal poder é limitado à circunstâncias de preservação do resultado útil da sentença e da higidez do bem da vida. E nessa esteira é muito importante não ampliar demasiadamente o campo de incidência da tutela sumária para abarcar as hipóteses nas quais, evidenciada a verossimilhança das alegações, reputar-se-ia como suficientemente suprido o requisito da urgência nos “prejuízos” existentes na demora da prestação jurisdicional. Como dito, trata-se de meros danos marginais, que não são suficientes para antecipar o provimento jurisdicional baseado na verossimilhança.

Essa situação de aparente injustiça (e é só aparente mesmo) não tem sustentáculo em nosso ordenamento jurídico porque apenas baseado em juízo de verossimilhança, extraído de uma cognição sumária. A cláusula do devido processo legal, aliada às garantias do contraditório e da ampla defesa, é que impõe essa situação que, por mais que não pareça, é a que sustenta nosso Estado Democrático de Direito.

Essas são as razões principais que levaram o legislador infraconstitucional a estabelecer como exceção a regra (genérica) da tutela antecipada de direitos sempre que houver urgência, assim entendida como o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Trata-se da contrapartida à necessidade de convivência dos princípios constitucionais do devido processo legal e da celeridade do processo sem ilações indevidas.

Ressalte-se ainda que esse desconforto na espera de um procedimento em contraditório é o preço a ser pago pela garantia do devido processo legal. A autorização para a tutela de direitos meramente aparentes e sem direito de defesa pleno e sem que a parte contrária possa participar e contribuir para a formação do provimento

⁴⁰⁶ - HUMBERTO THEODORO JR., Processo cautelar, 19ª ed., Leud, São Paulo, 2000, p. 400.

jurisdicional, causa muito mais danos ao sistema do que o mero dissabor por ter de aguardar o desfecho do processo. Não só pelo valor que deve ser dado à segurança jurídica, mas principalmente pela necessidade de se legitimar os atos jurisdicionais.

Dessa forma, o sistema processual instituiu uma regra geral pela qual, havendo dano irreparável ou de difícil reparação, o provimento seria abreviado se aliado à prova da verossimilhança do direito da parte. Para o dano genérico ou meramente potencial, nada obstante a possibilidade de prejuízo à imagem da própria justiça, o legislador entendeu que poderia a parte aguardar o desfecho do processo.⁴⁰⁷ Nota-se, assim, que a regra geral instituída pelo ordenamento jurídico relaciona a tutela diferenciada aos valores urgência e evidência.⁴⁰⁸

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, no pressuposto das tutelas diferenciadas, afirma que dois são os requisitos para sua concessão e que nem sempre são cumulativos: o requisito da urgência e o da evidência (como plausibilidade do direito). O autor, entretanto, adverte no mesmo sentido aqui defendido, no sentido de que a “tutela sumária fundada na evidência somente é admitida se expressamente prevista no sistema. Em caráter genérico, esse elemento é insuficiente à concessão da medida, sendo necessária a presença do perigo de dano. O poder geral de concessão de tutelas sumárias e provisórias está relacionado à evidência e à urgência”.⁴⁰⁹

Em caráter excepcional e com relação ao direito material envolvido, o legislador previu hipóteses nas quais os danos em potencial decorrentes da espera pelo desfecho do processo seriam tutelados e instituiu a antecipação do provimento com base apenas na verossimilhança das alegações (p.ex., arts. 926 e 927, do Código de

⁴⁰⁷- Nas palavras de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, nas hipóteses de ausência de amparo legal para tutelar a mera evidência, há um arranhão na imagem da jurisdição já que a parte tem de aguardar “imotivadamente” o término do processo (OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, Curso de processo civil, vol. 3, RT, São Paulo, 1993, p. 296). No mesmo sentido: MAURÍCIO GIANNICO e ALEXANDRE PAULICHI CHIOVITTI, “Tutela de urgência e tutela de evidência sob a ótica da efetividade”, in Temas atuais das tutelas diferenciadas – Estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin, Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 594, coord. Mirna Cianci, Rita Quartieri, Luiz Aduardo Mourão e Ana Paula C. Giannico.

⁴⁰⁸- “Muitas vezes, afirma-se, os dois requisitos são exigidos cumulativamente para permitir a concessão de alguma modalidade de medida antes do provimento final. O risco e a plausibilidade devem ser conjugados e se resumem no periculum in mora e no fumus boni iuris. A tutela diferenciada, portanto, pode estar vinculada ao valor urgência, ao valor evidência ou a ambos” (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, p. 339).

⁴⁰⁹- JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, p. 339.

Processo Civil).⁴¹⁰ Trata-se da tutela da mera evidência, pela qual se instituiu a antecipação do provimento final com base na evidência do direito material que o legislador reputou importante tutelar sem o critério da urgência.

Assim, as exceções ao sistema da ordinariedade se fundam em elementos que possam justificá-las: ou a urgência, como fator de abreviação do iter procedimental para antecipação, ou a escolha legislativa, a respeito de determinados direitos, que por suas peculiaridades (a critério do legislador), merecem prescindir da urgência para ensejar a antecipação. E só.

Segundo LUIZ FUX, o devido processo legal seria a fonte normativa da tutela da evidência “que se espraia para a legislação infraconstitucional”.⁴¹¹ Daí que, mesmo havendo hipóteses nas quais o legislador infraconstitucional previu a tutela da evidência desprovida de urgência (como no caso das ações possessórias) e mesmo diante de alguns requisitos outros de admissibilidade da medida na forma antecipada (a posse deve ser nova, menos de ano e dia – verdadeira presunção legal da evidência), o juiz estaria autorizado a deferir a tutela antecipada da evidência sem previsão legal específica. O único requisito a ser suprido seria o da prova da evidência do direito.⁴¹²

De qualquer forma, em princípio, concordamos em parte com o autor no sentido de que a evidência pode ser tutelada desacompanhada do requisito da urgência, mas desde que prevista expressamente em lei. Assim, para as hipóteses nas quais a urgência não se evidencia, é inegável haver restrição a hipóteses legais taxativas nas quais são estabelecidas as condições em que será tutelada a mera evidência sem o requisito da urgência.

⁴¹⁰ - “Nesse espectro, revela-se que as situações de emergência resultam não do perigo da demora, mas da importância que toma o princípio da efetividade no processo civil, hábil a convolar em urgência situação que não justifica a postergação da fruição (...) em tais casos, haverá premência no gozo do direito, não pelo perigo ou pela irreversibilidade, revelando-se a urgência por equiparação legal. Será então viabilizada a imediata fruição do direito, ou porque permitida a execução provisória, ou ainda porque concedida a antecipação por força da simples evidência, ou em casos outros, assim considerada a tutela de urgência em sentido lato. Em conclusão, não deixa de ser requisito a necessidade de demonstração da emergência como pressuposto para a aceleração do processo, apenas e tão somente o detentor do direito deverá demonstrar a subsunção da pretensão ao conceito de urgência em sentido lato (ou por equiparação legal), capaz de dar albergue a situações que retratem a efetividade consagrada pela norma constitucional” (MIRNA CIANCI e RITA QUARTIERI, “A concepção da urgência no processo civil brasileiro”, in *Tutelas de urgência e cautelares – Estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva*, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 935, Coord. Donaldo Armelin).

⁴¹¹ - LUIZ FUX, *Tutela de segurança e tutela da evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 322

⁴¹² - LUIZ FUX, *Tutela de segurança e tutela da evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 323.

Ou seja, são hipóteses taxativas e que não têm lugar no ordenamento jurídico a outras situações, se não aquelas, sem previsão expressa de lei.

Outras hipóteses existem de abreviação do procedimento com base na evidência. A Lei do Mandado de Segurança, a execução provisória (CPC, art. 475-O), o afastamento do efeito suspensivo aos embargos à execução (CPC, art. 739-C) ou da impugnação ao cumprimento de sentença (CPC, art. 475-M), o indeferimento da inicial em pedido manifestamente improcedente (CPC, art. 285-A), a ampliação dos os poderes do relator (CPC, arts. 544 e 557), o julgamento de recursos repetitivos (CPC, arts. 543-B e 543-C), etc..

Nesses casos, a urgência abreviou ritos e dispensou procedimentos. Contudo, apesar de tais exemplos realmente consubstanciarem-se em mecanismos de combate à demora do processo (ou ao próprio dano marginal de forma indireta), sempre se parte da urgência como perigo de dano irreparável ou de difícil reparação para antecipação com base na verossimilhança (como no caso do art. 7º, inc. III da Lei do Mandado de Segurança). E mais, quando não há esse risco iminente, ou seja, quando se está diante do mero dano marginal, todos os provimentos antecipados estão proferidos sob cognição exauriente nos planos horizontal e vertical, uma vez que já houve pronunciamento de primeiro grau por sentença (como nos casos da execução provisória, dos poderes do relator nos recursos, na ausência de suspensividade dos embargos ou da impugnação ou julgamento dos recursos repetitivos). No único caso dos exemplos citados em que isso não se evidencia, como no indeferimento da inicial nos termos do art. 285-A do Código de Processo Civil, não se pode alegar violação ao devido processo legal ou ao contraditório ou ainda à ampla defesa, já que não há qualquer prejuízo ao réu. Também nesse caso, não se encontra fundamento para antecipação com base na verossimilhança sem *periculum in mora*.

Portanto, tutela-se a evidência desprovida de urgência sempre que houver previsão legal expressa, por se tratar de política legislativa.⁴¹³ E nem poderia ser

⁴¹³ - Pela existência da tutela da evidência de forma antecipada e desacompanhada do requisito da urgência, mas com previsão legal: MAURÍCIO GIANNICO e ALEXANDRE PAULICHI CHIOVITTI, “Tutela de urgência e tutela de evidência sob a ótica da efetividade”, in Temas atuais das tutelas diferenciadas – Estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin, Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 594, coord. Mirna Ciani, Rita Quartieri, Luiz Aduardo Mourão e Ana Paula C. Giannico. LUIZ FUX parece discordar das afirmações aqui feitas para sustentar que a tutela da mera evidência não viola o contraditório e a ampla defesa, sendo, portanto, constitucional em razão da promessa de uma tutela efetiva e tempestiva. Contudo, o autor utiliza de exemplos nos quais a evidência é tutelada desacompanhada da urgência e que estão previstas expressamente em lei, p.ex., como no caso de uma contestação que não é considerada séria – CPC, art. 273, inc. II. O próprio autor coloca como proposta de lege

diferente, já que a garantia constitucional de efetividade e tempestividade do processo em confronto com os princípios do contraditório e do devido processo legal, não admitem interpretação extensiva à antecipação de provimentos em desconformidade com a legislação infraconstitucional. CARLOS MAXIMILIANO adverte que todo direito escrito encerra uma parcela de injustiça e é impossível abandoná-lo para adaptá-lo às incontáveis circunstâncias da vida. As codificações, segundo o autor, é que dão a certeza e a necessária estabilidade ao direito.⁴¹⁴ Daí a impossibilidade de se agir contra a lei para estabelecer justiça ao caso concreto.

Isso porque, é nessa base dialética que se funda o devido processo legal. Como bem ressaltou MICHELE TARUFFO, o “jogo do processo” não pode ser encarado como uma relação solitária, mais sim uma relação dinâmica. É uma relação dialética, resultante, substancialmente, do encontro entre versões contrastantes dos fatos e do direito. Não é por outro motivo que o próprio conceito do contraditório seja confundido com o de processo, mostrando por vezes como um elemento diferenciador. Não se trata, portanto, de referência apenas da inevitável atuação da garantia de defesa. Trata-se, sobretudo, de compreender que a estrutura basilar do processo se funda na contraposição (controvérsia) de duas ou mais hipóteses relativas à situação de fato e de direito que estão na base da controvérsia. Ademais, importante considerar que as diversas histórias contadas pelos sujeitos do processo podem variar em seu curso, em função da história que tenha sido proposta pela outra parte. Se consideramos o processo como um instrumento para se alcançar um fim, materializado na sentença, pode-se afirmar que o processo como visto hoje serve para preparar a sentença final. A função preparatória do processo se explica por diversos modos e aspectos, incluídos na formulação das hipóteses relativas às posições

ferenda a introdução de um “pedido monitório injuncional”, pelo qual a parte, munida de documentos que evidenciem o seu direito (prova documental dos fatos constitutivos de seu direito), teria direito à antecipação da tutela sem a necessidade de demonstração de perigo de dano (LUIZ FUX, *Tutela de segurança e tutela da evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996, pp. 319-320).

⁴¹⁴ - “Todo Direito escrito encerra uma parcela de injustiça. Parece justa a regra somente quando as diferenças entre ela e o fato são insignificantes, insensíveis. Preceitua de um modo geral; é impossível adaptá-la, em absoluto a mil circunstâncias várias dos casos particulares. Permitir abandoná-la então, sob o pretexto de buscar atingir o ideal de justiça, importaria criar mal maior; porque a vantagem precípua das codificações consiste na certeza, na relativa estabilidade do direito (...) tudo procura achar e resolver com a lei; jamais com a intenção descoberta de agir por conta própria, propter ou contra legem. (CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 14ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1994, p. 80).

controvertidas das partes. Por essa razão é que o desenvolvimento da dialética processual para a coleta dos elementos necessários à decisão é o fundamento de validade desta.⁴¹⁵

Essa sistemática excepcional para a tutela dos direitos meramente aparentes não mais se adequa à demanda por celeridade e por realização prática na forma tempestiva. Essa crise⁴¹⁶ havida entre o sistema jurídico-processual vigente, baseado na ordinariedade (no qual o juízo de certeza é o objetivo a ser alcançado), e aquele demandado pelas novas exigências sociais, baseado na celeridade (no qual o juízo de verossimilhança é o objetivo a ser alcançado) tem causado inúmeros problemas de ordem sistemática no ordenamento jurídico, porque demanda uma imediata posituação desse novo anseio de tutela da evidência sem o requisito da urgência como regra geral.

Essa crise pode ser debelada de duas formas. A primeira pela inclusão em lei ordinária de mais hipóteses legais nas quais determinadas relações de direito material poderão ser tuteladas na forma antecipada sob um juízo de verossimilhança apenas. Deverá então o legislador, em pura política legislativa (como já fez antes), escolher quais serão essas hipóteses de direito material que, fugindo à regra da complementariedade do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, poderão ter seus efeitos antecipados apenas com base na evidência.

O segundo deles é o da necessidade de se adequar a atual sistemática processual para deixar de lado a regra geral da ordinariedade do procedimento, para instituir uma verdadeira e célere tutela de direitos com base na verossimilhança. Para tanto, o sistema precisa de uma reformulação geral de premissas, não só no campo dos procedimentos em primeiro grau, mas também no campo recursal e no da execução. Essa reformulação, de cunho muito mais intrincada em termos técnicos e de política legislativa, requer mais tempo e estudo a respeito para sua assimilação. E não é isso o que propõe o projeto do Código de Processo Civil, tampouco as sugestões e os substitutivos apresentados até então.

⁴¹⁵- MICHELE TARUFFO, “Giudizio: processo, decisione”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 52, 3, 1998, pp. 787-804. Contra o modelo de cognição plena no processo societário italiano, apresentando críticas quanto ao retorno da idéia do processo como um jogo e da “privatização” do processo decorrente do sistema de preclusões instituído por esse modelo: SERGIO CHIARLONI, *Il rito societário a cognizione piena: un modello processuale da sopprimere*”, in *Rivista Trimestrale di Procedura Civile*, anno LX, n. 3, settembre, 2006, p. 870 e ss.

⁴¹⁶- Sobre a crise gerada pelo antagonismo de posições e princípios que norteiam a ‘justiça urgente’ e a ‘justiça ordinária’, confira: VITTORIO DENTI, “Crisi della giustizia della società”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1983, p. 591.

Nada obstante a ausência de propostas para a quebra do paradigma da ordinarietade do processo civil brasileiro, tal movimento já está presente em nossa cultura jurídica. É movimento que vem a atender aos anseios da sociedade por um processo justo, agora entendido não pela certeza com que ele é capaz de gerar, mas pela rapidez e celeridade com que proporciona a tutela jurisdicional.

Contudo, como em toda fase de transição, há questões que devem ser levadas em consideração, seja pela necessidade de se adequar essa quebra da ordinarietade à luz dos princípios constitucionais, seja pela necessária adequação da legislação infraconstitucional que não permite, a nosso ver, a tutela jurisdicional antecipada apenas e tão somente com base na evidência do direito.⁴¹⁷

20-

TUTELA DA EVIDÊNCIA, SANÇÃO E PEDIDO INCONTROVERSO

O sistema geral da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional estatuída no art. 273 do Código de Processo Civil permite ainda a antecipação dos efeitos da tutela em casos nos quais, verificada a presença do requisito da verossimilhança (ou assim entendida como a evidência do direito), estejam presentes algumas hipóteses de reprimenda à atitude da parte no processo (abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório – CPC, art. 273, inc. II).

Essa hipótese de antecipação se aproxima muito do *référé-provision* do direito francês, que estabelece a antecipação nos casos em que a parte não contesta seriamente a obrigação que lhe é imposta.⁴¹⁸ Para esses casos da legislação francesa (arts. 771 e 809 do Código de Processo Civil francês), bem como os do art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil, é prescindível a comprovação do requisito urgência, vale dizer, não é necessário haver perigo de dano.

⁴¹⁷ - “Uma sentença liminar, que trabalha com a característica da provisoriedade, deve ser mais bem desenvolvida pela doutrina, em face de consistir possibilidade de mudança de paradigma em relação à ineficiência da universalização do procedimento ordinário (...) uma releitura do modo de prestar a jurisdição, baseado na verossimilhança, traduz em alcance legítimo do Direito almejado pelo Estado Democrático de Direito” (RAFAEL CORTE MELLO, “Sentenças liminares ou sentenças parciais de mérito?”, in Tutelas de urgência e cautelares, Saraiva, São Paulo, 2010, p. 969, coord. Donaldo Armelin).

⁴¹⁸ - JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, “Estabilização das tutelas de urgência”, in Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover, DPJ, São Paulo, 2005, p. 673, coord. Fábio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. No mesmo sentido: RICARDO DE BARROS LEONEL, “Direito processual civil francês”, in Direito processual civil europeu contemporâneo, Lex, São Paulo, 2010, p. 131, coord. José Rogério Cruz e Tucci.

A doutrina não é unânime em reconhecer como sanção a natureza jurídica da antecipação da tutela com base no abuso do direito de defesa e no manifesto propósito protelatório.

Para os que defendem a tutela antecipada em caráter sancionatório, não se trata de medida urgente justamente porque não responde a uma ameaça concreta e imediata de perecimento do direito do demandante ou a futura inutilidade do provimento jurisdicional. Ou seja, não são reações ao *periculum in mora*, mas à conduta da parte adversa aliada ao dano marginal do processo.⁴¹⁹ A tutela antecipada sancionatória é um instrumento que tem por objetivo inverter o ônus dos efeitos deletérios do tempo no processo em favor da parte que tem como *ex adverso* alguém que age em manifesto propósito protelatório e com abuso do direito de defesa. Como se vê, é uma reação a determinadas atitudes de uma das partes no processo que o legislador imputou como desleais e sancionáveis. Assim, em sendo o direito de defesa abusado no processo ou ainda caracterizando-se o manifesto propósito protelatório por uma das partes, a tutela poderá ser antecipada se e quando a outra parte contar com verossimilhança em suas alegações. Não se trata da tutela da mera aparência, porque somente a presença da verossimilhança não é capaz de autorizar a antecipação.

Para quem desvincula antecipação com base no inc. II do art. 273 do Código de Processo Civil da sanção, o faz com base no fato de que o tempo é um ônus e deve ser combatido. Assim, havendo manifesto propósito protelatório ou abuso do direito de defesa, a antecipação não constituiria sanção à parte que assim se comportou, mas verdadeira forma de restabelecimento do equilíbrio do ônus do tempo no processo. Além disso, não é necessário que tais condutas descritas no inc. II constituam a hipótese prevista no inc. VI do art. 17 do Código de Processo Civil, já que não constituem ilícito processual.⁴²⁰

Independentemente de sua natureza jurídica, é fato que o legislador condicionou a tutela da evidência, nesse caso, à ocorrência das hipóteses do inc. II, com que não há que se falar em tutela, aqui, da mera aparência do direito.

⁴¹⁹ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O Regime jurídico das medidas urgentes”, in A nova era do processo civil, Malheiros, 2003, p. 34; PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, São Paulo, RT, 2000, p. 240; BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, Tutela antecipada sancionatória, Malheiros, 2006, pp. 47-48; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, p. 334.

⁴²⁰ - LUIZ GUILHERME MARINONI, Antecipação de tutela, 11ª ed., RT, São Paulo, 2009, p. 275.

Ressalte-se que no que se refere à antecipação em caso de pedido incontroverso, estabelecido no art. 273, §6º, do Código de Processo Civil, não há da mesma forma que falar da tutela da mera aparência. Bem é verdade que, para a antecipação se operar nesse caso, não é necessário alegar urgência ou perigo de dano. Contudo, não se trata também de tutela da mera verossimilhança, porque o §6º impôs os requisitos de certeza e de cognição exauriente sobre determinado pedido. É o que se depreende de sua redação: “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Segundo o art. 333, do Código de Processo Civil, “não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”. Ou seja, admitindo-se como incontroverso algum fato alegado pelo autor, sobre ele já se obteve cognição exauriente, já que não há provas a serem produzidas aquele respeito. Não é por outro motivo que o juiz, no art. 331, §2º, do Código de Processo Civil fixa os pontos controvertidos que serão objeto de prova em instrução. A *contrario sensu*, sobre aqueles pontos não controversos que não foram assim apontados pelo juiz: (i) não cabe mais às partes produzir provas sobre eles, (ii) tem-se por encerrada a cognição de conhecimento sobre eles.

Assim, os pedidos baseados nesses fatos podem ser considerados com sua cognição exaurida no processo. Dessa forma, uma vez incontroverso o fato constitutivo do direito do autor, não seria justo fazê-lo aguardar enquanto o réu faz prova das demais questões controvertidas, o que justifica, mais uma vez, a redistribuição do ônus do processo pela antecipação da parcela incontroversa do pedido.

Na hipótese antecipatória do §6º, não se trata, portanto, de tutela de mera verossimilhança, mas de direito que, uma vez reconhecido nos autos como incontroverso, além de não demandar instrução probatória, são tido por verdadeiro pelo juiz.

É importante frisar que não se ignora as enormes controvérsias que tais modalidades de antecipação sem urgência geram, bem como as suas peculiaridades (e não cabe ao escopo do presente trabalho questioná-las). Entretanto, o quanto acima dito já é suficiente para demonstrar que, nada obstante a prescindibilidade do requisito da urgência, não constituem tutelas da evidência puras, ou seja, aquelas que demandam tão somente um juízo de verossimilhança para autorizar a antecipação dos efeitos da tutela.

21-**TUTELA DA EVIDÊNCIA E OS PROCESSOS SOCIETÁRIOS**

Como já ressaltado, o processo civil deve ser pensado a partir do direito material para que sejam identificadas situações jurídicas substanciais e sobre elas aplicar a melhor técnica. O processo, para alcançar seu desígnio de realização do direito material com celeridade e efetividade, não pode ignorar as diferentes situações do direito material trazidas a juízo já que “deve o procedimento adaptar-se à necessidades da relação substancial”⁴²¹, não só por esta constituir a razão de ser daquela, mas também porque, à luz da tutela de urgência, “o *fumus* e o *periculum* são aferidos a partir de elementos da relação substancial”.⁴²²

Nessa perspectiva, a tutela da evidência em sua acepção pura (desprovida de urgência ou de qualquer outro requisito) no âmbito do direito societário é salutar, nada obstante não haver fundamento infraconstitucional que a autorize. Bem é verdade que será difícil, sob o ponto de vista do direito societário, dinâmico e célere por conta da própria natureza dos interesses materiais em jogo, que não exista situação de urgência no contexto da evidência do direito invocado. De qualquer forma, no âmbito dos processos societários não se concebe essa hipótese de tutela da evidência sem o requisito da urgência.

Em um caso envolvendo matéria societária, a alegação de mero dano marginal não foi suficiente para autorizar a antecipação da tutela. Nesse caso o autor em ação indenizatória contra a sociedade, pleiteou a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para impedir a alienação de seu controle acionário. A medida de urgência foi indeferida pelo argumento de que somente a verossimilhança (não presente no caso concreto) não autoriza a antecipação da tutela.⁴²³

⁴²¹- JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Direito e processo – influência do direito material sobre o processo, Malheiros, São Paulo, 1995, p. 131.

⁴²²- JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, Direito e processo – influência do direito material sobre o processo, Malheiros, São Paulo, 1995, p. 133.

⁴²³- Confira: “nos caso dos autos, os fatos afirmados pela agravante têm suporte em notícias de jornal, laudo unilateral e investigação iniciada pelo Banco Central, mas não concluída. Talvez se possa falar em verossimilhança. Mas as provas não são suficientes para formação do juízo de probabilidade necessário à tutela antecipada. Ainda que assim não fosse, não há indício de que eventual tutela condenatória venha a se tornar ineficaz. A alienação do controle acionário do agravado a terceiro não constitui óbice ao recebimento da indenização postulada, visto que o adquirente será responsável por ilícitos praticados pelo antecessor. O risco a que está exposta a agravante é aquele normal, inerente a qualquer processo e causado

Na mesma linha ideológica em que o legislador dispôs no procedimento especial possessório, lei específica pode disciplinar a matéria. Evidentemente, será preciso, como medida preliminar, reconhecer a relevância jurídica social de determinadas matérias societárias, a fim de destacá-la do meio comum e discipliná-la especificamente em regra especial em uma previsão de antecipação sem urgência. Ou seja, em sede de cognição sumária, ser possível antecipar os efeitos da tutela sem haver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Isso porque, dependendo da questão de direito material que estiver colocada no processo, o viés interpretativo deverá ser diferente e, portanto, adotadas soluções diferentes.

Independentemente dessa ausência legislativa, questão intrincada a respeito da tutela da evidência aplicada aos processos societários diz respeito ao juízo de valor que o magistrado terá de fazer quando, diante de uma situação de urgência, se deparar no juízo de verossimilhança, com a possibilidade de decidir logo, e incidir em erro, ou de decidir bem, mas tardiamente.

A primeira premissa em que deve se basear o juiz é a seguinte: a empresa, por ostentar uma posição de importância na sociedade, goza de um princípio que a protege enquanto instituição dos interesses individuais de seus próprios acionistas. Trata-se do princípio da preservação da empresa. Esse princípio decorre do contexto sócio-econômico contemporâneo, que prestigia as organizações de trabalho como fontes de empregos, riquezas, estabilidade econômica e de recolhimento de impostos. Segundo MODESTO CARVALHOSA, a sociedade anônima possui, inclusive, uma função social.⁴²⁴

pela excessiva demora na entrega da prestação jurisdicional. Trata-se do denominado dano marginal do processo a que se submetem todos os que se valem da via judicial para a solução de controvérsias. Incabível a antecipação, visto que não demonstrado o perigo de dano irreparável. A simples demora do processo já é fato de prejuízo, não se nega. A morosidade reduz sensivelmente a utilidade da tutela jurisdicional. Mas o mero dano daí decorrente é inevitável e, por si só, não se mostra suficiente para amparar a tutela de urgência, salvo quando o legislador, de forma específica e sem a necessidade de perigo concreto de dano, resolva afastá-lo. São as hipóteses em que a tutela antecipada pode ser concedida sem que a parte tenha de demonstrar *periculum in mora*, com a reintegração de posse (CPC, art. 927-928)” (1º TAC-SP, 12ª Câm., AI n. 958.487-2, rel. Des. ROBERTO BEDAQUE, j. 10/10/2000, citado por JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, nota 314, pp. 227-228).

⁴²⁴ - “Não obstante sua função social, ressalta na sociedade anônima sua função social. Constituída em virtude de um contrato provado, a companhia, na medida em que atua no meio social como forma de organização jurídica de empresa, acaba por ser considerada uma instituição de interesse público, levando inclusive à ingerência do Estado nos atos de sua formação e atuação” (MODESTO CARVALHOSA, *Comentários ao Código Civil*, vol. 13, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 369).

Como bem recordado por HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, “a empresa no passado jamais exerceu funções sociais. Historicamente, seu objetivo restrito era o de proporcionar lucro para o empresário, desprezados os efeitos negativos que pudesse causar ao meio social em que atuasse”.⁴²⁵ Todavia, em vista do estabelecimento e valorização da função social da propriedade e da livre iniciativa no contexto da nova ordem econômica e social, não mais um segmento da iniciativa privada poderia se impor unilateralmente aos interesses da sociedade ou de seus indivíduos. Nessa linha evolutiva, FÁBIO KONDER COMPARATO aponta a legitimação da organização estatal e da ordem jurídica em função da obtenção de fins determinados, com imposição destes à coletividade.⁴²⁶ A empresa, adaptando-se a essa nova ordem e objetivando não só o lucro, mas também o alcance desses referidos fins sociais, passou a gozar então de proteção estatal, no sentido de ter prestigiada não só sua criação, mas principalmente sua manutenção e desenvolvimento diante de sua importância dentro do fomento da economia capitalista.

Nessa mesma linha evolutiva, a jurisprudência já havia identificado a importância da empresa no contexto sócio-econômico do país quando permitiu a possibilidade de dissolução parcial da empresa, em prol da preservação do ente com uma importante função social: ela é determinante para a geração de empregos e de riquezas. A doutrina nacional ressalta que a dissolução parcial exurge como instrumento de preservação da empresa, impedindo a sua desintegração e a perda da organização dos fatos de produção, tão importantes sob o ponto de vista econômico, mas também social no meio em que atua.⁴²⁷

O corolário dessa evolução no ordenamento jurídico interno foi a edição da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei 11.101/2005), pela qual o legislador destinou proteção expressa à atividade empresarial e à recuperação das empresas: por meio de seu art. 47⁴²⁸, instituiu o princípio da preservação da empresa.⁴²⁹

⁴²⁵- HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, Curso de direito comercial, vol. 1, 2ª ed., Malheiros, São Paulo, 2008, p. 202. O autor faz referência às atividades predatórias de recursos naturais, à escravidão e ao comércio escravocrata, etc..

⁴²⁶- FÁBIO KONDER COMPARATO, “A reforma da empresa”, in Revista de Direito Mercantil, vol. 50, p. 59.

⁴²⁷- WALDECY LUCENA, Das Sociedades Limitadas, 5ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 707.

⁴²⁸- “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Ressaltando sua função social mesmo quando em dificuldades ou incapacitada de gerar lucros, WALDO FAZZIO JÚNIOR afirma que “a empresa é uma unidade econômica que interage no mercado, compondo uma labiríntica teia de relações jurídicas com extraordinária repercussão social”.⁴³⁰ Isso porque, a empresa é a principal distribuidora de bens e serviços, geradora de empregos e fomentadora da atividade econômica.⁴³¹

Na premissa também de que a efetividade do processo está vinculada a provimentos céleres e capazes de satisfazer plenamente aos anseios do direito material, os mecanismos de aceleração dos procedimentos e de obtenção liminar da pretensão jurisdicional são determinantes para o alcance de resultados esperados por um justo processo.

Assim, ao associarmos esses dois princípios no âmbito dos processos societários, é preciso definir limites para garantir uma coexistência harmônica e capaz de realizar os desígnios de um processo justo. Para tanto, deve-se analisar a relação jurídica de direito material para identificar a existência de duas espécies de conflitos e que necessitam de tratamentos diferenciados: o primeiro, entre a sociedade e o acionista, com este defendendo seus interesses pessoais; e o segundo, entre a sociedade e o acionista, este agora em defesa dos interesses sociais.

22-

INTERESSE DO SÓCIO X INTERESSE DA SOCIEDADE: A DISSOLUÇÃO PARCIAL

A primeira grande ordem de conflitos societários se configura na identificação clara de dois polos de interesses: o do acionista e o da sociedade. São casos, p.ex., relacionados à dissolução parcial, nos quais o sócio tem uma demanda contra a sociedade consistente na desconstituição do contrato de sociedade e na cobrança de seus

⁴²⁹- “A Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridade nas finalidades que diz perseguir, colocando como primeiro objetivo a manutenção da fonte produtora, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o emprego dos trabalhadores (...) deverá o juiz sempre ter em vista, como orientação principiológica, a prioridade que a lei estabeleceu para a manutenção da fonte produtora” (MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, *Lei de Recuperação de empresas e falências comentada*, 6ª ed., RT, São Paulo, 2009, p. 123). No mesmo sentido: RONALDO VASCONCELOS, *Direito processual falimentar*, Quartier Latin, São Paulo, 2008, pp. 125-131.

⁴³⁰- WALDO FAZZIO JÚNIOR, *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*, Atlas, São Paulo, 2005. p. 35.

⁴³¹- Nesse sentido: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 4, t. I, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 27.

haveres. A exclusão de sócio também serve a esse desígnio, já que por ela a sociedade deseja restabelecer seu curso normal, mas sem aquele acionista que lhe vinha causando prejuízos.

Existem outros exemplos, mas é certo que a relação jurídica de direito material definirá, portanto e para esse caso, sempre dois interesses antagônicos opostos. Contudo, sempre que houver essa espécie de conflito, os interesses da sociedade deverão prevalecer sobre os do sócio.

Utilizemos-nos do exemplo da dissolução parcial, pela qual o sócio deseja se retirar da sociedade e receber seus haveres. A lei confere ao acionista o direito ao recebimento de seus haveres. Em contrapartida, impõe à sociedade o dever de pagar o acionista o respectivo valor. Existe, então, um conflito com relação ao pagamento dos haveres.

A esse respeito, a doutrina tem com razão suscitado a diferenciação quanto às formas de apuração dos haveres em cada um dos casos em que o sócio se desliga da sociedade.⁴³² Como é cedido, isso pode ocorrer de diversas formas, tais como a dissolução parcial judicial ou extrajudicial, a denúncia unilateral, recesso, retirada contratual, exclusão, morte ou mesmo falência. Dependendo do fundamento pelo qual o sócio se desliga da sociedade (voluntariamente ou compulsoriamente), a forma de cálculo se modifica.

Essas modalidades não podem ser consideradas como se uma única fossem⁴³³, não só porque a doutrina de peso vai de encontro, mas porque efetivamente há disposições legais diversas que disciplinam, de certo modo, cada modalidade.⁴³⁴

No que se refere à dissolução parcial havida em processo judicial cremos que há um norte, uma linha mestra da qual não podemos nos distanciar. Apesar de vetusto, ainda se encontra vigente no direito brasileiro algumas disposições do antigo Código de Processo Civil de 1939, especialmente as regras a respeito da dissolução de

⁴³²- Veja, por todos, PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA, Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio, 4ª ed., Atlas, São Paulo, 2007, pp. 186-189.

⁴³³- JOSÉ WALDECY LUCENA, Das sociedades limitadas, 6ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 779.

⁴³⁴- Em minucioso estudo de cada uma das formas de cálculo, confira: CELSO BARBI FILHO, Dissolução parcial de sociedades limitadas, Mandamentos, B. Horizonte, 2004, pp. 431-530. Também apresentando exaustivo estudo das formas de dissolução: JOSÉ WALDECY LUCENA, Das sociedades limitadas, 6ª ed., Renovar, Rio, 2005, pp. 781 e ss..

sociedades.⁴³⁵ Aquele Código revogado, nos ainda vigentes arts. 655-674, assim dispõe no art. 668: “se a morte ou a retirada de qualquer dos sócios não causar a dissolução da sociedade, serão apurados exclusivamente seus haveres, fazendo-se o pagamento pelo modo estabelecido no contrato social, ou pelo convencionado, ou, ainda, pelo determinado em sentença”.

Ou seja, existem três formas para o cálculo dos haveres: nos termos do quanto disposto no contrato a esse respeito, nos termos em que convencionado entre as partes e, por fim, na forma em que definida pela sentença.⁴³⁶

Parece claro que naquela forma em que o juiz atua definindo a forma de cálculo por meio de decisão em processo judicial de apuração de haveres deve sempre respeitar o quanto definido nas duas outras hipóteses. A únicas oportunidades em que o juiz se depara com a possibilidade de desconsiderar o quanto definido de forma consensual pelas partes são aquelas em que a forma predefinida causa lesão a qualquer das partes (porque ao Judiciário não cabe fechar os olhos a qualquer lesão ou ameaça a direito) ou então quando houver omissão (o que, no caso, se colocaria numa posição em que o juiz decide a forma porque as partes não a definiram anteriormente).

Na hipótese de lesão à partes, não basta afirmar que a forma de cálculo seja prejudicial aos interesses de quem a alega. E essa regra tanto vale para o sócio, quanto para a sociedade. Para que não se faça cumprir o disposto no contrato ou na convenção das partes, é preciso que se reconheça a ilegalidade das respectivas cláusulas ou mesmo do contrato. Ou seja, é imprescindível haver violação à lei ou ao próprio contrato, ou mesmo ainda, aos próprios princípios que norteiam a dissolução parcial de sociedade (de preservação da empresa).

É importante ressaltar que deve haver uma cognição prévia a respeito desse tema, bem como pedido expresso na ação de apuração de haveres (pelo autor ou pelo réu), já que se trata de assunto afeto ao *an debeatur* e nunca ao *quantum*. A sentença condenatória ilíquida deve definir essa questão antes da liquidação, sob pena de as partes se depararem com a impossibilidade de discussão dessa questão na liquidação de sentença.

⁴³⁵ - Segundo o disposto no Código de Processo Civil de 1973, art. 1.218. Continuam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-lei no 1.608, de 18 de setembro de 1939, concernentes: (...) VII - à dissolução e liquidação das sociedades (arts. 655 a 674)”.

⁴³⁶ - No mesmo sentido, CELSO BARBI FILHO, Dissolução parcial de sociedades limitadas, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pp. 446-447.

No que se refere à hipótese de omissão do contrato social ou de inexistência de qualquer convenção das partes, é bom lembrar que a forma de cálculo deve necessariamente ser explicitada na sentença condenatória ilíquida, devidamente acompanhada com as justificativas que levaram o juiz a definir por este ou aquele padrão de pagamento, esta ou aquela forma de pagamento, etc..

PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA afirma cabalmente que o “procedimento prestigiará a razão primeira da dissolução parcial, qual seja, a de permitir o prosseguimento da empresa, não ensejando, ademais, que a retirada do sócio venha a ser fonte de lucro para este, ou de empobrecimento para a sociedade”.⁴³⁷ Essa afirmação é pertinente por ocasião da fixação pela sentença da forma de pagamento dos haveres ou mesmo em caso de uma medida urgente, p.ex., em caso de antecipação de dividendos. Contudo, é preciso ir além para efetivamente oferecer parâmetros para que o julgador possa tomar a decisão acertada, justa e de acordo com os princípios e premissas que protegem a sociedade.

Como já dito, a própria razão para a construção pretoriana da dissolução parcial foi a de possibilitar que a sociedade pudesse permanecer ativa, criando empregos, girando a economia e pagando impostos. Essa é a grande razão para se preterir a dissolução de uma sociedade à vontade da maioria dos sócios em permanecer unidos na continuação da atividade empresarial. Como bem leciona JOSÉ WALDECY LUCENA, como a empresa possui uma função social e constitui uma das bases para o desenvolvimento econômico e social, há um interesse público em sua preservação.⁴³⁸

Sem embargo das inúmeras hipóteses de ilegalidades que podem ocorrer nesses casos (p.ex., juros acima do limite legal, pagamento ao arbítrio de uma das partes apenas, haveres predefinidos e dissociados da realidade, valor meramente contábil dos bens ou que não incluam o patrimônio total da sociedade, ausência de correção monetária, *etc.*), a grande realidade é que a forma de pagamento e de cálculo adotados pela sentença nunca poderão permitir que o regular funcionamento da sociedade seja prejudicado por conta desse desembolso ao sócio.

Ora, se a atividade da empresa, com a permanência da função produtora e a geração de empregos se impõe à vontade do credor em ver liquidada a universalidade de bens para haver seu crédito, com muito mais razão a viabilidade da

⁴³⁷ - PRISCILA M. P. CORRÊA DA FONSECA, *Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio*, 4ª ed., Atlas, São Paulo, 2007, p. 196.

⁴³⁸ - *Das sociedades limitadas*, 6ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 924-925.

empresa, com a garantia de continuação de suas atividades, deve ser o mote na dissolução parcial. Como bem mencionado por MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, “tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social”.⁴³⁹

Assim, por ocasião do pagamento dos haveres, tanto na hipótese de haver disposição no contrato social (ou mesmo acordo das partes), quanto na hipótese de omissão de uma forma específica de pagamento, o juiz não pode se olvidar de decidir, sempre e a qualquer pretexto, em benefício da preservação da empresa, da continuidade dos negócios sociais e na saúde financeira de sua economia.

De nada adianta optar-se por não dissolver por inteiro a sociedade, mas, de maneira contraditória, determinar o pagamento dos haveres ao sócio de forma a “quebrar” a sociedade ou inviabilizar seu caixa, p.ex.. Essa questão é de fácil visualização quando se tem, de um lado, a opção de pagamento dos haveres ao sócio de forma a inviabilizar economicamente a empresa (gerando demissões, perda de capital de giro, endividamento, etc.) e de outro o pagamento a garantir a preservação da empresa e a continuidade dos negócios sociais sem qualquer grave percalço.

Ocorre que nem sempre as opções à disposição do julgador serão tão maniqueístas ou dicotômicas. Caberá ao juiz, nesses casos, utilizar do bom senso, dos princípios gerais de direito e do princípio da conservação da empresa, de forma a determinar o pagamento dos haveres ao sócio da forma menos traumática à sociedade, sem que isso implique, por outro lado, uma verdadeira moratória ou mesmo a efetivação do inadimplemento para com o sócio.

De qualquer forma, a idéia é que, por ocasião do pagamento dos haveres, os interesses da sociedade, por conta de sua função pública e do interesse social e econômico em sua preservação, sempre serão impostos àqueles interesses individuais e meramente creditícios do sócio.

Algumas soluções adotadas passam, p.ex., pelo necessário parcelamento do pagamento dos valores dos haveres ao sócio de forma a encaixar no fluxo de caixa da sociedade ou mesmo possibilitar o pagamento ao sócio com bens da própria

⁴³⁹- Nova lei de recuperação e falências comentada, 3ª ed., RT, S. Paulo, 2005, p. 130. Corroborando, em termos, com a linha de que a sociedade não pode ser prejudicada no pagamento dos haveres: CELSO BARBI FILHO, Dissolução parcial de sociedades limitadas, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, p. 448.

sociedade, caso não haja caixa para fazer frente ao empenho.⁴⁴⁰ A própria perícia poderá avaliar essa questão, por meio de quesitos do juízo, a fim de que determine a forma de pagamento que permita a continuidade dos negócios sociais sem maiores percalços e, ao mesmo tempo, garanta o recebimento pelo acionista de seus haveres em um espaço de tempo razoável.

No que se refere à forma de cálculo em si, muito também já se discutiu, determinando-se que o acionista tem o direito de receber seus haveres da forma mais completa possível.

Sem embargo dos diversos entendimentos a respeito de como se efetua o cálculo dos haveres do sócio na ação de dissolução parcial de sociedade, basta a firmar que os Tribunais Superiores⁴⁴¹ já pacificaram a matéria no sentido de que é necessário o levantamento de um balanço especial para tanto, denominado de balanço de determinação.

A razão disso é que a premissa da qual se deve partir é a de que a apuração de haveres na dissolução parcial deve ocorrer da mesma forma que ocorreria se dissolução total fosse.

O *leading case* a esse respeito vem de um antigo acórdão do Supremo Tribunal Federal no recurso especial n. 89.454-SP, no qual restou assentado no julgamento de 12 de dezembro de 1979 que “admitida a dissolução parcial em atenção à conveniência de preservação do empreendimento, dar-se-á ela mediante forma de liquidação que a aproxime da dissolução total. Nesse caso deve ser assegurada ao sócio retirante situação de igualdade na apuração de haveres, fazendo-se esta com a maior amplitude possível, com a exata verificação, física e contábil, dos valores do ativo”.

O voto condutor do acórdão não foi prolatado pelo relator Min. CORDEIRO GUERRA, mas pelo Min. DÉCIO MIRANDA, relator para acórdão. A justificativa foi a de que a saída do dissidente, se de um lado não pode gerar a dissolução total da sociedade em razão do interesse público em sua preservação, de outro também não pode gerar um prejuízo em relação ao valor que lhe seria devido por conta da dissolução total.⁴⁴²

⁴⁴⁰ - Posicionando-se contrariamente ao pagamento in natura dos haveres: JOSÉ WALDECY LUCENA, Das sociedades limitadas, 6ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 985-956.

⁴⁴¹ - Houve, inclusive, edição da Súmula 285, STF, no sentido de que “na apuração de haveres não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retira”.

⁴⁴² - No mesmo sentido: JOSÉ WALDECY LUCENA, Das sociedades limitadas, 6ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 941-943.

Desde então essa premissa tem sido utilizada para nortear todos os julgamentos a respeito da forma de cálculo para a apuração dos haveres na dissolução parcial⁴⁴³, nada obstante as manifestações doutrinárias dissidentes.⁴⁴⁴ Isso porque, como leciona JOSÉ WALDECY LUCENA, tais decisões de nossos Tribunais estão baseadas na vedação do enriquecimento sem causa e na equidade.⁴⁴⁵

No que se refere à quantificação do valor devido a título de haveres, é certo que estamos diante de uma questão não jurídica, mas eminentemente contábil, econômica e financeira.⁴⁴⁶ Por outro lado não podemos nos olvidar que todas essas questões estão subordinadas ao direito. Não cabem aqui discussões de ordem técnica de avaliação de empresas, mas é importante mencionar que há certas questões que já foram analisadas pela jurisprudência e melhor doutrina.

De qualquer forma, a definição dada por CELSO BARBI FILHO é imperiosa para o entendimento do assunto: “como regra, os haveres constituem um conjunto de valores, composto pela contribuição original do sócio para o capital, que se reduzirá com a dissolução parcial, e pelo quinhão do retirante nos lucros; reservas voluntárias; créditos em conta disponível; bens móveis e imóveis, estoques, maquinário; patentes; softwares, etc. Desse conjunto de valores, serão deduzidas as dívidas; os tributos devidos e as demais contas passivas da sociedade, liquidando-se os haveres”.⁴⁴⁷

Ou seja, da mesma forma que ao acionista, enquanto ainda sócio e dentro da sociedade, teria de maneira indireta arcar com todos os ônus e bônus da atividade empresarial, quando de sua saída isso deve ser considerado.

Portanto, no cálculo de haveres é preciso considerar a situação patrimonial da sociedade, sua geração de lucros, sua dívida e todos os seus compromissos. Isso porque, os haveres devem corresponder a um valor que reflita esses elementos, nem

⁴⁴³ - No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tribunal competente para julgar a matéria a partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, confira-se os seguintes precedentes: RESPs nn. 507.490-RJ, 406.775-SP, 197.303-SP, 315.915-SP, 105.667-SC, 35.702-SP e 24.554-SP.

⁴⁴⁴ - WALDÍRIO BULGARELLI, *O novo direito empresarial*, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 413; VERA HELENA DE MELLO FRANCO, “Dissolução parcial e recesso nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Legitimidade e procedimento. Critério e momento de apuração de haveres”, in *Revista de Direito Mercantil*, vol. 75, p. 19 e ss..

⁴⁴⁵ - JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades limitadas*, 6ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 934-935.

⁴⁴⁶ - CELSO BARBI FILHO, *Dissolução parcial de sociedades limitadas*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, p. 480.

⁴⁴⁷ - CELSO BARBI FILHO, *Dissolução parcial de sociedades limitadas*, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pp. 482-483.

que seja ele negativo. Assim, da mesma forma que o sócio teria direito ao recebimento de haveres se a sociedade estivesse bem, gerando caixa e principalmente dando lucro, se se deparar com uma situação que esse cálculo apure um valor negativo, terá o sócio de pagar para sair da sociedade.

Dentro dessa universalidade de bens, direitos e obrigações, destacam-se dois temas que merecem maior relevo jurídico: o balanço de determinação e o *goodwill*.

Balanço de determinação é aquele balanço que será elaborado na exata data em que definida a saída efetiva do sócio da sociedade, a fim de apurar os haveres desse sócio sem a dissolução total da sociedade. Seu objetivo se distingue das demais modalidades de balanço porque tem por objetivo buscar valores mais próximos da realidade possível, por meio da aferição mais real e individualizada dos ativos e passivos da sociedade.⁴⁴⁸

No levantamento desse balanço de determinação, tendo em vista seu próprio objetivo, serão desconsiderados os valores meramente contábeis contidos nos registros escriturais da sociedade para, na medida do possível, buscar o real valor dos bens ativos e passivos.

Esse método possui diversos questionamentos porque considera todos os seus bens de forma individualizada, ou seja, fora do conjunto sinérgico que é a sociedade. Na avaliação de uma mesa com cadeiras ou mesmo de um maquinário de fábrica, o seu valor será considerado como aquele de mercado como se isoladamente fosse ser vendido a terceiros. É de se levar em conta que esses bens, sem sombra de dúvida, possuirão outro valor dentro do contexto da empresa que permanecerá produzindo, já que de liquidação total não se trata.

Esse balanço de determinação tem por objetivo encontrar o patrimônio líquido da empresa, já que se encontrado um valor positivo, pressupõe-se que seus ativos superam seus passivos; se encontrado um valor negativo, pressupõe-se que seus ativos são inferiores ao passivo. Nesses casos seria curial concluir-se que sociedade com patrimônio líquido negativo não deve pagar nada ao sócio dissidente. Muito pelo contrário:

⁴⁴⁸- Segundo a doutrina, há quatro tipos de balanço. O de exercício destina-se a informar a administração ou sócios do funcionamento da sociedade, pois pressupõe a continuidade da empresa. O de cessão visa à preparar a sociedade para um processo de venda ou incorporação. O de liquidação tem por objetivo o encerramento das atividades da sociedade (CELSO BARBI FILHO, Dissolução parcial de sociedades limitadas, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pp. 482-483).

para sair de uma sociedade com patrimônio líquido negativo, o sócio teria de desembolsar quantia equivalente à sua quota parte suficiente para quitar todos os passivos.

Essas circunstâncias têm gerado algumas incongruências já que, às vezes, as sociedades mesmo com patrimônio líquido negativo, têm capacidade de gerar lucros, imediatos ou no futuro. Ou seja, tem sido muito defendida a idéia de que o valor real da empresa não seria aquele da operação aritmética decorrente da somatória de seus débitos e créditos, mas de sua capacidade de gerar lucros imediatos e no futuro.

Nessa linha de raciocínio, tem ganhado força e peso um critério de avaliação que parte das mesmas informações contidas no balanço de determinação, mas toma o patrimônio líquido não como um fator determinante. Trata-se do cálculo do fluxo de caixa descontado, no qual se apura, em síntese, a capacidade de a sociedade gerar lucros, projetá-los no futuro a uma taxa de juros pré-definida e depois trazê-la a valor presente.

Como afirma a doutrina especializada sobre o assunto, “a taxa de juros é o mecanismo que permite a compra e venda de fluxos de renda futuros a valor presente”.⁴⁴⁹ Dessa forma, o método de avaliação pelo fluxo de caixa descontado tem por premissa a relação de um valor de um ativo ao valor presente dos fluxos de caixa líquidos futuros esperados relativos àquele ativo, deduzidas todas as despesas, inclusive juros e principal. Assim, o valor do patrimônio líquido seria resultante do desconto do fluxo de dividendos esperados pela taxa de retorno predefinida sobre o patrimônio líquido.

Já o *goodwill* assume contornos interessantes e próprios. Conforme clássica lição do economista americano GEORGE T. WALTER, o *goodwill* pode ser entendido como a capacidade de ganho de uma empresa ou mesmo a capacidade de uma empresa gerar lucros acima daquele esperado.⁴⁵⁰

Ou seja, não constitui a simples geração de lucro, mas sim uma geração de lucro acima do esperado. “Por definição, *goodwill* não possui significado contábil, a não ser quanto a uma capacidade de ganho acima do normal. Paga-se um preço por *goodwill* – um preço que se situa acima do valor dos outros ativos – porque lucros em excesso de um retorno normal sobre o investimento são antecipados. Em outras palavras, uma empresa é adquirida não para que se mantenha um grupo de ativos e sim com o

⁴⁴⁹- MARTINHO MAURÍCIO GOMES DE ORNELAS, *Avaliação de Sociedades*, Atlas, São Paulo, 2001, p. 127.

⁴⁵⁰- GEORGE T. WALTER, “Why purchased goodwill should be amortized on a systematic basis”, *Journal of Accountancy*, p. 213, Fev. 1953, citado por RAIMUNDO ALELAF NEIVA, *Valor de mercado da empresa*, 2a ed., Atlas, São Paulo, 1997, p. 18.

objetivo de obter um fluxo de receita no futuro. Se o fluxo de rendimento esperado é uma soma normal ou possui uma taxa, nenhum pagamento é feito pelo *goodwill*. Se o fluxo do rendimento esperado é em excesso em relação aos rendimentos normais, provavelmente um valor será pago pelo *goodwill*. Então pode-se dizer que o pagamento por um fluxo esperado de rendimento em excesso, com relação a um retorno normal, é um pagamento pelo goodwill (...).⁴⁵¹

Inúmeros autores, nacionais e estrangeiros, tentam definir, cada um da forma que melhor lhe convém, o que seria *goodwill*.⁴⁵² Muito embora haja manifesta dificuldade na sua exata conceituação, todos os autores utilizam de certa forma o conceito de sobrevalor em suas definições.⁴⁵³

⁴⁵¹ - GEORGE T. WALTER, “Why purchased goodwill should be amortized on a systematic basis”, *Journal of Accountancy*, p. 213, Fev. 1953, citado por RAIMUNDO ALELAF NEIVA, *Valor de mercado da empresa*, 2a ed., Atlas, São Paulo, 1997, p. 18.

⁴⁵² - No que se refere à classificação e fatores responsáveis pelo goodwill, PATON E PATON JR. afirmam que o goodwill pode ser dividido em comercial (boa relação produto/preço; dependências modernas e bem localizadas; equipes de vendedores eficientes e corteses); industrial (bom custo unitário de produção em razão de fatores como pagamento de bons salários, funcionários satisfeitos, boas oportunidades de crescimento para os funcionários, benefícios concedidos aos empregados, etc.); financeiro (empresa bem vista por investidores do mercado, órgãos de concessão de créditos e financiamentos e também que possuem condições de honrar com seus compromissos e que estejam bem contadas pelos órgãos de regulação do setor); e político (boas relações com o governos e órgãos públicos). Existiriam ainda alguns fatores que, na acepção de CATLETT E OLSON, seriam responsáveis para o aparecimento do goodwill, quais sejam, administração e organização superiores, competidores inábeis, propaganda eficaz, boas relações com empregados e que esses sejam bem treinados, sólida reputação financeira e créditos proeminentes, descobertas de talentos ou novos recursos, modernidade nas dependências e aparelhagens utilizadas, etc.. (MARTINHO MAURÍCIO GOMES DE ORNELAS, *Avaliação de Sociedades*, Atlas, São Paulo, 2001, p. 128-130).

⁴⁵³ - Confira a melhor doutrina sobre o assunto: DIDIER PÉNE: “o goodwill ou sobrevalor corresponde pois ao excedente do rendimento econômico previsível sobre a rentabilidade exigida dos capitais investidos” (*Évaluation et prise de contrôle de l'entreprise*, vol. 2, Economica, Paris, 1993, p. 113); VÉRONIQUE BESSIERE E OLIVIER COISPEAU “o goodwill é concebido como um superlucro que é conveniente capitalizar em um certo período” (*L'évaluation des entreprises*, Séfi, Ontário, 1992, p. 120); BEDFORD E BURTON: “trata-se de um valor ligado à continuidade da empresa, representando o excesso de valor dos ativos combinados da mesma soma dos seus valores individuais” (Citados por MASSANORI MONOBE, *Contribuição à mensuração e contabilização do goodwill não adquirido*, Tese de doutoramento na Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo-USP, 1986, p. 57); ELDON S. HENDRIKSEN E MICHAEL F. VAN BREDA: “ele representa o valor atual descontado dos ganhos futuros esperados (ou fluxos de caixa para os acionistas) que superem o que se poderia considerar um retorno normal” (*Accounting theory*, 5ª ed., Richard D. Irwing, Illinois, 1992, p. 640); BESTA: “o valor do aviamento de um negócio singular ou de uma empresa no seu conjunto é essencialmente igual ao valor atual do excesso dos lucros que ...possam ser esperados ou presumidos...sobre os lucros médios...em outros negócios ou empresas similares ou análogos, mas em condições comuns...” (Citado por FREDERICO HERRMANN JR., *Contabilidade superior: teoria econômica da contabilidade*, 9ª ed., Atlas, São Paulo, 1971, p. 181).

A esse respeito cabe apontar a ressalva de MARTINHO MAURÍCIO GOMES DE ORNELAS no sentido de que “no campo jurídico, fala-se em fundo de comércio, com significado bem diferente do que seja *goodwill*. Eles são utilizados, muitas vezes, equivocadamente, como sinônimos, o que pode confundir o leitor menos avisado. Fundo de comércio é tema jurídico vinculado ao estabelecimento empresarial (comercial, industrial ou agrícola) e relacionado com a proteção dos credores, tema que não faz parte deste livro. Nesse capítulo é abordado o *goodwill* ou aviamento enquanto parte ou parcela integrante do fundo de comércio. Busca-se apreender se a sociedade avalianda tem capacidade de gerar lucros acima do que se pode ser considerado normal, ou como prontificam juristas ilustres, se a sociedade tem capacidade de gerar sobrevalor”.⁴⁵⁴

Isso significa que uma sociedade em difícil situação financeira, que não gera lucros regulares, que gera lucros esperados ou até que vem acumulando prejuízos nos últimos tempos, não possui *goodwill*.

A sanidade de suas contas, a capacidade de honrar em dia seus débitos, a taxa de endividamento e também sua liquidez, são fatores igualmente a serem considerados para verificação da existência ou não desse sobrevalor em uma sociedade. Assim, é plenamente possível pensar que, partindo-se dessas premissas, o valor da sociedade pode ser menor que o do valor econômico de seus ativos apurados pelo balanço de determinação.

Se a somatória dos valores dos ativos for inferior ao valor de toda a sociedade “do ponto de vista contábil, está-se diante do surgimento de um deságio. Em processos judiciais que envolvem apuração de haveres, *goodwill* negativo apurado em sociedade em marcha significa a inexistência de *goodwill*, mormente em sociedades deficitárias”.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ - MARTINHO MAURÍCIO GOMES DE ORNELAS, *Avaliação de Sociedades*, Atlas, São Paulo, 2001, p. 123. Mais adiante o autor arremata: “em síntese ‘aviamento é a aptidão da empresa de produzir lucros, decorrente da qualidade e da melhor perfeição de sua organização’. Entretanto, por óbvio, a atividade mercantil pressupõe a geração de lucros, senão a sociedade fenece. Na verdade, há que se qualificar ou diferenciar tal aptidão, pois qualquer investidor racional somente estará disposto a pagar determinada quantia pelo *goodwill* ou aviamento se este possuir aptidão de gerar lucros acima de outro empreendimento semelhante em termos de retorno sobre o investimento; em outras palavras, nenhum empreendedor estará disposto a desembolsar um sobrevalor para obter o mesmo fluxo de lucros futuros” (MARTINHO MAURÍCIO GOMES DE ORNELAS, *Avaliação de Sociedades*, Atlas, São Paulo, 2001, p. 127).

⁴⁵⁵ - MARTINHO MAURÍCIO GOMES DE ORNELAS, *Avaliação de Sociedades*, Atlas, São Paulo, 2001, p. 136.

Goodwill negativo, portanto, significa deságio, prejuízo, sociedade deficitária, devendo ser considerada a sociedade com relação aos seus ativos apenas pelos dos valores patrimoniais.

Nessa linha de raciocínio, o que se pode relegar para liquidação de sentença é a apuração do *quantum* devido a título do *goodwill* e não a prova de sua existência ou não (*an debeatur*). O sócio que pleitear o pagamento de haveres considerando suposto *goodwill* (ou a sociedade que alegar haver *badwill*) deve fazer prova de sua efetiva ocorrência no processo de conhecimento e não simplesmente deixar a alegação no campo das suposições e presunções.

Somente seria relegável sua apuração em liquidação de sentença se comprovada sua existência no processo de conhecimento. Impossível verificar sua existência em liquidação e depois a apuração de seu valor. É possível, no entanto, que seja apurado valor zero ou negativo para o *goodwill* em liquidação. Nesse caso, portanto, teria havido *badwill*.⁴⁵⁶

No que se refere à sua quantificação, é recomendável que seja feita por firma particular especializada nesse mister, a qual figuraria como perito do juízo ou como auxiliar do perito na elaboração de trabalhos de específicos de “*valuation*”, que poderiam ser efetuados por agências de avaliação (agências de “*rating*”) ou mesmo empresas de auditoria e consultoria.

O momento para o perito considerar os resultados da sociedade a fim de calcular se havia ou não *goodwill* deve ser aquele definido na sentença. Evidentemente, o levantamento deve ser efetuado sempre no momento da saída do sócio da sociedade porque “considerando os insucessos ou sucessos da sociedade avalianda após a data do evento não alcançam as quotas do sócio retirante ou pré-morto, só resta considerar

⁴⁵⁶ - “O modelo alcança uma gama significativa de sociedades dissolvidas parcialmente por decisão judicial: aquelas com passivos financeiros normais. A constatação da existência de passivo financeiro extremamente oneroso ou subsidiado coloca a necessidade de considerar tal fato na mensuração do goodwill, ajustando o lucro operacional líquido aos efeitos das despesas financeiras onerosas ou subsidiadas. Outra limitação que merece ser lembrada é a relativa ao componente pessoal. Pode ser que o sócio retirante ou pré-morto fosse a pessoa-chave do negócio; (...) o modelo não leva em consideração o efeito da falta de liquidez sobre o valor da sociedade, mesmo porque, juridicamente, a dissolução societária parcial não pode ser entendida como uma transação de compra e venda; assim, o perito judicial contábil mensura o valor da sociedade, não seu preço” (MARTINHO MAURÍCIO GOMES DE ORNELAS, *Avaliação de Sociedades*, Atlas, São Paulo, 2001, p. 146-147).

os lucros operacionais líquidos históricos ajustados do período imediatamente anterior ao evento; portanto, descartada a alternativa de lucros futuros projetados”.⁴⁵⁷

23-

INTERESSE SOCIAL DEFENDIDO PELO SÓCIO

A segunda grande ordem de conflitos societários é aquela na qual se identifica claramente um único polo de interesse: o social. Nesses casos, o sócio e a sociedade alegam no processo defender o interesse da sociedade, mas apresentando duas teses contrapostas. Esses conflitos demandam uma investigação para identificar o interesse social verdadeiro, se aquele defendido pelo sócio ou aquele defendido pela sociedade.

São casos tipicamente relacionados à anulação de deliberação social por vício no voto do acionista ou mesmo na própria deliberação. A lista é extensa mas, independentemente do casuísmo, há sempre um pedido de anulação de determinada deliberação social (pela matéria ou pelo voto). O fundamento, da mesma forma, não importa, porque sempre baseado em ilegalidade (ofensa à lei ou ao estatuto) ou na violação do interesse social. Seja para anular a deliberação, seja para a defesa de sua higidez, as posições antagônicas das partes no processo sempre defenderão suas pretensões baseados em seu critério peculiar de legalidade e de interesse social. Ou seja, o direito material coloca ao juiz um único interesse a ser perseguido, o da sociedade (pela legalidade de seus atos).

Nesses casos, portanto, não é preciso muito para concluir que o juiz deve decidir no interesse social pela manutenção da legalidade, garantindo assim a preservação da sociedade e de seus fins sociais. Como se percebe, a problemática não reside, portanto, nas questões de direito material, as quais fogem do âmbito restrito do presente trabalho.

A grande relevância processual decorrente desses conflitos societários seria a seguinte. Utilizando-se do exemplo da demanda de anulação de deliberação social, estabelecer nas medidas urgentes critérios processuais que garantam a melhor escolha entre as tutelas específica e reparatória em cada caso concreto.

Nas demandas do sócio contra a sociedade para anulação de determinada deliberação social, sempre haverá alegação de prejuízo, podendo ele ser de

⁴⁵⁷ - MARTINHO MAURÍCIO GOMES DE ORNELAS, *Avaliação de Sociedades*, Atlas, São Paulo, 2001, p. 142.

ordem patrimonial ou não. Aqueles primeiros estão ligados a questões materiais que podem ser perfeitamente objeto de reparação pecuniária e os últimos, normalmente ligados à idéia de direitos políticos, nem sempre podem ser mensurados em eventuais perdas e danos.

Nesse contexto, demandas nas quais se discute, p.ex., legalidade de deliberação aprovando aumento de capital da sociedade em prejuízo ou diluição da participação de acionistas minoritários, possuem reflexos patrimoniais bem definidos para estes. Por outro lado, em casos nos quais é questionada legalidade de deliberações sociais havidas em assembleias irregularmente convocadas, não existe um prejuízo de ordem material direto.

Não é o caso de se defender o enfraquecimento da tutela específica como já abordado anteriormente, nem tampouco afastar a possibilidade de concessão liminar de medidas preventivas para impedir a efetivação de ilegalidades. Contudo, em determinados casos, deve-se prestigiar a tutela reparatória em detrimento da específica.

Na linha dos exemplos acima mencionados, digamos que a despeito do indeferimento de uma medida urgente no início do processo, uterminamente constatou-se realmente existir a ilegalidade apontada pelo acionista na inicial. Nesse caso, a assembleia se realizou e as deliberações nelas havidas foram todas executadas, exaurindo-se por completo suas consequências materiais no mundo dos fatos.

Em se tratando da hipótese com reflexos materiais concretos, a melhor decisão no interesse da sociedade não é anular a deliberação de aumento de capital, determinando o retorno das situações de fato e de direito ao status quo ante. Isso porque, a tutela específica nesse caso trará consequências danosas para a sociedade, já que no âmbito interno, p.ex., as participações dos sócios antigos podem ter se alterado, com reflexos em distribuição de dividendos, formação de quorum para aprovação de deliberações, etc.. No âmbito externo, novos sócios podem ter ingressado na sociedade ou mesmo ter sido contratado com terceiros com base nessa nova configuração de capital, etc. Ou seja, nesses casos, o interesse da sociedade prevalece não na anulação da deliberação social, mas na conversão em perdas e danos àqueles que foram prejudicados pela medida.

De qualquer forma, sempre é possível ao juiz, dentro das circunstâncias do caso concreto, impor a prestação de uma caução pelo sócio para cautelar a suspensão da deliberação ou de uma contracautela pela sociedade, no sentido de garantir a eficácia da deliberação e a futura reparação dos eventuais danos. A questão será sempre

estabelecer um equilíbrio nessa determinação, de modo a não impedir o exercício do direito de ação do acionista, mas também não impor ônus desnecessários à sociedade.

No caso da deliberação sem conteúdo material direto, a problemática fica ainda mais agravada, já que não há como apurar um *quantum* pelos prejuízos políticos causados ao acionista que não foi convocado para comparecer à assembleia. De qualquer forma, como a assembleia já ocorreu, deve o juiz verificar se é possível convalidar o ato irregular, constantando se houve prejuízo além do não comparecimento como, p.ex., se o acionista poderia mudar o sentido da deliberação pela utilização de seus votos em assembleia. Havendo essa possibilidade, é realmente o caso de se promover a tutela específica e determinar anulação do ato, infelizmente, com todas as consequências daí advindas. Inexistindo outro prejuízo senão o não comparecimento, como no caso de não haver mudança no sentido da deliberação com a participação do acionista não convocado, a questão deve-se dar por convalidada, já que não pode haver alegação de nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

24-

CONFLITOS QUE SE DESENVOLVEM FORA DO ÂMBITO DA SOCIEDADE: DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Há ainda conflitos que se originam fora do âmbito das relações entre o acionista e a sociedade. Nesses casos, não é possível identificar um polo de interesses sociais contra individuais do sócio, ou mesmo de ambos lutando pelo que cada um tem como legítimo para o interesse social porque há interesses de terceiros. São casos tipicamente relacionados a direitos creditórios de terceiros em face da sociedade ou do sócio, com o que se revelam nas hipóteses em que há a desconsideração da personalidade jurídica da empresa.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é muito antiga no sistema jurídico moderno. Trata-se de um relativo consenso que ROLF SERIK foi o seu primeiro sistematizador⁴⁵⁸, quando em 1953 defendeu tese de doutorado na

⁴⁵⁸ - Por todos: FÁBIO ULHÔA COELHO, Curso de Direito Comercial, vol. 2, 5ª ed., Saraiva, 2002, esp. p. 36; FÁBIO KONDER COMPARATO, O Poder de Controle na sociedade anônima, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 74; RUBENS REQUIÃO, Curso de Direito Comercial, vol 2, 22ª ed., Saraiva, 1995, p. 42; ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, Desconsideração da personalidade jurídica – aspectos processuais, Saraiva, 2009, p. 32. Outra obra de relevo e pioneira sobre o assunto é aquela de PIERO VERRUCOLI, na qual se afirmou, sinteticamente, que a autonomia da personalidade jurídica não pode dar ensejo a situações injustas ou ilegais, já que constitui verdadeiro privilégio concedido pelo Estado à pessoa física, a fim de criar um incremento e

Universidade de Tübingen na Alemanha denominada *Rechtsform und Realität Juridischer Personem*.⁴⁵⁹

Nada obstante haver obras doutrinárias anteriores tratando do assunto⁴⁶⁰, algumas leis⁴⁶¹ e uma plêiade de julgados das cortes norte-americanas⁴⁶² e inglesas relativas sobre o tema, o grande mérito de ROLF SERIK foi sistematizar a desconsideração da personalidade jurídica em hipóteses extremas nas quais é necessário prescindir da formal estrutura jurídica das sociedades para atingir seus membros ou sócios.

Para tanto, ROLF SERIK fixou quatro princípios.

O primeiro princípio diz que deverá ser desconsiderada a personalidade jurídica quando houver abuso da forma, ou melhor, quando a autonomia da personalidade jurídica for utilizada para obstar a aplicação da lei, para se eximir de alguma obrigação contratual ou legal ou ainda para prejudicar interesses ou direitos de terceiros por meio de fraude. Para ocorrer a desconsideração, portanto, não basta a prova de má-fé, é necessária a ocorrência de pelo menos um desses elementos, sendo irrelevante, a *contrario sensu*, prova de boa-fé do agente.

O segundo princípio impõe que a desconsideração não poderá ocorrer simplesmente porque os objetivos de uma norma ou de um negócio jurídico não foram atingidos. Disso se extrai uma consequência importante, no sentido de que o mero inadimplemento, a insolvência ou ainda a simples inexistência de bens ou capacidade de honrar obrigações não são suficientes para ensejar a desconsideração da autonomia da pessoa jurídica.

O terceiro princípio reza que para atender à norma é possível valer-se das pessoas físicas que agiram pela pessoa jurídica, já que, em determinadas situações,

um incentivo às atividades econômicas (PIERO VERRUCOLI, Il superamento della personalità giuridica della società di capitali nella 'common law' e nella 'civil law', Giuffrè, Milano, 1964, p. 12 e ss.).

⁴⁵⁹- ROLF SERIK, Forma e realtà della persona giuridica (Rechtsform und Realität jurisdicher Personen), Giuffrè, Milano, 1966, trad. Marco Vitale.

⁴⁶⁰- Como, p. ex., a obra de MAURICE WORMISER (FÁBIO ULHÔA COELHO, Curso de Direito Comercial, vol. 2, 5ª ed., Saraiva, 2002, p. 36).

⁴⁶¹- Confira-se, a título de exemplo, a Companies Act, editada em 1929 na Inglaterra.

⁴⁶²- Nos Estados Unidos, o caso State vs. Standard Oil. Co. de 1892 é tido como referência e citada na obra de SUZANNE BATISD, RENÉ DAVID E FRANCOIS LUCHAIRE (org.), "La personnalité morale et ses limites", in Études de droit compare et droit international public, LGDJ, Paris, 1960. Os mesmos autores mencionam que na Inglaterra, o caso Salomon vs. Salomon & Co. de 1897 é tratado como o primeiro caso no qual a teoria da autonomia da personalidade jurídica foi questionada e desconsiderada.

as normas baseadas nos atributos, na capacidade ou em valores referentes às pessoas físicas podem ser aplicadas às pessoas jurídicas. Assim, se a autonomia da pessoa jurídica estiver sendo utilizada para impedir a aplicação de uma norma com pressuposto em características humanas, a desconsideração deve ocorrer, desde que ausente qualquer incompatibilidade entre o objeto da norma e a função da pessoa jurídica.

O quarto princípio dispõe que a autonomia da personalidade jurídica será desconsiderada se ela for utilizada para tornar ineficaz ou obstar a sua incidência a determinado negócio jurídico baseado em norma que traz uma diferenciação ou identidade para as partes nesse mesmo negócio jurídico. Assim, se a norma dispõe que as partes devem ser distintas para a realização de determinado negócio jurídico, a forma da personalidade jurídica deve ser levantada para que essa diferenciação ou identidade seja preservada.

Enfim, a doutrina de ROLF SERIK, além de pioneira, foi exitosa em defender que a aparente legalidade da personalidade jurídica não deve servir de instrumento para a fraude à lei ou ao direito, o que, por outro lado, sustenta a autonomia da pessoa jurídica quando ela, por meios e objetivos lícitos, tem por finalidade servir de instrumento às pessoas físicas para participar da vida jurídica e para prover a atividade econômica.

De qualquer forma, essa linha mestra encontra-se presente ainda hoje na doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, a qual prega que tal autonomia não prevalece em situações nas quais ela é utilizada para fins contrários ao direito. Isso porque, em determinadas hipóteses, a ilicitude da conduta dos sócios fica encoberta pelo véu da pessoa jurídica, prejudicando interesses, obstando a aplicação da lei, impedindo o exercício de direito ou ainda prejudicando credores.

No Brasil, assim como em inúmeros ordenamentos jurídicos, nunca deixou de aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em razão de não haver norma expressa prevendo essa hipótese, muito menos uma legislação processual disciplinando como operá-la no curso de um processo judicial. RUBENS REQUIÃO foi o pioneiro em trazer essa idéia inovadora ao Brasil.⁴⁶³

Por aqui, durante longos anos, doutrina e jurisprudência afirmaram de forma rígida e intransigente a separação entre a pessoa jurídica e a pessoa física de seus sócios. Assim era feito com amparo no caput do art. 20 do antigo Código Civil, para o qual

⁴⁶³- RUBENS REQUIÃO, “Abuso de Direito e Fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)”, in Revista dos Tribunais, n. 410, p. 12.

“as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. Essa diretriz foi transportada para outros diplomas, tal qual o Código de Processo Civil, estipulando-se a responsabilidade do patrimônio do devedor pelas obrigações deste, em aplicação da tradicional máxima de que o patrimônio do devedor é a garantia comum de seus credores.

Criada essa estrutura, foram incontáveis as oportunidades nas quais tais premissas eram utilizadas com a finalidade única de fraudar credores, encobrando operações ilícitas tendentes a promover a blindagem patrimonial de devedores contumazes, em detrimento de credores legítimos cujas pretensões estavam devidamente amparadas pelo ordenamento jurídico.

Essa postura anti-ética e anti-jurídica motivou uma reação contundente em todos os setores da ciência jurídica. Falou-se do binômio obrigação e responsabilidade afeiçoado ao processo civil moderno de CARNELUTTI e adotado na doutrina corrente do processo civil (especialmente, LIEBMAN e BUZAID). Sua formulação trata de fenômeno de direito material, consistente na titularidade de uma situação contraposta ao direito subjetivo (obrigação, Schuld) e de um de direito processual, representado pela possibilidade, a que se expõem os bens do obrigado, de virem a ser objeto de constrição (responsabilidade, Haftung).⁴⁶⁴

A riqueza da diferenciação entre obrigação e responsabilidade foi o primeiro passo em direção da possibilidade de se estender a penhora a todos participantes dos sucessivos negócios jurídicos tendentes ao inadimplemento: não só o obrigado é responsável pela dívida, pois ela pode ser estendida a terceiros. Assim, o sistema jurídico-positivo inclui aberturas para excluir da responsabilidade executiva alguns bens do suposto devedor, ditos impenhoráveis, e para incluir a responsabilidade de bens que não pertencem a ele, ou que já não lhe pertencem.

Chega-se com isso à responsabilidade por obrigação alheia. Mas essa disposição, quando afeta às sociedades, implicaria uma desconsideração da personalidade jurídica (*disregard of legal entity*), já bastante conhecida em nosso sistema desde a obra de RUBENS REQUIÃO.

Disse J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA que é preciso que haja o predomínio da realidade sobre a aparência, ao tratar das ações das pessoas jurídicas. Isso porque, se é uma outra pessoa a agir sob o escudo da pessoa jurídica fora de sua função,

⁴⁶⁴ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Execução civil, 8ª ed., Malheiros, São Paulo, 2002, pp. 249-250, texto e notas 32-35, onde estão presentes as referências bibliográficas a que se acenou no texto acima.

em detrimento dos interesses desta e contra a lei, a desconsideração será o meio para o reestabelecimento do fato sobre a aparência.⁴⁶⁵

A partir dessa premissa que permeou o sistema jurídico nacional baseada no fato de que um instituto lícito como o da autonomia da personalidade jurídica não poderia servir de instrumento para alcançar fins ilícitos é que a visão instrumentalista do processo deu vazão à preocupação com a justa pacificação social, alcançada somente quando é possível dar efetividade prática da tutela jurisdicional. O raciocínio inverso evidencia: a insatisfação social criada pela sentença não cumprida, o enfraquecimento político do Estado oriundo da falha no ato de imposição de poder e a falência da capacidade jurisdicional de dizer e impor o direito.

Essa preocupação com a utilização indevida da pessoa jurídica fez nascer inúmeras obras expondo o problema e sedimentando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica perante o ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁶⁶

Tamanha a ingerência doutrinária que o legislador curvou-se aos conceitos axiológicos e inseriu no novo Código Civil dispositivo específico sobre o tema: “art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ - “No caso em exame, foi realmente a pessoa jurídica que agiu, ou foi ela mero instrumento nas mãos de outras pessoas, físicas ou jurídicas? (...) Se é em verdade uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas fundamentais da ordem jurídica (bons costumes, ordem pública), é necessário fazer com que a imputação se faça com predomínio da realidade sobre a aparência” (LAMARTINE CORREA DE OLIVEIRA, *A dupla crise da personalidade jurídica*, São Paulo, Saraiva, 1979, p. 613).

⁴⁶⁶ - Sobre o assunto, escreveram nomes expoentes como CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001; RUBENS REQUIÃO, “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica” in *Revista dos Tribunais* 410/12, 1969; FABIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993.

⁴⁶⁷ - Sobre o dispositivo, MARLON TOMAZETE concluiu: “a desconsideração nesse particular vem claramente positivada como uma forma de repressão ao abuso na utilização da personalidade jurídica das sociedades, fundamento primitivo da própria teoria da desconsideração. Assim, vê-se que o direito positivo acolhe a teoria da desconsideração em seus reais contornos” (MARLON TOMAZETE, “A desconsideração da personalidade jurídica; a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil”, *RT*, v. 794, p. 76/94, dez. 2001).

Dessa forma, atenta aos anseios doutrinários e ao novo Código Civil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi positivada no sistema nacional, sedimentando os requisitos para sua aplicação que há muito já vinham sendo utilizados pelos nossos Tribunais: abuso da personalidade jurídica, decorrente de desvio de personalidade e confusão patrimonial. A esses requisitos – e como decorrência lógica deles – a doutrina costuma associar a fraude e o dano ao credor.

A redação do art. 50 é a seguinte: “Em caso de abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”. Versa também sobre o tema em análise o art. 51 do mesmo Diploma Legal, tendo este a seguinte redação: “Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. §1º. Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação da dissolução. §2º. As disposição para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado. §3º. Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica”.⁴⁶⁸

Apesar de algumas imprecisões contidas em sua redação, o Código Civil houve por bem finalmente positivar o instituto da desconsideração da personalidade

⁴⁶⁸ - Em críticas ao dispositivo, FÁBIO KONDER COMPARATO concluiu haver algumas imprecisões: “o dispositivo é criticável a mais de um título. Em primeiro lugar, porque põe, como *concondicio juris* de sua aplicação, um pressuposto que não corresponde, exatamente, ao problema aqui focalizado. A confusão patrimonial não representa, propriamente falando, um ‘desvio nos fins estabelecidos no ato constitutivo’. Não se trata da proibição da prática de atos *ultra vires*, não previstos no objeto social, pois os patrimônios da sociedade e do sócio podem confundir-se, praticamente, no estrito desempenho da atividade empresarial, prevista nos estatutos e nos atos constitutivos. Ademais, essa indistinção patrimonial, criada pelo controlador, nem sempre é acompanhada da ‘prática de atos ilícitos, ou abusivos’, para a qual a personalidade jurídica serviria de cobertura. As sanções de dissolução da pessoa jurídica e da exclusão do sócio responsável (como se a confusão de patrimônio ocorresse tão-só nas sociedades, e não nas fundações ou nas associações) não dão satisfação ao interesse dos terceiros credores. A primeira é de ordem pública (de onde a legitimidade do Ministério público para pedi-la), enquanto a segunda corresponde, mais profundamente, ao interesse dos demais sócios, eventualmente lesados. A verdadeira sanção é a responsabilidade da pessoa, física ou jurídica, que estabeleceu a confusão de patrimônio. Mas o Projeto, nesse ponto, só fala em ‘administrador ou representante’. Ou seja, o controlador que não administre nem represente a pessoa jurídica escaparia a essa responsabilidade”(FÁBIO KONDER KOMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993, pp. 350-351). A redação do art. 50 também recebeu críticas de RUBENS REQUIÃO: RUBENS REQUIÃO, “Projeto de Código Civil. Apreciação crítica sobre a parte Geral e o Livro I (das obrigações)”, in *RT* 477/11-27, jul. 1975, p. 19-20.

jurídica. As hipóteses de aplicação do dispositivo foram ampliadas e o abuso da personalidade foi delineado pelas noções de desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Dessa forma, o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial permitem a desconsideração da personalidade jurídica, cuja finalidade atinge não só a hipótese dos estatutos sociais, mas também aos seus fins sociais. Seu objetivo, portanto, é sancionar o desvio de função da pessoa jurídica,⁴⁶⁹ sem permitir que o mero desatendimento de um ou mais interesses patrimoniais sobre ela dê ensejo à sua aplicação.⁴⁷⁰

25-

AINDA A DESCONSIDERAÇÃO: VEROSSIMILHANÇA, CONTRADITÓRIO E ÔNUS DA PROVA

A desconsideração da personalidade jurídica em hipóteses extremas permite, como visto, prescindir da formal estrutura jurídica das sociedades para atingir seus membros ou sócios. Alguns vieses processuais da aplicação prática da desconsideração já foram amplamente debatidos e fixadas, com isso, premissas sólidas para suprir a ausência de regulação processual legislativa sobre o assunto. Sem irmos a fundo, é importante ao menos mencionar quais são essas premissas.

A primeira delas se refere à desnecessidade de ação autônoma para reconhecimento da fraude ou do abuso do direito para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica. Concluiu-se que as mesmas premissas responsáveis pela construção da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (instrumentalidade da jurisdição e observância de seus escopos) justificam a preocupação com a celeridade e efetividade do comando que manda desconsiderar a personalidade jurídica e responsabilizar pessoa distinta dela. E a forma mais célere e efetiva é a da desconsideração da personalidade jurídica feita sem a necessidade de ação autônoma, ou seja, por meio de decisão

⁴⁶⁹- SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY, A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 144.

⁴⁷⁰- FABIO ULHOA COELHO: “por outro lado, nas situações abrangidas pelo art. 50 do CC/2002 e pelos dispositivos que fazem referência à desconsideração, não pode o juiz afastar-se da formulação maior da teoria, isto é, não pode desprezar o instituto da pessoa jurídica apenas em função do desatendimento de um ou mais credores sociais” (FÁBIO ULHOA COELHO, Curso de Direito Comercial, vol. 2, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 54). A esse respeito, SÍLVIO DE SALVO VENOSA, na premissa de haver graus de desconsideração, afirma que “quanto mais ampla for a utilização abusiva da pessoa jurídica, tanto mais extensa será a desconsideração”, o que pode inclusive gerar a extinção da pessoa jurídica (Novo código civil: texto comparado - código civil de 2002, código civil de 1916, Atlas, São Paulo, 2002, p. 76 e ss.).

interlocutória com base em juízo de verossimilhança havido nos próprios autos da execução.

Doutrina e jurisprudência construíram sólida tese no sentido de autorizar a aplicação da *disregard of legal entity* na própria execução, uma vez que a personalidade jurídica não pode constituir uma couraça acobertadora de situações antijurídicas. Como observado por JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, “aos sócios ou acionistas não será dado utilizar a pessoa jurídica como um instrumento para fins a que não a destinara a ordem jurídica”.⁴⁷¹

Em estudo anterior, essa questão já foi abordada em trabalho anterior no sentido de que “relegar a um processo de conhecimento a aplicação da *disregard doctrine* inviabilizaria a repressão sobre a fraude”.⁴⁷² Realmente questões de alta indagação devem ser objeto de demanda autônoma, mas isso não significa inviabilizar a desconsideração por mera decisão no processo executivo exatamente porque as provas acerca da fraude da personalidade jurídica a serem apresentadas ao juiz da execução devem mesmo ser pré-constituídas, de forma a prescindir qualquer dilação probatória. E esses elementos constituirão no julgador um juízo de verossimilhança do que se alega: em sendo positivo, desconsidera-se a personalidade jurídica; em sendo negativo, o interessado será conduzido às vias ordinárias para produção de outras provas. Ou seja, a questão se resolve no plano do livre convencimento motivado do juiz e não no da adequação da via processual eleita.⁴⁷³

Para alguns doutrinadores brasileiros não há a menor necessidade de se instaurar processo de conhecimento para que se efetive a desconsideração da personalidade jurídica.⁴⁷⁴ E a jurisprudência também já se posicionou no sentido de

⁴⁷¹- JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *Direito societário*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 15.

⁴⁷²- JOÃO PAULO HECKER DA SILVA, *Embargos de terceiro*, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 67. No mesmo sentido: ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, *Desconsideração da personalidade jurídica – aspectos processuais*, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 152; PEDRO HENRIQUE TORRES BIANQUI, *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*, Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 87 e ss., 119 e ss.

⁴⁷³- JOÃO PAULO HECKER DA SILVA, *Embargos de terceiro*, Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 59-61.

⁴⁷⁴- FLÁVIA LEFRÈVRE GUIMARÃES, *Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor - aspectos processuais*, Max Limonad, São Paulo, 1998, p. 169. ANCO MÁRCIO VALLE defende a dispensabilidade de ação de cognição, mas ressalta que deve ser dada oportunidade de defesa e ao contraditório previamente ao decreto de desconsideração: “(...) o eventual ajuizamento de uma ação de cognição para a aplicação da teoria da penetração não faz qualquer sentido, pois o pressuposto autorizador da desconsideração da pessoa jurídica é simples e objetivamente verificável. Basta que o Juiz ouça os interessados sobre a questão, tanto a sociedade quanto os sócios responsáveis, deferindo-lhes a possibilidade de produzir provas, para que, ao final, possa decidir pela desconsideração da personalidade jurídica, caso

reconhecer a prescindibilidade de demanda autônoma para o decreto de desconsideração, podendo este ser perfeitamente deferido no curso do processo de execução.⁴⁷⁵

tal solução seja a mais indicada na espécie” (ANCO MÁRCIO VALLE, O direito do consumidor à desconsideração da personalidade jurídica, em caso de falência da sociedade fornecedora, vol. II, Ajuris, Porto Alegre, 1998, p. 663).

⁴⁷⁵ - São inúmeros os julgados nesse sentido: “não procede a tentativa de condicionar a aplicação dos princípios da doutrina em questão à prévia decisão judicial em processo de conhecimento (...) aliás, condicionar a aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica a prévio pronunciamento judicial importa torná-la inteiramente inoperante pelo retardamento de medidas cuja eficiência e utilidade depende de sua rápida efetivação” (STJ, 4ª T., RESP. n. 86502/SP, rel. Min. RUY ROSADO, j. 21/4/1996, in RSTJ 90/280). “Desconsideração da pessoa jurídica. Pressupostos. Embargos de devedor. É possível desconsiderar a pessoa jurídica usada para fraudar credores” (STJ, 4ª T., Resp 86502/SP, rel. Min. RUY ROSADO, j. 21.5.96). “Processual civil. Recurso especial. Ação de embargos do devedor à execução. Acórdão. Revelia. Efeitos. Grupo de sociedades. Estrutura meramente formal. Administração sob unidade gerencial, laboral e patrimonial. Gestão fraudulenta. Desconsideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica devedora. Extensão dos efeitos ao sócio majoritário e às demais sociedades do grupo. Possibilidade. A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face à revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz. Precedentes. Havendo gestão fraudulenta e pertencendo a pessoa jurídica devedora a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando as diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial, laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da devedora para que os efeitos da execução alcancem as demais sociedades do grupo e os bens do sócio majoritário. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletivo), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros” (STJ, 3ª T., Resp 332763/SP, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 30/4/2002). “Agravo de instrumento - Possibilidade de discutir-se, nos autos da falência já em curso, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da agravada, garantindo-lhe, todavia, o exercício pleno dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, dispensado, portanto, o ajuizamento de ação autônoma, para a perseguição daquela declaração - recurso provido” (TJ-SP 3ª Cam. Dir. Pub., AI n. 87.350-4-SP, rel. Des. ANTONIO MANSSUR, j. 13/10/1998, v.u.). “A jurisprudência não tem exigido, outrossim, ação própria do credor, que vise a pré-constituir a responsabilidade dos sócios-gerentes, para somente após finda tal demanda, prosseguir a execução contra a sociedade, sendo de considerar tal exigência, a par de frequentemente inviabilizar o exercício do direito do credor perante a sociedade ainda encontra sua dispensa no meio próprio e imediato que dispõe os sócios de excluir seus bens da constrição judicial, com suspensão do andamento da execução quanto a eles” (1º TACSP, 1ª Cam., AI. n. 342.521, Rel. Juiz MARCO CÉSAR, j. 25.6.85, in RT 599/133). “Falência - desconsideração da personalidade jurídica - declaração incidental - possibilidade - desnecessidade de prévia decisão judicial em processo de conhecimento - hipótese de ineficácia relativa, e não de invalidação dos negócios jurídicos, que permite a arrecadação dos bens como se ainda pertencessem à falida - ajuizamento da ação revocatória que não é exigência absoluta nos casos de ineficácia relativa dos atos praticados pelo devedor - entendimento doutrinário e jurisprudencial - liminar cassada - recurso não provido” (TJ-SP, 7ª Cam. Dir. Priv., AI n. 155.854-4-SP, rel. Des. SALLES DE TOLEDO, j. 29/11/2000, v.u.). “Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Desconsideração da personalidade jurídica. Convocação dos sócios-gerentes para o pólo passivo. Emissão de cheques sem fundos e indicação de bens a penhora de manifesta

A conclusão pela prescindibilidade de demanda autônoma se vincula a outra premissa também já bem fixada pela doutrina, que é a da necessidade de se conceder oportunidade ao contraditório. Em estudo anterior, essa questão já foi abordada no sentido de que uma medida dessa ordem deve sim vir acompanhada das garantias do contraditório sem, contudo, haver qualquer necessidade de que isso ocorra na forma antecipada. Isso porque, o direito de defesa será exercido em sua plenitude pelos meios processuais corretos colocados à disposição de quem teve seu patrimônio ameaçado ou constricto em processo judicial: p. ex., embargos à execução ou de terceiro.⁴⁷⁶

Essas duas premissas anteriormente estabelecidas nos permite abordar a aplicação da *disregard doctrine* sob o enfoque da verossimilhança do direito de quem alega os atos de fraude ou abuso, bem como da inversão do ônus da prova.

Em primeiro lugar cabe ressaltar que em matéria de responsabilidade patrimonial no âmbito da sociedade anônima, não existe responsabilidade do acionista comum por débitos daquela.⁴⁷⁷ Até mesmo porque há presunção de autonomia entre as personalidades jurídicas dos sócios e da sociedade. Por outro lado, se cabe a quem alega a prova do fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 333, inc. I), é evidente que quem alegar a existência de fraude ou de abuso de direito terá de prová-lo.

Contudo, nem sempre é tão simples ou justo impor a prova do fato a quem alega, ainda mais quando é necessário provar fraude ou abuso em questões societárias intrincadas e que podem gerar a aparente legalidade da insuficiência patrimonial societária para arcar com suas obrigações. Isso se percebe logo quando é preciso demonstrar a apropriação pelos sócios dos meios de produção,⁴⁷⁸ a subcapitalização do capital,⁴⁷⁹ a distribuição irregular de dividendos, etc.

ineficácia, como indicadores da prática abusada e fraudatária. Suficiência de elementos, principalmente circunstanciais e indiciários, a emprestar base da medida tomada em primeiro grau. Dispensa de prévio pronunciamento em processo de conhecimento, a exemplo da ineficácia que ocorre com a fraude de execução. Decisão confirmada. Recurso improvido” (TJ-PR, 8ª Cam. Civ., AI n. 136548000, rel. Des. SERGIO ARENHART, j. 7/2/2000).

⁴⁷⁶- JOÃO PAULO HECKER DA SILVA, Embargos de terceiro, Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 69-70.

⁴⁷⁷- “Em termos de responsabilidade patrimonial, a sociedade anônima se caracteriza pela inexistência, em regra, de responsabilidade do acionista comum por débitos da pessoa jurídica” (ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO, O responsável executivo secundário, Quartier Latin, São Paulo, 2006, p. 203).

⁴⁷⁸- WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, Responsabilidade dos sócios – a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p 327. No mesmo sentido: CESAR CIAMPOLINI NETO e WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, “A ‘teoria histórica da disciplina da responsabilidade dos sócios’ e os precedentes em matéria de desconsideração da personalidade jurídica”, in O direito de empresa nos tribunais brasileiros,

Em razão de o ônus da prova constituir regra de julgamento, é preciso pelo menos delimitar exatamente o objeto da prova, a fim de viabilizar a sua própria produção. Além disso, a delimitação quanto aos fatos é importante também porque permite às partes o pleno exercício do direito à prova no processo. Por isso, como bem ressaltado por WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, quando o que se quer provar são fatos cujo próprio significado é duvidoso (p.ex., fraude, abuso, etc.), nem mesmo as regras de julgamento são capazes de evitar que a prova reste frustrada.⁴⁸⁰

Sem ter acesso a documentos e informações societários como contratos, atas, relatórios financeiros e de contabilidade, balanços, fluxos de caixa, mostra-se praticamente impossível investigar-se a legalidade de atos tidos por fraudulentos, quiçá então fazer sua prova (documental) no processo de execução. A parte, quando muito, poderá trabalhar com presunções e fazer prova de fatos correlatos ou indiretos, com os quais se extrai a idéia de ter havido fraude ou abuso de direito pela sociedade.

Nesses casos específicos e diante da circunstância objetiva de que para o decreto de desconsideração é preciso fazer prova da ocorrência de eventos com significados abertos e de alta fluidez, é de se permitir a inversão do ônus da prova.⁴⁸¹

A inversão deve ocorrer quando houver a impossibilidade de o terceiro provar a ocorrência de determinado ato fraudulento da sociedade para tornar excessivamente difícil o adimplemento da obrigação. Trata-se de mera aplicação do que dispõe o art. 333, § único, inc. I: “§ único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: (...) II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”).⁴⁸²

Quartier Latin, São Paulo, 2010, p. 258, coord. Cesar Ciampolini Neto e Walfrido Jorge Warde Júnior.

⁴⁷⁹ - PEDRO HENRIQUE TORRES BIANQUI, Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil, Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 61-62. O autor aponta que para os casos de subcapitalização simples, é necessário demonstrar algum elemento subjetivo cometido pelo sócio para deixar a sociedade sem capital suficiente.

⁴⁸⁰ - WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, Responsabilidade dos sócios – a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 329.

⁴⁸¹ - Contra: FÁBIO ULHOA COELHO, Curso de direito comercial, vol. 2, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002, p. 55.

⁴⁸² - WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, Responsabilidade dos sócios – a crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 328; No mesmo sentido: CESAR CIAMPOLINI NETO e WALFRIDO JORGE WARDE JÚNIOR, “A ‘teoria histórica da disciplina da responsabilidade dos sócios’ e os precedentes em matéria de desconsideração da personalidade jurídica”, in O direito de empresa nos tribunais brasileiros, Quartier Latin, São Paulo, 2010, pp. 259-260, coord. Cesar Ciampolini Neto e Walfrido Jorge Warde Júnior.

Isso pode ocorrer quando a parte alega que houve manipulação da contabilidade ou de seus balanços e que por esse meio a sociedade se desfez de seus ativos. Evidentemente, cabe ao terceiro a prova de que não há mais bens disponíveis e apresentar alguma alegação no sentido de que houve manipulação da contabilidade. À sociedade caberá então, diante da inacessibilidade de seus documentos contábeis pelo terceiro, demonstrar a sua regularidade e que a ausência de bens não é decorrente da utilização ilegal de sua contabilidade.

Em casos de complexos grupos societários o terceiro também terá grande dificuldade de produzir a prova, já que não tem acesso aos documentos de constituição, livros de registro de ações ou de qualquer meio para delimitar a responsabilidade e vinculação entre as empresas.⁴⁸³ Assim, nesses casos, se legitima também a inversão do ônus da prova na desconsideração da personalidade jurídica.

Do mesmo modo, haverá inversão do ônus da prova quando alegado pelo terceiro que determinada operação havida entre o controlador e a sociedade (empréstimo, diminuição de capital, etc.) onerou os bens dessa última ou a deixou com dívidas que impossibilitam a execução do crédito do terceiro. À sociedade caberá a prova da regularidade da operação, demonstrando não haver qualquer elemento subjetivo no sentido de frustrar direitos de terceiros credores.

A inversão do ônus da prova deve ocorrer também quando a parte se funda em fato do qual decorre presunção relativa de efeitos. Ou seja, nesse casos, não é necessário provar o elemento subjetivo característico da fraude, mas tão somente o próprio fato que gera a presunção. Havendo, portanto, encerramento irregular das atividades da sociedade perante os órgãos registrários, seu desaparecimento do local de sua sede e inexistindo bens livres e desembaraçados a fazer frente a suas obrigações, cabe apenas a prova desses fatos, já que juntos geram a presunção de ter havido fraude da personalidade jurídica perpetrada pelos sócios. Nesses casos, portanto, caberá aos sócios ou a prova de que, p.ex., a sociedade está em outro local e que a não atualização do endereço de sua sede no registro ocorreu por uma fatalidade, ou a coprovação de que o encerramento das atividades da empresa se deveu às intempéries do mercado (e assim se submeter à falência) e não por meio de fraude ao direito de crédito de terceiros.

⁴⁸³ - A respeito da insuficiência do instituto da desconsideração da personalidade jurídica para solucionar problemas de grupos de sociedades: EDUARDO SECCHI MUNHOZ, "Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades, in Revista de Direito Mercantil n. 134, abril-julho 2004, pp. 25 e ss.

De qualquer forma, é inegável que nesses dois casos de inversão do ônus da prova, a sociedade é quem tem melhores condições de produzir as provas e, portanto, deve ela arcar com esse ônus.

Diante disso, em processo de execução no qual se tem pendente pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa para alcançar bens dos sócios é imperioso concluir pelo seguinte:

(i) antes de deferir a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade para alcançar o patrimônio dos sócios, é preciso conceder direito de defesa a estes últimos, tendo em vista a inexistência de prejuízo em concreto ao exequente em se aguardar a efetivação do contraditório. Abrir oportunidade ao contraditório não implica aguardar uma cognição exauriente a respeito do tema (com produção de provas em instrução), nem mesmo uma decisão definitiva sobre o assunto (como a sentença em embargos de terceiro). De todo modo, o juiz deve sempre ouvir a parte contra quem se deseja voltar os atos executivos antes de perpetrar atos de constrição ou esbulho na posse de bens de quem não faz parte da execução (*in casu*, os bens dos sócios);

(ii) o contraditório pode ser postergado a um segundo momento somente se quem alega a fraude ou o abuso possui prova preconstituída (ou verossimilhança em suas alegações), bem como se há perigo de ineficácia dos atos executivos constritivos sobre o patrimônio dos sócios, caso estes venham a ter conhecimento do requerimento de desconsideração da personalidade jurídica. Caso contrário, não há motivos relevantes para postificar o contraditório; e

(iii) sempre que o juiz inverter o ônus da prova dos atos tidos por fraudulentos ou praticados em abuso do direito, deverá primeiro intimar os sócios para exercerem seu direito de defesa pela abertura do contraditório. Isso se justifica não só diante da ausência de urgência que demande a inversão do momento de realização do contraditório, mas porque não há provas nos autos de que teria realmente havido fraude ou abuso de direito.

26-

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INVERSA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem por objetivo coibir o abuso da autonomia da pessoa jurídica, evitando assim que sociedades ajam em fraude à lei para prejudicar terceiros. Para garantir a eficácia dessa proteção, essa

teoria deve ser encarada como uma via de mão dupla, ou seja, que fraudes não sejam praticadas também por sócios ou administradores que tenham por objetivo se locupletar da autonomia da pessoa jurídica para afastarem-se de suas obrigações para com os terceiros, ante a impossibilidade deles, pessoas físicas, responderem às suas obrigações.⁴⁸⁴

Assim, a desconsideração inversa, como é chamada, é utilizada para imputar à sociedade obrigação que formalmente seria do sócio, impedindo que ocorra desvio dos bens que seriam do sócio para a sociedade, sem que para isso tenha havido uma causa. Segundo FÁBIO ULHOA COELHO, “a fraude que a desconsideração invertida cibe é, basicamente, o desvio de bens”.⁴⁸⁵

Nesses casos o acionista transfere seus bens pessoais a uma sociedade e continua deles usufruindo da mesma forma como antes, mesmo não sendo mais o titular. O acionista pode também simplesmente adquirir pela sociedade todos os bens que adquiriria na pessoa física e deles usufruir sem que tenha qualquer relação com o propósito empresarial, ou seja, sem haver relação direta com o objeto social da empresa.

No primeiro caso, para aplicação da *disregard doctrine* na forma inversa, é preciso comprovar que a transferência do patrimônio ocorreu em fraude à lei ou para prejudicar direitos de terceiros. É o caso da mulher casada que, concordando com o argumento do marido de transferir os bens do casal para a empresa, depois se vê impossibilitada de fazer prova no processo de separação ajuizado por seu marido logo depois da referida transferência, de haver bens a serem partilhados em nome do casal. Evidentemente, nesse caso, resta clara a intenção do sócio (in casu do marido) de burlar as regras do regime de bens do casamento e a própria partilha de bens na separação.⁴⁸⁶

No segundo caso, deve-se aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica inversa, porque o sócio tem evidente intenção de não garantir patrimonialmente qualquer obrigação assumida na pessoa física. Isso porque, nesses casos inexistente de patrimônio em nome do sócio que possa justificar um alto padrão de vida levado por ele ou sua família, sendo evidente que o sócio movimenta recursos da empresa

⁴⁸⁴ - No mesmo sentido: ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, Desconsideração da personalidade jurídica – aspectos processuais, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 61; FÁBIO ULHOA COELHO, Curso de direito comercial, vol. 2, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002, pp. 44-45.

⁴⁸⁵ - FÁBIO ULHOA COELHO, Curso de direito comercial, vol. 2, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002, pp. 44-45.

⁴⁸⁶ - A esse respeito, ANDRÉ PAGANI DE SOUZA alerta ainda para afastar a necessidade de ação pauliana para anular a transferência patrimonial (ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, Desconsideração da personalidade jurídica – aspectos processuais, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 63).

como se fossem particulares. Do mesmo modo, não há razão para que diversos bens não de uso como casas de veraneio e carros de luxo importados, todos utilizados pelos sócios ou suas famílias, estejam registrados em nome da sociedade. Isso porque, além de serem de fato de uso exclusivo dos sócios e suas famílias fora do âmbito da realização do objeto social da empresa, não compõem atividade comercial desta.

FÁBIO ULHOA COELHO ainda ressalta casos nos quais, em fundações ou associações, ao seu instituidor ou integrante não é atribuída nenhuma participação quando de sua constituição. Assim, caso exerça um controle sobre os órgãos administrativos dessas sociedades, o associado ou o instituidor pode ainda com mais eficiência dar cabo ao seu artil fraudatório e de desvio de bens.⁴⁸⁷

Mas poder-se-ia alegar que a desconsideração inversa da personalidade jurídica ensejaria prejuízo aos credores da sociedade. Contudo, como bem ressaltado por ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, “a desconsideração dessa transferência não muda a situação dos demais credores da sociedade, os quais não podem contar com o patrimônio indevidamente transferido para ela”.⁴⁸⁸ Isso porque, se o patrimônio não pertence a sociedade, mas aos sócios, evidentemente não pode ele servir como garantia dos débitos daquela.

Do mesmo modo não há que se falar em impossibilidade da desconsideração inversa da sociedade pela possibilidade de se penhorar quotas ou ações desta em caso de dívidas de seus sócios. Independentemente da penhorabilidade ou não de quotas ou ações, com o que concordamos com a possibilidade de constrição, é importante ressaltar que tal penhora não satisfaz o interesse do credor.

Isso porque, nesse caso ocorre a subrogação do bem pelo crédito, ou seja, a questão se resolve, como na fraude de execução, pela ineficácia endoprocessual do ato jurídico de transferência patrimonial para a sociedade ou a sua própria aquisição.

Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica devem ser vistos por meio do prisma objetivo e subjetivo. No primeiro, haveria ineficácia parcial. Isso porque, levantar o véu da pessoa jurídica não priva os negócios jurídicos por esta praticados integralmente de sua eficácia, como por exemplo, a ineficácia da transmissão do domínio. No plano subjetivo, o efeito seria de invalidade relativa: somente perante o

⁴⁸⁷ - FÁBIO ULHOA COELHO, Curso de direito comercial, vol. 2, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002, p. 45.

⁴⁸⁸ - ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, Desconsideração da personalidade jurídica – aspectos processuais, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 64.

exequente é que a transferência ou a titularidade dominial de determinado bem é ineficaz. Esse efeito no plano subjetivo nos remete ao conceito de inoponibilidade, pois não aproveita ao adquirente do bem perseguido opor o seu direito de validade da alienação àquele que obteve a desconsideração da personalidade jurídica. E justamente por isso é que a consequência direta gerada é a possibilidade de subrogação do bem a determinada obrigação, perante determinado credor, em determinado processo. Portanto, a declaração de ineficácia relativa não inibe o efeito principal do negócio jurídico fraudulento (transferência do domínio), mas tão somente aquele secundário (afastar a incidência da subrogação).⁴⁸⁹

Dessa forma, basta, para os desígnios do processo de execução, que se decrete a desconsideração inversa para alcançar bens da sociedade para satisfação de débitos dos sócios, sendo desnecessário sujeitar o credor às arguas de uma apuração de haveres para liquidação da participação acionária do sócio executado.⁴⁹⁰

27-

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A comissão de juristas elaborada pelo Senado Federal elaborou o Projeto n. 166 de 2010, com o qual foi apresentada uma primeira versão do novo Código de Processo Civil. O Anteprojeto transformou-se em Projeto de Lei no Senado Federal que, por sua vez, aprovou o substitutivo e o encaminhou à Câmara dos Deputados, onde tramita hoje sob o número 8.046/2010.

No que se refere ao tema da desconsideração da personalidade jurídica, as inovações foram muitas porque é proposta a criação de um incidente específico para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica, como pressuposto de seu deferimento no processo.

A grande realidade é que o projeto do Novo Código de Processo Civil positiva algumas praxes já consolidadas pela jurisprudência e resolve algumas

⁴⁸⁹ - Assim, do mesmo modo em que ocorre na fraude de execução: JOÃO PAULO HECKER DA SILVA, Embargos de terceiro, Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 58-59.

⁴⁹⁰ - A esse respeito, ANDRÉ PAGANI DE SOUZA ressalta ainda a ausência de interesse do credor em apurar haveres de uma sociedade da qual não tem qualquer informação (ANDRÉ PAGANI DE SOUZA, Desconsideração da personalidade jurídica – aspectos processuais, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 64).

divergências havidas em nossos Tribunais: (i) estabelece como requisitos da desconsideração aqueles definidos pelo Código Civil, arts. 50 e 51; (ii) possibilita a desconsideração em qualquer processo ou procedimento; (iii) admite a desconsideração somente a requerimento da parte somente ou do Ministério Público, não prevendo a possibilidade de o juiz deferir a medida de ofício; (iv) define que os efeitos de certas e determinadas obrigações podem ser estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica, mas não define solidariedade ou uma proporcionalidade com os atos praticados por cada administrador ou sócio; (v) possibilita a desconsideração da personalidade jurídica inversa; (vi) impõe o respeito ao contraditório antes de o juiz decretar a desconsideração e fixa o prazo de 15 dias para manifestação. Em caráter excepcional, admite-se a postergar o contraditório a um momento anterior, com a constrição em primeiro lugar para evitar dano; (vii) impõe a realização de instrução probatória; (viii) qualifica a decisão que concede a desconsideração como interlocutória eficácia imediata, impugnável via agravo de instrumento.

Confira o texto atualmente em discussão perante a Câmara dos Deputados no substitutivo n. 8.046/2010:

“CAPÍTULO II

DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Art. 77. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, em qualquer processo ou procedimento, decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O incidente da desconsideração da personalidade jurídica:

I – pode ser suscitado nos casos de abuso de direito por parte do sócio;

II - é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Art. 78. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.

Art. 79. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento.”

Como é curial, esse projeto tem recebido diversas sugestões da sociedade, destacando-se duas, aquela do Instituto Brasileiro de Direito Processual e a aquela outra apresentada pelo Min. CÉZAR PELUZO, do Supremo Tribunal Federal.

A primeira sugestão, feita pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, cujo substitutivo é composto de contribuições de seus associados no Brasil todo, foram lideradas e organizadas pelos Profs. ADA PELLEGRINI GRINOVER, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, CARLOS ALBERTO CARMONA e CÁSSIO SCARPINELA BUENO. O substitutivo, a esse respeito, veio assim redigido:

“Seção II

Do incidente de desconconsideração da personalidade

Art. 313-A. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado na forma da lei, o juiz pode, a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, instaurar incidente para que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

Parágrafo único. O disposto neste artigo pode ser aplicado inversamente na hipótese de abuso da pessoa física a fim de atingir os bens da pessoa jurídica.

Art. 313-B. O incidente de desconconsideração, que não suspenderá o processo, é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e também na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Parágrafo único. A instauração será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

Art. 313-C. Requerida a desconconsideração, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requererem as provas cabíveis.

Art. 313-D. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento.

Art. 313-E. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou oneração de bens, havida em fraude de execução, após a instauração do incidente será ineficaz em relação ao requerente.”

A segunda sugestão, apresentada pelo Min. CEZAR PELUZO, veio assim redigida:⁴⁹¹

“Art. 77. Nas situações em que a lei autoriza a desconconsideração da personalidade jurídica, o juiz, em qualquer processo ou procedimento, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, decidirá após prévio contraditório que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou dos sócios da pessoa jurídica ou aos bens de empresa do mesmo grupo econômico.

§ 1º A mera inexistência ou insuficiência de patrimônio para o pagamento das obrigações contraídas pela pessoa jurídica não autoriza a desconconsideração da personalidade jurídica, quando ausentes os pressupostos legais.

§ 2º Somente poderá ser desconconsiderada a personalidade jurídica se a parte executada não tiver patrimônio suficiente para satisfazer a execução.

§ 3º Os efeitos da declaração de desconconsideração da personalidade jurídica não atingirão os bens particulares de sócio ou administrador que não tenha efetivamente participado de qualquer situação que a autorize.

§ 4º O ônus da prova é do interessado na desconconsideração, salvo nas situações excepcionais previstas em lei;

⁴⁹¹- Confira a justificativa apresentada para as alterações propostas: “a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica é uma exceção à autonomia da pessoa jurídica e serve justamente para afirmá-la. Trata-se de um instituto pretoriano criado justamente para evitar situações de mau uso da pessoa jurídica, ainda que sem a presença do elemento subjetivo, como acontece nos casos de confusão patrimonial ou de esferas. Justamente em razão dessa excepcionalidade e seguindo jurisprudência já consolidada, a mera inexistência de patrimônio da pessoa jurídica não pode servir para aplicação da disregard doctrine, pois não é obrigatória a presença de patrimônio os negócios da sociedade e no Brasil não há regra de capital social mínimo. A desconconsideração deve ser vista pela óptica do poder de controle. Diante disso, aquele que detém as rédeas da sociedade é quem deve ser atingido em eventual desconconsideração. Mas essa regra comporta exceções. Na vida dinâmica das sociedades, algum sócio que não o controlador ou majoritário pode cometer algum ato autorizador da desconconsideração e esse será responsável. Não obstante essa regra de que o majoritário ou controlador ordinariamente é o sujeito passivo da responsabilidade pela desconconsideração da personalidade jurídica, ela pode sofrer exceções e outros sócios podem ser atingidos, a depender da situação concreta e a bem da efetividade. A desconconsideração da personalidade jurídica gera um fato constitutivo do direito do credor, na medida em que gera a ele um direito de ver o patrimônio do sócio, como responsável, pela dívida inadimplida pela sociedade. Por isso o ônus probatório é desse credor e não da pessoa jurídica ou do sócio. Essa excepcionalidade da desconconsideração justifica também a positivação de que Outros bens que não dinheiro também integram o patrimônio da pessoa jurídica e a mera ausência de pecúnia não é motivo suficiente para a penhora de bens do sócio. Isso porque somente há interesse na desconconsideração quando há insolvência da pessoa jurídica, ou seja, se ela não tem patrimônio suficiente para arcar determinado débito. Havendo pois outros bens que não dinheiro, ainda que de menor liquidez, carece de interesse o credor em desconconsiderar a personalidade jurídica”.

Art. 78. Requerida a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão citados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestar e requerer as provas cabíveis.

Art. 79. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória impugnável por agravo de instrumento”.

Como se percebe, apesar dos avanços sinalizados, principalmente com relação à sistematização de como se deve operar a desconsideração no processo e à regra geral de instituição do contraditório prévio, é preciso aguardar o trâmite de todas as discussões legislativas para definição dos contornos exatos em que deve ser introduzido esse instituto no novo Código de Processo Civil. De qualquer forma, é salutar a manutenção desses dois avanços mencionados no texto final.

28-

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: TUTELA DA EVIDÊNCIA

A comissão de juristas elaborada pelo Senado Federal elaborou o Projeto n. 166 de 2010, com o qual foi apresentada uma primeira versão do novo Código de Processo Civil. O Anteprojeto transformou-se em Projeto de Lei no Senado Federal que, por sua vez, aprovou o substitutivo e o encaminhou à Câmara dos Deputados, onde tramita hoje sob o número 8.046/2010.

No que se refere ao tema da tutela da evidência, as inovações foram muitas, até porque não havia previsão legal específica a esse respeito. Restou dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil para a tutela da mera evidência quando: (i) ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório; (ii) um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva; (iii) a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou (iv) a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante; e (v) na entrega do objeto custodiado, o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.

O texto atualmente em discussão perante a Câmara dos Deputados possui a seguinte redação:

“TÍTULO IX

TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DA EVIDÊNCIA

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Seção I

Das disposições comuns

Art. 269. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

§ 1º São medidas satisfativas as que visam a antecipar ao autor, no todo ou em parte, os efeitos da tutela pretendida.

§ 2º São medidas cautelares as que visam a afastar riscos e assegurar o resultado útil do processo.

§ 3º As medidas satisfativas poderão ser requeridas na petição inicial ou no curso do processo.

§ 4º As medidas cautelares poderão ser requeridas antecedentemente à causa principal ou incidentalmente.

Art. 270. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Parágrafo único. A medida de urgência poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

Art. 271. Na decisão que conceder ou negar a tutela de urgência e a tutela da evidência, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

Parágrafo único. A decisão será impugnável por agravo de instrumento.

Art. 272. A tutela de urgência e a tutela da evidência serão requeridas ao juiz da causa e, quando antecedentes, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Nas ações e nos recursos pendentes no tribunal, perante este será a medida requerida.

Art. 273. A efetivação da medida observará, no que couber, o parâmetro operativo do cumprimento da sentença definitivo ou provisório, no que couber.

Art. 274. Independentemente da reparação por dano processual, o requerente responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a efetivação da medida, se:

I - a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a medida em caráter antecedente, não promover a citação do requerido dentro de cinco dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer dos casos legais;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência, ou da prescrição da pretensão do autor.

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida.

Art. 275. Tramitarão prioritariamente os processos em que tenha sido concedida tutela da evidência ou de urgência, respeitadas outras preferências legais.

(...)

Seção III

Da tutela da evidência

Art. 278. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido;

II - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso, caso em que a solução será definitiva;

III - a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca; ou

IV - a matéria for unicamente de direito e houver jurisprudência firmada em julgamento de casos repetitivos ou súmula vinculante.

Parágrafo único. Independência igualmente de prévia comprovação de risco de dano a ordem liminar, sob cominação de multa diária, de entrega do objeto custodiado, sempre que o autor fundar seu pedido reipersecutório em prova documental adequada do depósito legal ou convencional.”

A única crítica que fazemos a respeito do texto em discussão na Câmara é com relação ao inc. IV. Isso porque, em se tratando de matéria de direito, é possível o julgamento antecipado da demanda logo após a apresentação de defesa. Antecipar o provimento nesse caso sem o requisito da urgência, além de desnecessário, poderá criar ainda mais incidentes e recursos a serem julgados pelos nossos Tribunais já tão abarrotados, em prejuízo da própria celeridade do processo como um todo.

A esse projeto foi elaborado um substitutivo pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, cujas sugestões de seus associados foram lideradas e organizadas pelos Profs. ADA PELLEGRINI GRINOVER, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, CARLOS ALBERTO CARMONA e CÁSSIO SCARPINELA BUENO. O substitutivo, no que se refere à tutela da evidência, conteve as seguintes sugestões:⁴⁹²

“CAPÍTULO III

Da estabilização da tutela satisfativa

Art. 286-B. Os efeitos da tutela satisfativa, concedida em processo antecedente, continuarão estáveis e eficazes após a extinção do respectivo processo, quando:

- I – da decisão de primeiro grau não houver sido interposto recurso;
- II – a decisão de primeiro grau houver sido confirmada pelo tribunal;
- III – negada em primeiro grau, a tutela satisfativa for concedida em grau recursal.

Parágrafo único. É facultado ao autor, no caso de tutela parcial, propor demanda a fim de obter a satisfação integral de suas pretensões, caso em que a petição inicial versará a totalidade da lide, ressalvada a estabilização dos efeitos da tutela parcial.

Art. 286-C. Os efeitos da tutela satisfativa, concedida incidentalmente, estabilizar-se-ão, tornando-se eficazes, se não for interposto agravo.

§ 1º. Havendo agravo, o processo prosseguirá.

§ 2º. Cabe ao autor, no caso de tutela parcial, requerer o prosseguimento do processo no prazo de 30 dias contados da estabilização de seus efeitos.

§ 3º. A inércia do autor acarretará a extinção do processo sem resolução de mérito.

Art. 286-D. Qualquer uma das partes poderá demandar a outra com o intuito de discutir o direito que tenha sido objeto da tutela satisfativa e cujos efeitos tenham sido declarados estabilizados na forma dos artigos 286-B e 286-C.

§ 1º. A tutela satisfativa conservará seus efeitos enquanto não revogada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o caput.

⁴⁹²- Na exposição de motivos do referido substitutivo consta o seguinte: “o Capítulo dedicado à “tutela de urgência” e “tutela da evidência” (arts. 269 a 286 do PL n. 8.046/2010) foi substituído por outro dedicado exclusivamente à “tutela de urgência”, mantendo a importante distinção entre as medidas satisfativas e as acautelatórias (art. 269, §§ 1º e 2º). A “tutela da evidência” foi absorvida por duas novidades: a estabilização da “tutela satisfativa” (arts. 286-B a 286-D) e o “julgamento parcial da lide”. Para este instituto, cuja expressa disciplina atende a diversos setores da academia já diante do atual Código, dedicamos uma Seção própria, uma das hipóteses que aparecerão ao magistrado quando do “julgamento conforme o estado do processo” (art. 341-A). Coerentemente, propomos a rescindibilidade da decisão estabilizadora da tutela satisfativa (art. 919, § 2º) e precisamos melhor o conceito, por exclusão, de decisão interlocutória (art. 170, § 2º)”.

§ 2º. Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida para instruir a petição inicial da ação a que se refere o caput, prevento o juízo em que a tutela satisfativa foi concedida.

§ 3º. A pretensão a que se refere esse artigo prescreve no prazo de dois anos contados da preclusão da decisão que declarar estável a tutela satisfativa.

(...)

Seção III

Do julgamento parcial da lide

Art. 341-A. O juiz poderá decidir parcialmente a lide quando:

I - um ou mais dos pedidos cumulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso;

II – qualquer dos pedidos cumulados ou parcela deles estiver em condições de pronto julgamento;

III – algum dos pedidos ou parcela deles versar sobre matéria unicamente de direito e houver tese firmada em julgamento de recursos repetitivos, em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em súmula vinculante.

§ 1º. A decisão que julgar parcial parcialmente a lide poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º. A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente a lide independentemente de caução, ainda que haja recurso dela interposto.

§ 3º. A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente a lide poderá ser feita em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.”

Como é possível perceber, a própria positivação no sistema processual da previsão da tutela de evidência desprovida da urgência já apresenta um grande avanço na busca de maior efetividade ao processo. No entanto, é preciso aguardar o trâmite de todas as discussões legislativas para definição dos contornos exatos em que deve ser introduzida a tutela da mera evidência no novo Código de Processo Civil.

De qualquer forma, é salutar a manutenção dessa previsão legal possibilitando a tutela da evidência sem o requisito da urgência.

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO V TUTELAS DE URGÊNCIA E DELIBERAÇÕES SOCIAIS</p>

29-**EXTENSÃO DO TERMO SUSPENSÃO NO QUE SE REFERE A DELIBERAÇÕES SOCIAIS**

É comum no foro nos depararmos com a expressão suspensão de deliberação assemblear como referência genérica e desprovida de técnica a quatro diferentes situações processuais a serem delimitadas liminarmente por uma medida urgente. Consequentemente, tais situações de direito processual referem-se a quatro respectivas situações de direito material também completamente diferentes entre si e que, por isso, têm o condão, cada uma por si, de definir o provimento necessário para a satisfação do direito da parte.

A primeira delas trata da suspensão do direito a deliberar e pressupõe-se que a deliberação assemblear ainda não ocorreu. No âmbito do processo, o pedido de suspensão de deliberação assemblear é tutela tipicamente condenatória pela obrigação de não fazer consistente no pedido para que determinada matéria seja impedida, por meio de um comando inibitório dirigido à sociedade ou aos seus administradores. Trata-se de uma típica ordem a ser obtida por meio de uma medida urgente preventiva, já que seu objetivo é impedir a ocorrência iminente de uma ilegalidade.

Casos típicos são o da impossibilidade de se aprovar contas de um exercício social, sem que tenha havido regular aprovação dos períodos anteriores ou sobre o qual não tenha havido a disponibilização de documentos e informações aos acionistas como manda a lei ou o Estatuto (Lei das S/A, art. 133). Veja que a causa de pedir nesses casos está vinculada à impossibilidade de se colocar em votação a questão e não necessariamente sobre seu mérito, ou seja, quanto à regularidade das contas em si. Trata-se, portanto, de vício eferente não ao conteúdo da deliberação em si, mas de algum elemento que funciona como seu pressuposto de validade ou de viabilidade para deliberação da própria matéria em Assembleia.

Nessa primeira situação estão incluídos também aqueles casos concernentes à suspensão do direito de algum acionista votar em determinada deliberação, como é comum de ocorrer nas hipóteses de aprovação de contas com o voto do acionista

controlador que simultaneamente funciona na sociedade como administrador (Lei das S/A, art. 115, §1º).

É importante mencionar que nesses dois casos a relação jurídica de direito material não está vinculada ao mérito das contas ou a eventuais alegações sobre a materialidade delas. Essa impossibilidade decorre não só do fato de que sequer deliberação ainda existe, mas principalmente porque ainda não se sabe o conteúdo decisório contido na deliberação, afinal, não se pode pedir a anulação de ato jurídico que ainda não foi produzido. Dessa forma, não interessa, nesse momento processual, se as contas estão corretas ou não; o que importa é saber se foram preenchidas todas as formalidades para deliberação sobre as contas.

No que se refere à suspensão do direito de voto, da mesma forma não se pode impor judicialmente um resultado à deliberação porque isso diz respeito ao mérito da própria deliberação.⁴⁹³ Pode-se, tão somente nesse caso, impedir a sociedade ou seus administradores (p.ex. o presidente de mesa da Assembléia), de receber o voto do acionista controlador se for ele o administrador. Assim, haverá o cômputo dos demais votos para que, pela maioria daqueles que são válidos, seja declarada pela Assembleia Geral o resultado da deliberação de aprovação de contas, rejeitando-as ou aprovando-as. Alternativamente ou cumulativamente, pode-se também conceber uma ordem de não fazer dirigido ao próprio acionista, impedindo-o de, p.ex., votar na aprovação de suas contas.

Essas tutelas condenatórias, por consistirem em ordem ou comando de não fazer (seja ao acionista ou à sociedade ou ainda seus administradores), podem e devem vir acompanhadas de medidas de coerção, nos termos do art. 461 do Código de Processo Civil, sendo a mais conhecida a imposição de multa pelo descumprimento, as chamadas *astreintes*.

É importante mencionar também a existência de uma segunda situação, consubstanciada no pedido de suspensão da realização da Assembléia Geral, palco no qual as deliberações dos acionistas ocorrem.

Nesse caso, a situação jurídica de direito material tratada será aquela relativa não às deliberações em si, mas com relação à Assembleia e às suas

⁴⁹³- Em Portugal não é admitida a propositura de medida cautelar de suspensão de deliberação assemblear para atacar voto eventualmente carreado de ilicitude, devendo ser a pretensão voltada para a deliberação dele decorrente, se tal voto foi preponderante e essencial para a definição da deliberação, consoante aponta ABÍLIO NETO: “o voto de um sócio numa assembleia geral de uma sociedade não pode ser directamente atacado, senão por via da deliberação para cuja formação ele contribuiu” (ABÍLIO NETO, Código de Processo Civil anotado, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 602).

formalidades para instalação, tais como eventual infringência à regra de que ela deve ocorrer na sede da sociedade (Lei das S/A, art. 124, §2º) ou que não tenha sido regularmente convocada (Lei das S/A, art. 124, §§ e incisos).

Nesse caso a tutela será condenatória, já que visa a impedir a realização da Assembleia.

Caso a assembleia tenha por algum motivo se realizado, o interesse de agir se voltará para a anulação da deliberação tomada nessa Assembleia, e não na assembleia em si, cuja natureza da tutela será desconstitutiva. Evidentemente, inexistindo vícios à deliberação em si no que se refere ao seu conteúdo, restará ao requerente alegar apenas questões formais que impediriam a deliberação naquela Assembleia que, p.ex. por ter se realizado fora de sua sede, não poderia ter ocorrido. De qualquer forma, o pedido passa a ter natureza desconstitutiva da deliberação e não da assembleia em si.

Com relação aos vícios decorrentes unicamente da convocação, a situação de direito material envolvida se refere precipuamente às ilegalidades no âmbito das formalidades que a lei impõe para que a convocação ocorra, tais como a antecedência das publicações de ciência da realização da Assembleia, a forma e local das publicações, etc.. Nesse caso, da mesma forma, a tutela será também condenatória, já que visa a impedir a realização da assembleia. Caso a assembleia tenha por algum motivo ocorrido, o interesse de agir se voltará para a anulação da deliberação tomada nessa assembleia, e não na convocação em si, cuja natureza da tutela contida no provimento jurisdicional buscado será desconstitutiva. Evidentemente, inexistindo vícios à deliberação em si no que se refere ao seu conteúdo, restará ao requerente alegar apenas questões formais que impediriam a convocação daquela assembleia que, p.ex. por ter se realizado sem as publicações de praxe, não poderia ela ter ocorrido. De qualquer forma, o pedido passa a ter natureza desconstitutiva da deliberação e não da assembleia em si.

Em contrapartida à primeira e segunda situações, nas quais se busca uma tutela preventiva e condenatória, essa terceira situação constitui uma verdadeira tutela repressiva já que pressupõe a ocorrência da ilegalidade. Enquanto que naquelas duas situações precedentes a ilegalidade estava na iminência de ocorrer, nessa quarta situação a deliberação assemblear já ocorreu. Trata-se, na verdade, de uma medida urgente repressiva, uma vez que se deseja suspender uma deliberação já tomada em Assembleia. Nesse caso, pouco importa a circunstância objetiva de tal deliberação já ter deflagrado em todo ou em parte de seus efeitos. O fato é que já houve deliberação e, assim, já existe uma

situação jurídica que enseja extinção ou modificação por meio de uma tutela desconstitutiva, cujo pedido de antecipação terá de ser o de suspensão de seus efeitos.

Nesses casos, portanto, o pedido de suspensão de deliberação assemblear é meramente desconstitutivo, prescindido de qualquer pedido condenatório para lhe emprestar efetividade, como já abordado no presente trabalho. Os posicionamentos em contrário existem⁴⁹⁴, mas é de rigor reconhecer a suficiência da tutela constitutiva, sem retirar a possibilidade (não obrigatória) de cumulação com um pedido inibitório, caso se deseje também e em caráter suplementar impor uma ordem ou comando de cunho mandamental.

Essa diferenciação quanto à espécie de tutela de urgência (se preventiva ou tardia) é de relevante importância, já que essa diferença tem o condão de determinar o pedido contido na petição inicial e também estabelecer, em consequência, a natureza do provimento e os limites do poder do juiz.

Na suspensão da deliberação já tomada, o que se busca é tirar do mundo jurídico sua validade ou seus efeitos em decorrência de alguma ilegalidade, que pode não só ser decorrente de questões formais e até mesmo idênticas às relações jurídicas de direito material que deram ensejo às duas primeiras situações acima mencionadas, como também de elementos nas quais será necessária a discussão acerca de seu conteúdo material. Nesse ponto é que entra a discussão da viabilidade de o Poder Judiciário imiscuir-

⁴⁹⁴ - Por todos: LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, RT, São Paulo, 2002, p. 112. O autor parte do pressuposto de que é sempre necessária a cumulação da medida inibitória com a desconstitutiva na suspensão de deliberação social, uma vez que a tutela constitutiva seria sempre insuficiente para tutelar o direito do demandante. A partir disso é que o autor sustenta a necessidade da tutela inibitória para emprestar efetividade ao pedido de suspensão da deliberação assemblear. Novamente, é importante ressaltar que essa premissa está equivocada, já que para a suspensão da deliberação assemblear basta a antecipação do efeito constitutivo da sentença consubstanciado em uma ineficácia ou suspensão de deflagração de efeitos. Dessa decisão, nada mais é necessário para satisfazer o direito do demandante, já que, seja lá qual a atitude da sociedade ou de seus administradores, qualquer ato jurídico por eles praticado em dissonância com o dispositivo da decisão de medida urgente não deflagrará efeitos. Para isso, como se vê, não é necessário que o juiz em sua decisão mande, ordene ou imponha alguma obrigação de fazer ou não fazer, muito menos fixe uma astreinte em caso de descumprimento. A tutela constitutiva, in casu, desconstituição de deliberação assemblear, é plena e opera independentemente de execução forçada ou da necessidade de elemento volitivo por parte da sociedade ou de seus administradores. Isso porque, os verbos mandar ou ordenar, típicos do dispositivo da sentença condenatória, pressupõem a necessidade de ação por parte da sociedade ou de seus administradores, o que não acontece com a decisão de medida urgente tipicamente desconstitutiva de suspensão da deliberação assemblear. Trata-se, como já dito, de um equívoco decorrente da falsa necessidade de cumulação do pedido desconstitutivo com o inibitório para emprestar efetividade ao pedido do demandante.

se na vida da sociedade e questionar o mérito das deliberações sociais, conforme já mencionado.

Diante da infinidade de problemas e questões controversas que podem ocorrer no âmbito das deliberações sociais, cabe analisar alguns dos principais pontos de atrito e que geram problemas no âmbito processual.

30- ILEGALIDADES E MECANISMOS

Todo pedido de suspensão voltado às deliberações sociais tem como premissa a ocorrência de uma ilegalidade. A demonstração e prova dessa ilegalidade no âmbito da medida urgente é condição para suprimento do requisito do *fumus boni iuris*, ou verossimilhança das alegações. É com base nesse juízo de probabilidade da ocorrência da ilegalidade, que o juiz se baseia para dar a medida urgente.⁴⁹⁵

As deliberações sociais são geralmente tomadas pelos sócios. Entretanto, se delibera também perante os demais órgãos da sociedade, como Diretoria, Conselho de Administração, Conselho Fiscal, cada qual com seu âmbito de competência deliberativa. Nesse caso quem delibera não são os acionistas, mas os diretores, os conselheiros, etc. É possível que o sócio atue perante a sociedade também como administrador ou conselheiro do Conselho de Administração. Nesses casos, a deliberação desses órgãos da sociedade em nada diferem às deliberações de administradores profissionais ou contratados para exercício dessas funções. Deliberação ainda pode ser entendida como um ato complexo, como aquele composto de vários outros atos, como é a deliberação havida em assembléia pelos votos dos acionistas, como também decorrente de um único ato, oriundo de uma única manifestação de vontade, como é o que ocorre na decisão de diretoria, já que em alguns casos é possível que o indivíduo, pela lei ou pelo estatuto, possa praticar algum ato isoladamente em nome da sociedade.⁴⁹⁶

⁴⁹⁵ - Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, convencer-se da verossimilhança “não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor. Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, p. 145).

⁴⁹⁶ - No mesmo sentido no direito português: “a medida cautelar específica fica reservada às deliberações da sociedade tomadas em assembleia geral (ou, quando a lei o prevê, às que

Assim, o que gera o direito ao pedido de suspensão da deliberação é a capacidade do ato de deflagrar efeitos, pouco importando se decorrente de ato complexo ou não, ou mesmo da possibilidade de ser necessária a ratificação da deliberação em assembleia geral ou não. Deliberação social, portanto, é de ser entendida em sentido amplo, como a deliberação da sociedade, de seus órgãos ou de seus sócios, administradores, conselheiros, etc.

Essas ilegalidades podem ocorrer, como visto, antes, durante ou depois da assembléia, palco mais comum onde ocorrem as deliberações de sócios.⁴⁹⁷

São exemplos de vícios formais anteriores ao próprio conclave, as convocações que não respeitam a forma ou o prazo mínimo legal de antecedência ou com vícios de publicação (Lei das S/A, art. 124).⁴⁹⁸ No que se refere às ilegalidades que podem

tenham revestido a forma escrita) e às deliberações de outros órgãos que possam ainda ser imputadas à sociedade, por serem reflexo de competência delegada decorrente do contrato de sociedade” (ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 76-77). Pela possibilidade de se suspender as deliberações dos diferentes órgãos sociais, in casu, porque as deliberações tinham por objeto a defesa e promoção dos interesses empresariais dos seus associados: ABÍLIO NETO, *Código de Processo Civil anotado*, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 601.

⁴⁹⁷ - É possível haver deliberações fora de assembleias, como no caso de deliberações unipessoais, em meras reuniões ou ainda no âmbito dos órgãos da sociedade (Conselhos de Administração ou Fiscal, diretoria, etc).

⁴⁹⁸ - “Art. 124. A convocação far-se-á mediante anúncio publicado por 3 (três) vezes, no mínimo, contendo, além do local, data e hora da assembléia, a ordem do dia, e, no caso de reforma do estatuto, a indicação da matéria. § 1º A primeira convocação da assembléia-geral deverá ser feita: I - na companhia fechada, com 8 (oito) dias de antecedência, no mínimo, contado o prazo da publicação do primeiro anúncio; não se realizando a assembléia, será publicado novo anúncio, de segunda convocação, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias; II - na companhia aberta, o prazo de antecedência da primeira convocação será de 15 (quinze) dias e o da segunda convocação de 8 (oito) dias. § 2º Salvo motivo de força maior, a assembléia-geral realizar-se-á no edifício onde a companhia tiver a sede; quando houver de efetuar-se em outro, os anúncios indicarão, com clareza, o lugar da reunião, que em nenhum caso poderá realizar-se fora da localidade da sede. § 3º Nas companhias fechadas, o acionista que representar 5% (cinco por cento), ou mais, do capital social, será convocado por telegrama ou carta registrada, expedidos com a antecedência prevista no § 1º, desde que o tenha solicitado, por escrito, à companhia, com a indicação do endereço completo e do prazo de vigência do pedido, não superior a 2 (dois) exercícios sociais, e renovável; essa convocação não dispensa a publicação do aviso previsto no § 1º, e sua inobservância dará ao acionista direito de haver, dos administradores da companhia, indenização pelos prejuízos sofridos. § 4º Independentemente das formalidades previstas neste artigo, será considerada regular a assembléia-geral a que comparecerem todos os acionistas. § 5º A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, mediante decisão fundamentada de seu Colegiado, a pedido de qualquer acionista, e ouvida a companhia: I - aumentar, para até 30 (trinta) dias, a contar da data em que os documentos relativos às matérias a serem deliberadas forem colocados à disposição dos acionistas, o prazo de antecedência de publicação do primeiro anúncio de convocação da assembléia-geral de companhia aberta, quando esta tiver por objeto operações que, por sua complexidade, exijam maior prazo para que possam ser conhecidas e analisadas pelos acionistas; II - interromper, por até 15 (quinze) dias, o curso do prazo de antecedência da convocação de assembléia-geral extraordinária de

ocorrer no curso da Assembleia, é comum a ocorrência de vício da representação dos sócios por procuradores (Lei das S/A, art. 126, inc. § 1º)⁴⁹⁹, a deliberação fora da ordem do dia (Lei das S/A, art. 124, *caput*) ou até em espécie de Assembleia diversa daquela prevista na lei (Lei das S/A, arts. 131 e 135).⁵⁰⁰ Nas ilegalidades ocorridas depois do conclave, pode-se ressaltar a ausência de assinatura da ata ou qualquer outro vício formal da ata que impeça registro ou mesmo o descompasso do quanto deliberado em assembléia e registrado em ata (Lei das S/A, art. 130;⁵⁰¹ Novo CC, art. 1.075).⁵⁰²

companhia aberta, a fim de conhecer e analisar as propostas a serem submetidas à assembléia e, se for o caso, informar à companhia, até o término da interrupção, as razões pelas quais entende que a deliberação proposta à assembléia viola dispositivos legais ou regulamentares. § 6º As companhias abertas com ações admitidas à negociação em bolsa de valores deverão remeter, na data da publicação do anúncio de convocação da assembléia, à bolsa de valores em que suas ações forem mais negociadas, os documentos postos à disposição dos acionistas para deliberação na assembléia-geral”.

⁴⁹⁹ - “Art. 126. As pessoas presentes à assembléia deverão provar a sua qualidade de acionista, observadas as seguintes normas: (...) 1º O acionista pode ser representado na assembléia-geral por procurador constituído há menos de 1 (um) ano, que seja acionista, administrador da companhia ou advogado; na companhia aberta, o procurador pode, ainda, ser instituição financeira, cabendo ao administrador de fundos de investimento representar os condôminos”.

⁵⁰⁰ - “Art. 131. A assembléia-geral é ordinária quando tem por objeto as matérias previstas no artigo 132, e extraordinária nos demais casos. Parágrafo único. A assembléia-geral ordinária e a assembléia-geral extraordinária poderão ser, cumulativamente, convocadas e realizadas no mesmo local, data e hora, instrumentadas em ata única”. “Art. 132. Anualmente, nos 4 (quatro) primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver 1 (uma) assembléia-geral para: I - tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras; II - deliberar sobre a destinação do lucro líquido do exercício e a distribuição de dividendos; III - eleger os administradores e os membros do conselho fiscal, quando for o caso; IV - aprovar a correção da expressão monetária do capital social (artigo 167)”.

⁵⁰¹ - “Art. 130. Dos trabalhos e deliberações da assembléia será lavrada, em livro próprio, ata assinada pelos membros da mesa e pelos acionistas presentes. Para validade da ata é suficiente a assinatura de quantos bastem para constituir a maioria necessária para as deliberações tomadas na assembléia. Da ata tirar-se-ão certidões ou cópias autênticas para os fins legais. § 1º A ata poderá ser lavrada na forma de sumário dos fatos ocorridos, inclusive dissidências e protestos, e conter a transcrição apenas das deliberações tomadas, desde que: a) os documentos ou propostas submetidos à assembléia, assim como as declarações de voto ou dissidência, referidos na ata, sejam numerados seguidamente, autenticados pela mesa e por qualquer acionista que o solicitar, e arquivados na companhia; b) a mesa, a pedido de acionista interessado, autentique exemplar ou cópia de proposta, declaração de voto ou dissidência, ou protesto apresentado. § 2º A assembléia-geral da companhia aberta pode autorizar a publicação de ata com omissão das assinaturas dos acionistas. § 3º Se a ata não for lavrada na forma permitida pelo § 1º, poderá ser publicado apenas o seu extrato, com o sumário dos fatos ocorridos e a transcrição das deliberações tomadas”.

⁵⁰² - “Art. 1.075. A assembléia será presidida e secretariada por sócios escolhidos entre os presentes. § 1º Dos trabalhos e deliberações será lavrada, no livro de atas da assembléia, ata assinada pelos membros da mesa e por sócios participantes da reunião, quantos bastem à validade das deliberações, mas sem prejuízo dos que queiram assiná-la. § 2º Cópia da ata autenticada pelos administradores, ou pela mesa, será, nos vinte dias subseqüentes à reunião, apresentada ao Registro Público de Empresas Mercantis para arquivamento e averbação. § 3º Ao sócio, que a solicitar, será entregue cópia autenticada da ata”.

A respeito dos vícios formais, MODESTO CARVALHOSA afirma que existem regras formais (como as de convocação) que constituem nulidades que não podem ser supridas pela vontade das partes, sob pena de abrir um perigoso precedente, já que as regras de convocação tem a precípua finalidade de organizar e evitar “conturbação da vida societária”.⁵⁰³ Essa regras, portanto e segundo o outor, devem ser rigorosamente observadas.

Ainda segundo MODESTO CARVALHOSA haverá nulidade da própria assembleia nas hipóteses de convocação havida com algum vício formal, caso essa mesma irregularidade tiver como consequência privar o acionista do direito de discutir ou votar as matérias ali deliberadas.⁵⁰⁴ Ocorrerá nulidade também se o voto do acionista não puder numericamente fazer prevalecer sua posição na deliberação. E mais, não é possível a convalidação de tais vícios convocatórios, mesmo que seja improvável chegar-se a outro resultado em novo conclave.⁵⁰⁵

Nesse contexto, o prazo estabelecido é uma das formalidades mais importantes, já que evita surpresas e possibilita, nos termos da lei ou do estatuto, ao acionista se preparar para discutir as deliberações que serão tomadas em assembleia.

⁵⁰³ - “A inobservância das formalidades legais da convocação abriria o precedente de admissibilidade de convocação por qualquer acionista, desde que não impugnada na assembleia respectiva a irregularidade. Tendo a convocação como fundamento evitar a conturbação da vida societária, as regras respectivas devem ser, portanto, rigorosamente observadas, não podendo ser supridas, quando desrespeitadas, pela vontade dos acionistas presentes na assembleia geral. Esse entendimento vale para todas as hipóteses de convocação: principal ou substitutiva, espontânea ou provocada” (MODESTO CARVALHOSA, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 2º vol., 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003, p. 635).

⁵⁰⁴ - “A convocação pública (art. 289) e, por correspondência, que contiver vício quanto ao prazo, ao conteúdo ou a qualquer outro defeito formal ou substancial ocasionará a anulação da assembleia geral e a responsabilidade dos administradores. Será caso de nulidade formal da própria assembleia, quando a convocação irregular tiver como consequência privar o acionista de seu direito de discutir e votar as matérias ali deliberadas, ainda que o voto dos acionistas prejudicados, na hipótese, não puder numericamente prevalecer (...) a simples inobservância dos prazos mínimos de convocação ou interstício acarretará a nulidade de assembleia geral” (MODESTO CARVALHOSA, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 2º vol., 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003, p. 666). No mesmo sentido, AMADOR PAES DE ALMEIDA afirma que existem regras formais que devem ser observadas para que se realize a convocação da assembleia geral, regras estas que, se não obedecidas, ensejam a nulidade não só do ato convocatório, mas “nula obviamente, a assembleia geral levada a efeito sem atenção às regras acima mencionadas” (AMADOR PAES DE ALMEIDA Manual das Sociedades Comerciais, 10ª ed., Saraiva, 1998, p. 255).

⁵⁰⁵ - FÁBIO ULHOA COELHO afirma que “o desatendimento à menor dessas formalidades compromete a validade da assembleia. Não há ato de convalidação admissível, e deve realizar-se novamente a reunião, ainda que improvável qualquer alteração das deliberações adotadas” (FÁBIO ULHOA COELHO, Curso de Direito Comercial, Vol. 2, 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2002, p. 202).

Encurtar o prazo mínimo de antecedência para a publicação da convocação gera a nulidade da realização da assembleia, que não é suprida pela presença de todos os acionistas ao conclave.⁵⁰⁶

Os vícios materiais, ou de conteúdo, dizem respeito à deliberação em si e se baseiam em uma aparência de legalidade, escondendo violações aos direitos essenciais ou não dos acionistas, etc.⁵⁰⁷ Tais questões voltadas basicamente ao mérito da deliberação e podem dizer respeito a, p.ex., a conflito de interesses no direito do voto do acionista (Lei das S/A, art. 115, §4).⁵⁰⁸

De qualquer forma, para a medida preventiva é necessário o ajuizamento de uma demanda de cunho condenatório, a fim de obter uma ordem de não fazer, consubstanciada na proibição de deliberação a respeito de determinada matéria ou mesmo na própria não realização do conclave. Nesses casos, se a ilegalidade está vinculada à deliberação ou a determinado item da ordem do dia, a Assembleia pode ser instalada e ocorrer normalmente se houver outros itens na ordem do dia que não sejam decorrentes daquele objeto da ilegalidade. Assim, o juiz deverá proferir decisão impedindo a deliberação daquele determinado assunto, sob pena de multa, e permitir a realização da Assembleia quanto aos demais não abrangidos pela decisão.

Pode-se (opção não obrigatória) cumular a esse pedido um outro de natureza desconstitutiva, a fim de que possa se obter também, no mesmo processo, a anulação da deliberação caso venha ela a ocorrer por qualquer motivo. Assim se impõe não só a ordem e o comando de impedir a realização da deliberação, como também, caso ela

⁵⁰⁶ - MARCELO FORTES BARBOSA FILHO impõe como condição de validade da convocação, o cumprimento dos prazos estabelecidos para tanto: “para a validade da convocação da assembléia geral, sua publicidade, efetivada a partir do anúncio, previsto no caput do mesmo artigo, deve respeitar prazos específicos, tidos como essenciais à plena divulgação do conclave. A publicação do anúncio, com o fim de evitar surpresas e viabilizar o comparecimento de todos os acionistas interessados, bem como o pleno conhecimento das matérias objeto de decisão, deve ser efetivada com certa antecedência e respeitar um lapso temporal mínimo” (MARCELO FORTES BARBOSA FILHO Sociedade Anônima Atual, Atlas, São Paulo, 2004, p. 144).

⁵⁰⁷ - PAULO SÉRGIO RESTIFFE, “Tutela jurisdicional diferenciada no direito societário”, in *Temas atuais das tutelas diferenciadas – Estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 712, coord. Mirna Cianci, Rita Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula C. Giannico.

⁵⁰⁸ - “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. (...) § 4º A deliberação tomada em decorrência do voto de acionista que tem interesse conflitante com o da companhia é anulável; o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido”.

ocorra por algum motivo, o decreto de desconstituição da deliberação no mesmo processo, com a medida urgente capaz de suspender os efeitos da deliberação.

Quando a ilegalidade é voltada à própria realização do conclave, a ordem de não fazer consubstancia-se materialmente na proibição de instalação e realização da assembleia. No caso de conter pedido de desconstituição das eventuais deliberações cumulado, é evidente a possibilidade de se proferir medida urgente também para suspender a eficácia de determinada deliberação, na eventualidade de a obrigação de fazer seja descumprida.

Por se tratar de tutela preventiva, é relevante assinalar que o interesse na suspensão do direito a deliberar determinada matéria nasce com a iminência da sua deflagração de efeitos caso aprovada. Se houver deliberação que em princípio ainda não é passível de deflagrar efeitos, como nos casos em que ainda depende de alguma ratificação ou ocorrência de algum fato superveniente, não há *periculum in mora* e, portanto, não presente um dos requisitos para o deferimento da medida.

Pouco importa, nesse contexto, se há possibilidade de se recorrer a demais órgãos da sociedade para uma decisão definitiva sobre o tema. Basta que a deliberação (provisória ou definitiva) esteja apta a deflagrar efeitos no mundo jurídico.

Isso ocorre com bastante frequência com as deliberações tomadas em diretoria ou em Conselho, as quais devem passar por ratificação em Assembleia. Se seus efeitos independem dessa ratificação para serem deflagrados, é evidente o cabimento da medida na forma preventiva para impedir a deliberação.

Quando a medida urgente se volta à suspensão da realização da Assembleia, não se está diretamente se voltando às eventuais ilegalidades intrínsecas à deliberação, mas a aspectos formais da realização da Assembleia, seja pela ilegalidade de sua ocorrência (em que nada se relaciona às deliberações), seja por eventual vício de sua convocação. Em todos esses casos, a impossibilidade de se deliberar determinados temas decorre de vícios decorrentes não às deliberações em si, mas à forma pela qual se realizou a Assembleia. Se qualquer forma impossível ou ilegal a realização da Assembleia, ilegal também serão as deliberações nelas tomadas.

Em se tratando de medidas urgentes repressivas, ou seja, aquelas manejadas quando já deliberada determinada matéria, não mais é possível obter-se a inibição de deliberar tal assunto, mas tão somente a suspensão de deflagração de efeitos dessa deliberação. Suspende-se, por isso, sua eficácia. Isso não significa retirar sua validade do mundo jurídico, mas simplesmente retirar a eficácia da deliberação, impedindo

a deflagração de efeitos.⁵⁰⁹ A primeira se consegue somente com o trânsito em julgado da demanda desconstitutiva; a segunda se obtém provisoriamente por meio de medida urgente.

A esse respeito, LUIZ FERNANDO C. PEREIRA⁵¹⁰, com base na doutrina italiana, comenta a respeito da suspensão da deliberação e não seus efeitos, por se tratar de suspensão da execução da deliberação. Traz a notícia de que o direito italiano (art. 2.378, 4º do CPC italiano) se refere à suspensão da execução da deliberação, em contraposição à previsão genérica das cautelares à suspensão de efeitos (art. 700 do CPC italiano).⁵¹¹

Essa premissa, a nosso ver, está equivocada. Nos casos das deliberações *self executing*, ou seja, aquelas que prescindem de execução material para deflagrar efeitos ou o prejuízo alegado (nos temos da eficácia da demanda desconstitutiva), a parte da própria doutrina italiana reviu essa posição e passou a defender a utilização da previsão genérica das cautelares.⁵¹² Assim, passou-se a interpretar como suspensão da deliberação como suspensão de sua eficácia, precebendo-se que falar em suspensão da execução é tratar parcialmente do problema.

Por isso é melhor tratar do tema pela ótica da ineficácia e da suspensão dos efeitos das deliberações, sem adentrar ao mérito se se trata de decisões que dependem de execução ou se *self executing*, já que o resultado é o mesmo.

Se suspender a eficácia de um ato significa tirar do ato a sua capacidade de deflagrar efeitos e, por conseguinte, legitimar ações com base nele, ao tratarmos de suspensão das deliberações sociais é preciso centrar-se no conceito de suspensão da eficácia da deliberação, sem adentrar ao mérito de se tais decisões necessitam de execução in concreto ou não. Ao se suspender a eficácia da deliberação social, está a se impedir que os efeitos que lhes são próprios se produzam, impedido sua deflagração.

⁵⁰⁹- PRISCILA CORREA DA FONSECA, Suspensão de deliberações sociais, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 68.

⁵¹⁰- LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, Medidas urgentes no direito societário, RT, São Paulo, 2002, p. 135.

⁵¹¹- DOMENICO BONACCORSI, La tutela cautelare d'urgenza contro le delibere assembleari, Le Società 5, Milão, 1988, p. 700.

⁵¹²- STEFANO MECHELLI, "Sull'opportuno combinarsi di misure cautelari tipiche ed atipiche in tema di impugnazione di deliberazioni assembleari", in Rivista del Diritto Commerciale 7-8, 1996, pp. 289-290; ALBERTO GOMMELLINI, "Sulla sospensione dell'esecuzione delle delibere assembleari", in Rivista del Diritto Commerciale 1, 1987, p. 957.

31- NECESSÁRIO EQUILÍBRIO

No que se refere ao *periculum in mora*, conceito esse vinculado ao de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, vale citar pensamento de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO no sentido de que “o direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir (...) não deve o juiz correr riscos significativos e, muito menos, expor o reu aos males da irreversibilidade, expressamente vedados pela lei vigente (art. 273, §2º)”.⁵¹³

A decisão judicial, como ato de cognição, deve ser o resultado da ponderação do juiz a respeito dos valores em jogo.⁵¹⁴ Essa ponderação, como nos ensina a própria acepção da palavra, é fruto da proporcionalidade entre os mesmos valores, além das consequências decorrentes da concessão da medida.

No Código de Processo Civil português há previsão expressa no art. 387, n. 2, que assim dispõe: “a providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal, quando o prejuízo resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar”. Na lição de ABÍLIO NETO, essa previsão tem exatamente essa função de ensinar a aplicação do princípio da proporcionalidade à cognição do juiz português na apreciação do pedido.⁵¹⁵ No *common law*, é utilizado o sistema de *checks and balances* ou de *balances of interests* ou ainda de *balance of convenience*.⁵¹⁶ A premissa é a mesma, já que se sopesa os interesses em jogo para evitar prejuízos desnecessários e desproporcionais. Assim, se não houver prejuízos na concessão da medida, mas em sua denegação, é de ser deferida e vice-versa.

Considerando-se ainda que a idéia fundamental das medidas urgentes é a do equilíbrio, entre a situação desfavorável temida pelo demandante da

⁵¹³- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, p. 146.

⁵¹⁴- PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, São Paulo, RT, 2000, pp. 268-269.

⁵¹⁵- ABÍLIO NETO, Código de Processo Civil anotado, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 570. O autor, contudo, faz uma ressalva no sentido de que a medida deve ser indeferida quando “o prejuízo dela resultante para o requerido exceder consideravelmente o dano que com ela o requerente quer evitar” (ABÍLIO NETO, Código de Processo Civil anotado, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 570).

⁵¹⁶- PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, São Paulo, RT, 2000, pp. 268-269.

medida e a situação desfavorável efetivamente imposta ao demandado⁵¹⁷, com mais razão ainda a suspensividade deve ser considerada caso a caso. Trata-se da aferição do que CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO costuma denominar de “juízo do mal maior e do mal menor”, o qual, aliado ao juízo do direito melhor (configuração da verossimilhança das alegações e da existência de prova da posse), constituem premissas para a concessão ou negativa da medida urgente.

Assim, deve o juiz proceder a três raciocínios: a) um juízo do mal maior, pelo qual o juiz investiga qual dos sujeitos sofrerá mais — se o autor em razão do mal temido, se o réu em razão da própria situação a ser criada pela medida urgente; b) um juízo do mal mais provável, pelo qual o juiz sopesa probabilidades de dano para saber onde estão os maiores riscos — se é mais provável o acontecimento temido pelo autor ou mais provável o mal que a medida urgente causaria; c) um risco do direito mais forte, pelo qual o juiz confronta a pretensão, o direito e fatos trazidos pelas partes, para saber com quem é mais provável estar a razão. Da conjugação desses três juízos deve resultar a conclusão pela outorga ou negativa da cautelar. Essa estrutura corresponde a um seguro comportamento racional do julgador, associado à sua sensibilidade às agruras pelas quais passam ou podem passar ambas as partes.⁵¹⁸

Portanto, para o juiz deferir a medida urgente, é preciso sopesar os riscos e benefícios de sua decisão e as consequências dela. Não se deve deferir a medida urgente se com a suspensão do ato forem causados mais prejuízos que a sua não suspensão.⁵¹⁹ Por outro lado, deve-se deferir a medida urgente se prejuízos forem causados

⁵¹⁷- No correto entendimento de PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, “a idéia fundamental na técnica da antecipação, tal como ocorre no processo cautelar, é a do equilíbrio a ser buscado entre a situação desfavorável temida pelo demandante da medida e a situação desfavorável imposta ao demandado” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, RT, 2000, pp. 268-269).

⁵¹⁸- JOÃO PAULO HECKER DA SILVA, *Embargos de Terceiro*, Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 147-148. No mesmo sentido: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, p. 147; PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, RT, São Paulo, 2000, p. 269.

⁵¹⁹- Nesse sentido: CORRADO FERI, “I procedimenti cautelari ed urgenti in matéria di società commerciali”, in *Processo civile e società commerciali*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 104-106. O autor vai além e afirma ainda que a eficácia da deliberação deve ser suspensa somente no que se refere à parte que gera prejuízo ao demandante. A idéia, portanto, é não só preservar ao máximo os interesses da sociedade, mas evitar que lhe sejam causados prejuízos desnecessários.

à própria sociedade com a execução da deliberação⁵²⁰, com o que deve ser não só demonstrado nos autos, como também referido na decisão judicial que a concede.

Deve-se favorecer, por pressuposto, o interesse da sociedade em detrimento do interesse do acionista porque essa cognição depende da análise de dois pontos preponderantes: o dos prejuízos à sociedade com a suspensão dos efeitos da deliberação e o do acionista com o cumprimento da deliberação.

No Código de Processo Civil português há disposição expressa no que se refere à suspensão das deliberações sociais no sentido de que ainda que a deliberação seja contrária à lei, aos estatutos ou ao contrato, o juiz pode deixar de suspendê-la, desde que o prejuízo resultante da suspensão seja superior àquele derivado da execução. Trata-se do art. 397, n. 2,⁵²¹ com o que a doutrina vem afirmando não pode ser o prejuízo decorrente da suspensão da deliberação superior ao valor do dano que se pretende ver acautelado.⁵²² Aliás, essa regra impõe um dever ao julgador de somente deferir a medida de suspensão da assembleia quando o prejuízo decorrente da suspensão for superior ao da execução da deliberação ilegal.⁵²³ Para tanto, basta o prejuízo ser superior (e não um prejuízo muito superior) com o deferimento da medida do que com a negativa da suspensão,⁵²⁴ sendo que a demonstração desse prejuízo superior é ônus da sociedade, que deve provar que o deferimento da medida causará mais prejuízos que a sua negativa.⁵²⁵

Seguindo a linha de que a medida urgente deve interferir o mínimo possível na vida da sociedade, apenas em circunstâncias excepcionais deve-se impedir a

⁵²⁰ - “Se ficar demonstrada a provável ocorrência de atos que possam ocasionar a irreparabilidade de dano a direito ou ao normal andamento dos negócios sociais, podem os acionistas requerer liminarmente a suspensão da eficácia da deliberação tomada em violação à lei ou ao estatuto” (NELSON EIZIRIK, *A Lei das S/A comentada*, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 596).

⁵²¹ - “Ainda que a deliberação seja contrária à lei, aos estatutos ou ao contrato, o juiz pode deixar de suspendê-la, desde que o prejuízo resultante da suspensão seja superior ao que pode derivar da execução”.

⁵²² - ABÍLIO NETO, *Código de Processo Civil anotado*, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 597.

⁵²³ - ABÍLIO NETO, *Código de Processo Civil anotado*, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 599. “O artigo 397/2 põe um importante requisito: os danos provocados pela suspensão não podem ser superiores aos ocasionados pela execução da deliberação atacada. Nos termos gerais, cabe à sociedade invocar e provar os primeiros. Este requisito deve ser levado a sério. Trata-se da grande válvula de segurança do enérgico regime atribuído à suspensão das deliberações sociais” (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *S/A: assembleia geral e deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 261).

⁵²⁴ - L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, *Anulação e suspensão de deliberações sociais*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra, 2003, p. 188.

⁵²⁵ - ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 89.

realização da assembleia ou sua instalação por meio de medida urgente. É preferível deixar o conclave ocorrer e permitir que os acionistas deliberarem democraticamente os assuntos em pauta e suspender automaticamente seus efeitos, do que privar a sociedade da realização do ato. Até porque, antes de haver efetivamente a deliberação, não há como se prever seu conteúdo e, conseqüentemente, suas ilegalidades.⁵²⁶

Esse raciocínio é válido principalmente para o caso de serem alegados vícios no conteúdo das deliberações ou mesmo nos votos de determinados acionistas.

Outro pressuposto que deve nortear o magistrado para a concessão ou não da tutela antecipada é a reversibilidade da medida a ser concedida.⁵²⁷ Mesmo porque eventual antecipação da tutela jurisdicional portadora de caráter irreversível poderia implicar condenação sem observação da garantia constitucional do devido processo legal.⁵²⁸

Caso o *periculum in mora* não seja imediato, como nas hipóteses de deliberações com deflagração de efeitos diferidos ou que nela própria seja dado um prazo

⁵²⁶ - “A não ser em circunstâncias excepcionais, não cabe a suspensão a priori da assembleia ou da discussão de determinada matéria; se a assembleia não se realiza, não se pode definir ao certo o teor da deliberação que poderia ser nela tomada, nem mesmo seus fundamentos” (NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 596). Em Portugal, as medidas cautelares que tenham por objetivo deliberações ainda não tomadas são inadmissíveis, como bem anota ABÍLIO NETO em suas golas: “só pode incidir sobre deliberações já tomadas e não sobre deliberações a serem tomadas (futuras)” (ABÍLIO NETO, Código de Processo Civil anotado, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 606).

⁵²⁷ - Para SERGIO BERMUDEZ “urge que a providência antecipada não produza resultados irreversíveis, isto é, resultados de tal ordem que tornem impossível a devolução da situação ao seu estado anterior” (SÉRGIO BERMUDEZ, A reforma do Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1.995, p. 36). Em sentido contrário, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON: “a irreversibilidade não pode atuar como um limite intransponível à técnica da antecipação, seja na tutela antecipada, seja na execução provisória da sentença. Na verdade, compete ao juiz examinar os diferentes pesos dos valores que estão em jogo ou, simplesmente, a proporcionalidade da providência; significa que o órgão jurisdicional deve mostrar-se consciente, sempre por meio de decisão motivada, dos benefícios e malefícios da concessão e da denegação” (PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, São Paulo, RT, 2000, p. 268).

⁵²⁸ - JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO, “Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas)”, in Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 1.996, p. 94. ARRUDA ALVIM externa sua preocupação com eventual violação à garantia do due process of law ao afirmar que “a reversibilidade (...) é necessária até mesmo pela regra do art. 5º, LIV, da Constituição, pois, se irreversível fosse, alguém restaria condenado “sem o devido processo legal”, e, ainda, teria sido esse alguém privado de seus bens sem o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV)” (JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM NETTO, “Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas)”, in Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 1.996, p. 94).

muito longo para efetivação ou ainda que condicione a sua efetivação a um outro evento que ainda não ocorreu, a medida de suspensão deve ser analisada sob o ponto de vista do requisito da urgência e não do cabimento da medida.

Evidentemente, por se tratar de uma questão casuística, é evidente que a medida de suspensão é cabível, desde que no âmbito da análise do *periculum in mora*, haja fundamento para antecipar o provimento sob pena de ineficácia do provimento final da demanda. Em se tratando de processo civil brasileiro, no qual um processo judicial pelo procedimento ordinário leva em média de 5 a 10 anos para se encerrar, não serão alguns meses espera para a deflagração de efeitos da deliberação que poderá considerar inexistente o *periculum in mora*. Nesses casos, por outro lado, está-se diante de um exemplo típico de obrigação de cumprimento do contraditório para apreciação da medida.

Nos casos em que os efeitos já foram deflagrados, isso não obsta o deferimento da medida urgente. É o caso de se suspender os efeitos do que já foi feito de concreto e de suspender a eficácia do que vier a ser feito no futuro.

32- LEGITIMIDADE ATIVA

Na lição clássica de JOSÉ FREDERICO MARQUES, legitimação para agir “diz respeito à titularidade ativa e passiva da ação (...) a ação somente pode ser proposta por aquele que é titular do interesse que se afirma prevalente na pretensão, e contra aquele cujo interesse se exige que fique subordinado ao do autor”.⁵²⁹

O conceito de legitimação para agir se liga umbilicalmente ao de interesse, ou seja, não só que o provimento jurisdicional tem de ser necessário⁵³⁰, como também tem de ser útil. É sobre esse binômio necessidade-utilidade que se funda a noção de legitimação e interesse. Nesse prisma, não só o titular do direito subjetivo tem

⁵²⁹ - JOSÉ FREDERICO MARQUES, Instituições de direito processual civil, vol II, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1966, p. 41. No mesmo sentido, citado pelo autor, ALFREDO BUZAID afirma que legitimidade é a “pertinência subjetiva da ação” (ALFREDO BUZAID, Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1956, p. 89). DONALDO ARMELIN afirma que “legitimidade é uma qualidade do sujeito aferida em função do ato jurídico, realizado ou a ser praticado” (DONALDO ARMELIN, Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, RT, São Paulo, 1979, p. 11).

⁵³⁰ - PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1995, p. 127.

legitimidade e interesse para discuti-lo em juízo, como também, às vezes, aqueles que se tem sua esfera de direitos subjetivos atingida.

No que se refere às demandas societárias, ver-se-á que nem sempre a legitimidade para propor demandas de suspensão de deliberação assemblear se mostra descarada. É o sobre o que tratam os itens a seguir.

33- ACIONISTA QUE VOTA CONTRA

Em primeiro lugar, é dos acionistas que votaram contra a deliberação a legitimidade para propor demanda objetivando sua suspensão. Sua legitimidade é decorrente do fato não só de ter participado da formação do ato que deseja impugnar, mas principalmente de seu direito de acionista em fiscalizar a legalidade dos negócios sociais (Lei das S/A, art. 109, caput e inc. III). Tal direito, por ser essencial, não pode ser privado pelo Estatuto e pela própria assembleia.

À falta de limitação legal, o acionista com qualquer participação pode promover medidas judiciais de anulação de deliberações sociais. O silêncio da lei preserva os direitos dos acionistas e é salutar. Contudo, não se pode perder de vista os fatos da vida real. Por isso o Poder Judiciário deve impedir que demandas temerárias sejam ajuizadas por acionistas minoritários, cujo único objetivo é tumultuar os negócios sociais.

Esse expediente é muito comum nos chamados “litigantes minoritários profissionais”, verdadeiros acionistas que agem não no espírito social de fiscalização e de defesa do interesse social, mas como verdadeiros especuladores que buscam no processo obter vantagens e acordos financeiros que não obteriam pelas vias sociais. Essas ações, que no direito norte americano se costumou chamar de “strike suits”, devem ser rechaçadas de forma veemente pelo Poder Judiciário, já que seus efeitos podem ser altamente danosos à sociedade e aos demais acionistas.⁵³¹

Para tanto, o juiz possui dois mecanismos. O primeiro de imposição de caução suficiente para reparar eventuais danos para deferimento da medida urgente.

⁵³¹ - Como bem afirma NELSON EIZIRIK, trata-se do remédio para desestimular as strike suits do direito americano, com o que acionistas com participação rizível tumultuam os negócios sociais em busca de acordos proveitosos (NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, pp. 370 e 594).

O segundo, decorrente da aplicação analógica do art. 246, §1º, “b”, da Lei das S/A⁵³², de imposição de caução no valor das custas, despesas e honorários advocatícios em caso de improcedência da ação.⁵³³ Evidentemente, deverá o juiz sopesar as peculiaridades da causa para, sem negar o acesso à justiça, fixar a caução e analisar os interesses em jogo antes de proferir uma decisão de medida urgente cujas consequências podem ser nefastas à vida da empresa.

Em Portugal, “a suspensão de deliberação social tomada por sociedade aberta só pode ser requerida por sócios que, isolada ou conjuntamente, possuam ações correspondentes, pelo menos, a 0,5% do capital social (art. 24º-1 do CVM), embora qualquer acionista possa, porém, instar, por escrito, o órgão de administração a abster-se de executar deliberação social que cosidere inválida, explicitando os respectivos vícios (n. 2 do cit. art. 24º), sob pena de os titulares daquele órgão responderem nos termos do respectivo n. 3.”⁵³⁴ Para as sociedades anônimas de capital aberto é necessário que o acionista tenha o percentual de 0,5% do capital social

No direito italiano, após a reforma de 2003 pelo Decreto Legislativo n. 6 de 17 de janeiro de 2003, promulgado em decorrência da Lei 366 de 3 de outubro de 2001, foi modificado o art. 2377 do Código Civil Italiano e expressamente estabelecida a legitimidade para ajuizar demanda de anulação pela participação na sociedade. Portanto, ao acionista que individualmente ou aos acionistas em conjunto que detiverem um milésimo do capital social, podem requerer a anulação de deliberação de companhia aberta; nas outras companhias, o percentual é de cinco por cento. Ambos

⁵³²- “Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117. § 1º A ação para haver reparação cabe: a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social; b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente. § 2º A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização”.

⁵³³- “A Lei das S/A não fixa porcentual mínimo de participação acionária para a proposição da ação, de sorte que o detentor de 1 (uma) única ação pode ingressar em juízo. Tendo em vista os danos que podem ser causados à companhia e aos demais acionistas, cabe ao julgador, ao decidir a matéria, avaliar os interesses envolvidos e impedir lides temerárias ou aventuras processuais que objetivam unicamente pressionar a administração para a realização de acordos proveitosos aos demandante. Ficando evidente a lide temerária e detendo o autor menos de 5% (cinco por cento) do capital, pode o julgador, mediante aplicação analógica do art. 246, exigir caução” (NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 594).

⁵³⁴- ABÍLIO NETO, Código de Processo Civil anotado, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 594. Nesse sentido: ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, Temas da reforma do processo civil, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 86.

percentuais podem ser reduzidos ou eliminados como requisitos por meio de disposição expressa no estatuto social, porém sem a possibilidade de aumentá-los.⁵³⁵

Nesses casos nos quais a esses minoritários não for possível pleitear a anulação da deliberação, deverão eles buscar apenas o ressarcimento dos danos, solução essa dada pelo direito italiano em pertinente resposta aos prejuízos que poderiam ser causados à sociedade pela anulação de deliberações sociais de interesse de uma parcela mínima do capital social. Nas companhias abertas, por ser comum a prática de demandas de má-fé por minoritários profissionais que apenas buscam satisfazer interesses patrimoniais próprios e obter direitos que sua participação não lhes permite, esse dispositivo tem aplicação festejada e poderia ser incorporado ao direito nacional. Já nas companhias fechadas, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA afirma tratar-se de percentual alto, que porventura poderia inibir a participação de minoritários nessas sociedades.⁵³⁶

É importante ressaltar, como faz ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO em suas glosas, que o acionista não pode, a título de fiscalização, questionar atos da sociedade perante terceiro. Ao relatar decisões judiciais nas quais não se reconheceu legitimidade ao acionista para questionar em juízo negócios jurídicos celebrados pela sociedade perante terceiros (e também para anular tais negócios), pelo fundamento do direito de fiscalização da gestão dos negócios sociais, o autor se posiciona pela ilegitimidade.⁵³⁷

Contudo, o mesmo autor traz glosas pela legitimidade do acionista para anular atos praticados pela diretoria em violação à lei ou ao estatuto social, pelo argumento que se a sociedade não toma essa iniciativa, não há como impedir esse direito ao acionista, que ficaria prejudicado em seus interesses sem haver como buscar

⁵³⁵- ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA, “Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares”, in *Revista de Direito Mercantil* n. 134, abril-julho 2004, p. 17.

⁵³⁶- ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA, “Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares”, in *Revista de Direito Mercantil* n. 134, abril-julho 2004, p. 17.

⁵³⁷- Veja por todos: STJ, Resp. n. 87.919-PE, rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, DJ 24/5/1999, p. 160. Esse acórdão foi ementado da seguinte forma: “Sociedade anônima. Ação para anular contrato em que for parte. Tratando-se de direito próprio da sociedade e não dos sócios individualmente, ela é a parte legítima para pleitear a anulação. As hipóteses de substituição processual encontram-se previstas na Lei 6.404/76, não podendo ser ampliadas” (ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO, *Lei das sociedades por ações* anotada, 2ª ed., Saraiva, 2008, pp. 184-187).

ressarcimento.⁵³⁸ Contudo, discordamos desse fundamento porque sempre haverá a possibilidade de responsabilização dos administradores por atos danosos à sociedade por meio da ação de responsabilidade (Lei das S/A, art. 158). A esse respeito, o art. 158, inc. II, da Lei das S/A, dispõe que “Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto.”⁵³⁹

De qualquer forma, não se faz necessário, como se requisito de admissibilidade fosse para propositura da demanda, qualquer espécie de manifestação, voto em separado ou ainda registro de protesto em ata. Basta que o acionista tenha se posicionado contrariamente à deliberação que procura suspender.

Havendo registro em voto ou protesto das razões pelas quais o acionista votou contra a deliberação, tanto melhor, uma vez que registrada a contrariedade. Contudo, tal manifestação não limita os argumentos do acionista em demanda de suspensão de deliberação assemblear, nem tampouco o vincula. Se não houver registro da divergência em ata, nem por isso a legitimidade do acionista fica prejudicada para a propositura da demanda. Caberá, nesse caso, à sociedade a prova de que o acionista se posicionou favoravelmente à deliberação que deseja suspender.⁵⁴⁰

⁵³⁸ - TJ-PR, 5ª Câ., AC n. 075594800, rel. Des. Fleury Fernandes, j. 15/6/1999; TJ-PR, 5ª Câ., AI n. 093089000, rel. Des. Fleury Fernandes, j. 29/8/2000 (ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO, Lei das sociedades por ações anotada, 2ª ed., saraiva, 2008, pp. 184-187).

⁵³⁹ - Essa responsabilidade, como bem aponta MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, não é objetiva e depende de prova não só da ilegalidade das ações dos administradores, como também da prova efetiva de dano (MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas, Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 215 e ss.).

⁵⁴⁰ - PRISCILA CORREA DA FONSECA afirma que em caso de deliberação por maioria de votos, presume-se a existência de votos vencidos (PRISCILA CORREA DA FONSECA, Suspensão de deliberações sociais, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 87). No mesmo sentido: RODRIGO BENEVIDES DE CARVALHO, Técnica processual e controvérsias derivadas da lei das sociedades por ações, Tese de doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 64.

34- ACIONISTA QUE VOTA A FAVOR

O acionista que vota favoravelmente à deliberação renuncia tacitamente ao direito de anular a deliberação.⁵⁴¹ TULIO ASCARELLI menciona exceção a essa regra da renúncia, quando trata da hipótese de vício de ordem pública.⁵⁴² Essa regra comporta ainda outras exceções, como nos casos de vícios como erro, dolo, coação, fraude, simulação.⁵⁴³ Nesse caso, obviamente, terá não só de fazer prova da ilegalidade da deliberação, como também do vício no consentimento.

De qualquer forma, fora os casos de vício na declaração de vontade do acionista ou de matérias de ordem pública (que geram nulidade absoluta), não pode ele ulteriormente questionar o ato por mera mudança de opinião. Isso porque, pressupõe-se que o acionista não contribua para a formação do ato que pretende posteriormente, sob pena de incidir com voto abusivo (Lei das S/A, art. 115), além do fato de “*venire contra factum proprium*”.⁵⁴⁴

35- ACIONISTA QUE SE ABSTÉM DE VOTAR OU NÃO COMPARECE AO CONCLAVE

Acionistas que se abstiveram de votar possuem direito de impugnar a deliberação. A legitimidade decorre da circunstância objetiva de que a abstenção não significa votar a favor nem contra determinado posicionamento.⁵⁴⁵ Por conta disso, não é

⁵⁴¹ - No direito português, a demanda de suspensão de deliberação social não pode ser intentada por quem vota favoravelmente à deliberação (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, S/A: assembleia geral e deliberações sociais, Almedina, Coimbra, 2009, p. 257).

⁵⁴² - TULIO ASCARELLI, Problemas das sociedades anônimas e de direito comparado, Saraiva, São Paulo, 1945, p. 532.

⁵⁴³ - PRISCILA CORREA DA FONSECA, Suspensão de deliberações sociais, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 88. Em sentido convergente: RODRIGO BENEVIDES DE CARVALHO, Técnica processual e controvérsias derivadas da lei das sociedades por ações, Tese de doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 64.

⁵⁴⁴ - Trata-se do princípio geral de direito pelo qual se veda comportamento contraditório, baseando-se na regra da *pacta sunt servanda*. É composto de dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro - *factum proprium* - é, porém, contrariado pelo segundo. A respeito da impossibilidade de o acionista que votou a favor de deliberação vir a questionar sua validade por mera mudança de opinião exatamente por conta da vedação do referido brocardo: JOAQUIM TAVEIRA DA FONSECA, Deliberações sociais: suspensão e anulação, CEJ, Porto, 1994, p. 12.

⁵⁴⁵ - No mesmo sentido, afirmando ainda que restringir nesses casos é medida que se deve evitar: PRISCILA CORREA DA FONSECA, Suspensão de deliberações sociais, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 91

de se imputar qualquer renúncia ao direito de questionar ulteriormente a deliberação. A renúncia tácita que impede o acionista de impugnar depois a deliberação com a qual concordou decorre de seu ato expresso e evidente no sentido de concordância com o que foi deliberado, o que não ocorre na abstenção.

Nessa esteira, TULLIO ASCARELLI prega ainda a ilegitimidade do novo acionista que adquiriu as ações de quem renunciou tacitamente ao questionamento e ingressou na sociedade depois da deliberação ocorrer e, por consequência, daquele que renunciou tacitamente e deixou de ser sócio depois da deliberação.⁵⁴⁶

Assim, pouco importa se os acionistas compareceram ou não à assembleia na qual houve a deliberação.⁵⁴⁷ Mesmo o acionista que, regularmente convocado, não compareceu à assembleia, pode pleitear a suspensão da deliberação social nela havida.

No direito italiano, após a reforma de 2003 pelo Decreto Legislativo n. 6 de 17 de janeiro de 2003, promulgado em decorrência da Lei 366 de 3 de outubro de 2001, foi expressamente estabelecida a legitimidade do acionista abstinente e daquele que não compareceu à assembleia, fato esse que já vinha sendo reconhecido, mas ainda era objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial.⁵⁴⁸

Por fim, em assembléias especiais, como aquela dos preferencialistas, só os acionistas que dela participam têm o direito de impugnar tais deliberações.⁵⁴⁹ Contudo, esse entendimento é para ser recebido com ressalvas, principalmente quando o que for deliberado nela prejudicar interesses de terceiros ou até dos demais acionistas.

⁵⁴⁶- TULLIO ASCARELLI, Problemas das sociedades anônimas e de direito comparado, Saraiva, São Paulo, 1945, p. 532.

⁵⁴⁷- Em sentido contrário, com relação aos acionistas que deliberadamente não compareceram para o conclave: RODRIGO BENEVIDES DE CARVALHO, Técnica processual e controvérsias derivadas da lei das sociedades por ações, Tese de doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 65.

⁵⁴⁸- ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA, “Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares”, in Revista de Direito Mercantil n. 134, abril-julho 2004, p. 17.

⁵⁴⁹- Para NELSON EIZIRIK, na assembleia especial, apenas estão legitimados a questionar suas deliberações aqueles que delas podem participar. Assim, “somente os preferencialistas poderão impugnar as deliberações tomadas na assembleia especial de titulares de ações preferenciais, o mesmo ocorrendo com os debenturistas” (NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 594).

36- ACIONISTA SEM DIREITO A VOTO

Nesse prisma, possuem legitimidade para ingressar com demanda de anulação de assembleia os acionistas portadores de ações sem direito a voto.⁵⁵⁰ O interesse na anulação das deliberações sociais é decorrente da qualidade de acionista, bastando para isso ter seu nome inscrito no livro de ações nominativas, se nominativas, ou que contenha registro nos livros da instituição financeira, se escriturais. O direito de impugnar as deliberações sociais não é mero acessório do direito de voto, mas, como dito, é inerente à qualidade de acionista e aos direitos que ele tem de participar nos negócios sociais lícitos e legais.⁵⁵¹

Havendo ilegalidade ou vício em qualquer deliberação, qualquer sócio poderá se insurgir contra essa deliberação por meio de ação judicial porque possui qualidade de sócio (e todos direitos, faculdades, ônus daí decorrentes), independentemente do direito a voto. Além disso, se o sócio participa e se sujeita a todos os efeitos das deliberações da sociedade, é lícito que a ela seja facultado discutir a sua legalidade exatamente porque sua esfera de direitos subjetivos (na qualidade de sócio) será diretamente atingida.⁵⁵² Essa legitimidade, portanto, decorre não só do interesse a que alude o art. 3º do Código de Processo Civil, mas, e antes de tudo, do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁵⁵³

⁵⁵⁰ - Para NELSON EIZIRIK, são legitimados os acionistas com ou sem direito a voto (NELSON EIZIRIK, *A Lei das S/A comentada*, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 593).

⁵⁵¹ - Contra, vinculando a legitimidade ao direito de voto: JUAN DE LEYVA Y ANDIA, “Impugnación de acuerdos em las sociedades anónimas según el derecho vigente en España”, in *La Società per azioni Allá metà del secolo XX*, CEDAM, Padova, 1962, p. 507; ALBERTO PIMENTA, *Suspensão e anulação de deliberações sociais*, Coimbra Ed., Coimbra, 1965, p. 23; ALESSANDRO GRAZIANI, *Diritto de la società*, 5ª ed., Morano, Napoli, 1963, p. 358; JOAQUÍN GARRIGUES e RODRIGO URÍA, *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, vol. 1, 3ª ed., Madrid, 1976, p. 773; citados por PRISCILA CORREA DA FONSECA, *Suspensão de deliberações sociais*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 86. Aliás, essa autora se posiciona, com arrimo na lição de EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, no sentido de que “não só àqueles que exercem o direito de voto se deve conferir legitimidade para atacar deliberações sociais inválidas. É que, se assim fosse, chegaríamos, entre nós, ao absurdo de negá-la, v.g., aos acionistas portadores de ações preferenciais destituídas do direito de voto, solução que, em absoluto, se revela razoável” (PRISCILA CORREA DA FONSECA, *Suspensão de deliberações sociais*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 87).

⁵⁵² - A respeito da legitimidade dos preferencialistas com base na comunhão de interesses (art. 18 da Lei das S/A): MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003, pp. 287-286.

⁵⁵³ - No direito português, o direito de impugnar e a legitimidade para ajuizar pedido de suspensão de deliberação independem do direito de voto do acionista (é irrelevante), sendo que este

37- MINISTÉRIO PÚBLICO E AÇÕES COLETIVAS

O Ministério Público, em determinadas ocasiões, p.ex., nos casos das Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas ou mesmo em nome de investidores do mercado poderá ingressar com ação civil pública para a defesa dos interesses individuais homogêneos, coletivos ou ainda do erário público.⁵⁵⁴

Aliás, referindo-se à proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais, LIONEL ZACLIS ressalta a legitimidade também do indivíduo para uma ação coletiva (na qual é perfeitamente possível pleitear-se também a anulação de uma deliberação social), com base no art. 29 da Lei 8.884/94⁵⁵⁵: “ainda que a interpretação do art. 29 da Lei 8.884/94 não permita concluir-se esteja o indivíduo autorizado à defesa de direitos individuais homogêneos, não conseguimos vislumbrar nenhum obstáculo consistente para que a ordem jurídica não o permita de *lege ferenda*”.⁵⁵⁶

38- NOVO ACIONISTA; EX-ACIONISTA

Quem deixou de ser sócio ou perdeu essa qualidade por algum motivo pode não ter mesmo legitimidade de questionar deliberações havidas depois de sua saída. Uma vez fora da sociedade, o que acontece nela não é mais de seu interesse.

quando não tem direito a voto possui legitimidade para requerer a suspensão da deliberação social (ABÍLIO NETO, Código de Processo Civil anotado, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 598).

⁵⁵⁴- Pela legitimação das associações ou da Câmara de Comércio Italiana em ações coletivas pelo rito especial cautelar societário italiano: CHIARA PETRILLO, “La tutela degli interessi collettivi e dei diritti individuali omogenei nel processo societário”, in Revista di Diritto Processuale, anno LXI, n. 1, gennaio-marzo, 2006, p. 150.

⁵⁵⁵- “Art. 29. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

⁵⁵⁶- LIONEL ZACLIS, Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais, RT, São Paulo, 2007, p. 107.

Possui legitimidade também para ingressar com a demanda de suspensão de deliberação assemblear o acionista que ingressou na sociedade depois de ocorrida a deliberação.⁵⁵⁷ Nesse caso, é de se reconhecer a sua legitimidade, como já fez em termos a melhor doutrina⁵⁵⁸, evidentemente se dentro ainda dos prazos decadenciais e prescricionais para tanto, que são contados desde o ato e não desde seu ingresso na sociedade.⁵⁵⁹

A legitimidade decorre do fato de que, com a aquisição das ações, o novo acionista as recebe com todos os direitos e obrigações a elas inerentes. Se assim não fosse, o novo acionista poderia questionar sua vinculação, p.ex., a acordo de acionistas assinado pelo antigo detentor dessas ações, o que é inegável. A legitimidade é decorrente também do direito que o novo acionista tem de participar dos negócios sociais da mesma forma como o antigo detentor dessas ações. Novamente, se assim não fosse, o novo acionista não teria também direito ao recebimento de dividendos ou lucros referentes aos períodos anteriores de seu ingresso, o que é inegável.⁵⁶⁰

No que se refere às deliberações ocorridas enquanto o acionista que deixou a sociedade ainda detinha essa qualidade, é de se entender por sua legitimidade na anulação. Posicionar-se contrariamente significa abrir portas para grandes injustiças e na perpetuação de ilegalidades. Isso pode ocorrer de diversas formas, servindo de exemplo caso no qual acionista majoritário aprova por maioria de votos diversas deliberações para prejudicar os direitos de um acionista minoritário e, ato contínuo, o exclui da sociedade.

⁵⁵⁷ - Nesse caso, evidentemente, o antigo detentor das ações adquiridas não pode ter renunciado tacitamente ao direito de impugnar a deliberação. Em caso de emissão de novas ações ou de ações cujos antigos detentores votaram contrariamente à deliberação ou se abstiveram, é de se reconhecer a legitimidade.

⁵⁵⁸ - PRISCILA CORREA DA FONSECA, *Suspensão de deliberações sociais*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 94; LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, RT, São Paulo, 2002, p. 147; RODRIGO BENEVIDES DE CARVALHO, *Técnica processual e controvérsias derivadas da lei das sociedades por ações*, Tese de doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 66;

⁵⁵⁹ - No direito português parece ter a doutrina entendimento diferente, já que pugnam pela ilegitimidade do ex sócio, bem como no caso do sócio que transfere e aliena a outra pessoa seu título de sócio (ABÍLIO NETO, *Código de Processo Civil anotado*, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 598). Isso porque, “por sócio tem de entender-se, naturalmente, aquele que já o era no momento da deliberação impugnada e conserva esta qualidade ao tempo da impugnação, pelo que não tem legitimidade para requerer a suspensão quem, embora tenha sido sócio, já havia perdido essa qualidade quando da tomada da deliberação” (ABÍLIO NETO, *Código de Processo Civil anotado*, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 598).

⁵⁶⁰ - Sobre a impossibilidade de acionista questionar a validade de deliberações havidas antes de seu ingresso na sociedade, os posicionamentos em contrário se baseiam bastante na preocupação com o “litigante de ocasião”: NELSON EIZIRIK, *A Lei das S/A comentada*, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 594; ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA, *Invalidade das deliberações de Assembleia das S/A*, Malheiros, São Paulo, 1999, p. 122.

Evidentemente, esse acionista minoritário poderá questionar esses atos ocorridos antes de sua exclusão, principalmente se deles houver prejuízo quanto ao recebimento de haveres, direitos ou qualquer outra compensação decorrente da exclusão.

Por fim, o acionista que exerceu o direito de recesso, mas ainda não recebeu o valor do reembolso de suas ações permanece ainda com o status socii e, portanto, na plenitude de seus direitos como sócio.⁵⁶¹ Por essa razão, está legitimado a promover ação de anulação de deliberação social. O acionista que foi excluído extrajudicialmente ou judicialmente não ostenta tal legitimidade, nem mesmo antes do recebimento de seus haveres.

39- VOTO POR PROCURAÇÃO

Os casos de votos por procuração, por meio do qual o acionista se faz representar por procurador em assembleia, também não fogem à regra, garantindo ou não a legitimidade ao acionista em pleitear a suspensão da deliberação conforme seu posicionamento em assembleia. Do mesmo modo, possui legitimidade o representante do condomínio que detém ações da sociedade.⁵⁶²

Dúvidas poderiam existir na hipótese, rara, diga-se de passagem, de uma mesma pessoa comparecer a uma assembleia representando mais de um acionista. Nela o procurador, representando legitimamente os interesses de cada acionista, votar em sentidos diametralmente opostos, ou seja, um acionista vota contra e outro a favor da deliberação.

Evidentemente, o procurador não age em nome próprio no exercício da representação e, por conta disso, o acionista que votou contra a deliberação permanece legitimado para ingressar com a demanda pleiteando sua suspensão.⁵⁶³

⁵⁶¹- NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 595.

⁵⁶²- O art. 28 da Lei das S/A dispõe que “a ação é indivisível em relação à companhia. Parágrafo único. Quando a ação pertencer a mais de uma pessoa, os direitos por ela conferidos serão exercidos pelo representante do condomínio”.

⁵⁶³- No mesmo sentido: RODRIGO BENEVIDES DE CARVALHO, Técnica processual e controvérsias derivadas da lei das sociedades por ações, Tese de doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 65.

40- ADMINISTRADORES E CONSELHEIROS

Quanto aos administradores e membros dos Conselhos de Administração ou Fiscal⁵⁶⁴, possuem eles legitimidade para ingressar com demanda judicial para suspender deliberação social. O fato de não serem sócios (porque se sócios fossem, estariam legitimados nos termos acima abordados), em princípio, não afasta a sua legitimidade ativa. Isso porque, são obrigados a, no exercício delas, garantir a legalidade dos atos e da gestão da sociedade e cabe a eles a manutenção da sociedade dentro da legalidade.⁵⁶⁵

No direito italiano, após a reforma de 2003 pelo Decreto Legislativo n. 6 de 17 de janeiro de 2003, promulgado em decorrência da Lei 366 de 3 de outubro de 2001, foi modificado o art. 2377 do Código Civil Italiano e expressamente estabelecida a legitimidade do administrador, fato esse que já vinha sendo reconhecido mas ainda era objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial.⁵⁶⁶

A legitimidade, nesse passo, é detida pelas pessoas físicas (diretor, conselheiro, etc.) e não pelos órgãos da sociedade (Diretoria, Conselho de Administração), que nada mais são que a própria sociedade. Por essa razão, não se admite o ajuizamento de demanda judicial pelo Conselho de Administração, por exemplo.

⁵⁶⁴- O Conselheiro Fiscal possui legitimidade para pleitear a suspensão de deliberações sociais. Contudo, como sua responsabilidade (a do Conselho como um todo) se resume à denúncia ou ciência dos “erros fraudes ou crimes que descobrirem” (Lei das S/A, art. 163, inc. IV) ou ainda da fiscalização dos atos dos administradores e a verificação do “cumprimento dos seus deveres legais e estatutários” (Lei das S/A, art. 163, inc. I), poder-se-ia dizer que carecem de legitimidade para a tal investida judicial. Esse entendimento, baseado no fato de que sua responsabilidade cessa com a comunicação dos fatos (Lei das S/A, art. 165, §5º), não merece prevalecer. Isso porque, apesar de não se considerar comum essa atitude, “não é incompatível com a atividade fiscalizatória concedida o poder de impugnar judicialmente deliberações inválidas” (RODRIGO BENEVIDES DE CARVALHO, Técnica processual e controvérsias derivadas da lei das sociedades por ações, Tese de doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 68).

⁵⁶⁵- PRISCILA CORREA DA FONSECA ressalta que a legitimidade não decorre da responsabilidade que tais administradores têm no exercício de suas funções (PRISCILA CORREA DA FONSECA, Suspensão de deliberações sociais, Saraiva, São Paulo, 1986, pp. 96-97).

⁵⁶⁶- ERASMO VALLADÃO AZEVEDO NOVAES FRANÇA, “Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidade das deliberações assembleares”, in Revista de Direito Mercantil n. 134, abril-julho 2004, p. 17.

41- AÇÕES CONSTRITAS OU ONERADAS

No que se refere às ações constritas ou sobre as quais pende ônus financeiros (penhora, penhor, arresto, etc.), o titular das ações permanece legitimado para propor demanda de suspensão de deliberação social porque tais ônus não lhe retiram a fruição de direitos inerentes a elas, mas tão somente limitam a disposição ao tornar ineficaz a alienação a terceiros sem o consentimento do credor com garantia.⁵⁶⁷

Nenhum direito de crédito, mesmo que garantido com registro no livro de ações nominativas, pode, *ipso facto*, afastar do titular das ações direitos sociais como voto e fiscalização. Exceção a essa regra é a hipótese do credor pignoratício que, em seu contrato, dispõe expressamente que o voto do acionista detentor das ações oneradas não poderá ser exercido sem seu consentimento (em expressa ressalva ao art. 113 da Lei

⁵⁶⁷ - A respeito da ineficácia endoprocessual da alienação em fraude de execução, confira: “o Código de Processo Civil, ao dispor no art. 591 que o devedor responde com seus bens para o cumprimento de suas obrigações, salvo nas restrições estabelecidas em lei, impõe a primeira regra da responsabilidade patrimonial, qual seja: os bens do patrimônio do devedor estão sujeitos ao cumprimento de suas obrigações, salvo nas exceções legais. A segunda regra da responsabilidade patrimonial é que, a despeito do disposto no art. 592 do Código de Processo Civil, há bens de terceiros, legalmente relacionados, que estão sujeitos ao cumprimento das obrigações do devedor. Especial destaque merece o inc. V desse dispositivo, o qual relaciona os bens alienados ou gravados com ônus real em fraude de execução como sujeitos ao cumprimento das obrigações do devedor. Isso porque, o legislador expressamente não incluiu aqueles bens alienados em fraude contra credores na referida relação, cujos bens lá elencados, a despeito de pertencerem a terceiros, ainda assim estão sujeitos à garantia do cumprimento das obrigações do devedor. A razão dessa opção legislativa foi a de que fraude de execução é matéria de interesse de Estado (ordem pública) porque já proposta demanda judicial que pudesse levar o devedor à insolvência, tanto é que sobre ele não se opera preclusão. (...) No que se refere ainda à fraude de execução, os efeitos da declaração de ineficácia do negócio fraudulento devem ser vistos através do prisma objetivo e subjetivo. No primeiro, haveria ineficácia parcial. Isso porque, a declaração de fraude de execução não priva o negócio jurídico integralmente de sua eficácia, como por exemplo, a ineficácia da transmissão do domínio.¹²⁷ No plano subjetivo, o efeito seria de invalidade relativa: somente perante o exequente é que a transferência fraudulenta é ineficaz. Esse efeito no plano subjetivo nos remete ao conceito de inoponibilidade, pois não aproveita ao adquirente do bem alienado em fraude opor o seu direito de validade da alienação ao da vítima da fraude. Consequência direta disso é a possibilidade de subrogação do bem transferido em fraude à determinada obrigação, perante determinado credor, em determinado processo. Portanto, a declaração de ineficácia relativa não inibe o efeito principal do negócio jurídico fraudulento (transferência do domínio), mas tão somente aquele secundário (afastar a incidência da sub-rogação). E por assim ser, não é necessário anular ou declarar nulo o ato praticado em fraude de execução. Não há que se falar pelo mesmo motivo que há preclusão na arguição de fraude de execução, pois sua consequência é a invalidade e não a anulabilidade ou nulidade do ato fraudulento” (JOÃO PAULO HECKER DA SILVA, Embargos de terceiro, Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 44 e 48-49).

das S/A). Havendo voto sem tal consentimento, ao credor será legitimado questionar eventual deliberação.⁵⁶⁸

O direito de voto de acionista com ações penhoradas ou arrestadas poderá ainda ser questionado sob o ponto de vista da legalidade, quando o acionista dele se valer para prejudicar o direito de crédito do credor, como, p.ex., impedindo a legal e ordinária distribuição de dividendos a que teria direito e com cujos valores a dívida com referido terceiro seria paga. Nesse caso específico, o terceiro poderá se valer de demanda para suspender tal deliberação. Trata-se de uma exceção, porque admite a um terceiro a legitimidade para o ajuizamento da demanda de anulação de deliberação social.

Nesse sentido, possuem também legitimidade para ajuizar demanda questionando a legalidade de deliberação assemblear os terceiros cujas deliberações afetam diretamente seus interesses⁵⁶⁹ ou têm sua esfera de direitos subjetivos atingida, principalmente quando resultar em fraude contra credores.⁵⁷⁰

Caso ainda ocorram deliberações sociais que infrinjam disposições legais e comprometam o capital social, está legitimado o terceiro credor, com ou sem garantia, a ajuizar ação de anulação dessas deliberações. São os casos quando a sociedade, em estado de insolvência, distribui dividendos fictícios (Lei das S/A, art. 201, §1º), como bem denota NELSON EIZIRIK.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ - MODESTO CARVALHOSA defendendo a legitimidade traz o exemplo do credor (na alienação fiduciária e no penhor) que convencionalmente possui direito de voto no crédito garantido (MODESTO CARVALHOSA, Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003, pp. 287-286).

⁵⁶⁹ - LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, em arrimo na doutrina estrangeira, se refere à necessidade de haver por parte dos terceiros “interesses legítimos” (LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, Medidas urgentes no direito societário, RT, São Paulo, 2002, p. 146).

⁵⁷⁰ - Como já visto em nota acima, quando houver fraude à execução, é desnecessário o ajuizamento de ação anulatória de deliberação assemblear, já que se opera de plano sua ineficácia endoprocessual. No direito português a qualidade de sócio é condição para propor a medida de suspensão, mas não impede que terceiros possam ajuizar as respectivas demandas de anulação da deliberação. Nesses casos, restará o recurso às medidas cautelares comuns e não a esse procedimento específico (ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, Temas da reforma do processo civil, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 85-86). Mas o autor cita outros autores portugueses que pugnam pela admissão de terceiros quando as providências tenham por objeto decisões aferidas por nulidade, em razão da coincidência entre a legitimidade ativa entre qualquer ação e a para o procedimento de suspensão.

⁵⁷¹ - NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. III, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 596.

42- SUBSIDIÁRIA INTEGRAL E *HOLDINGS* DE PARTICIPAÇÃO

Questão interessante a respeito da legitimidade se afigura nos casos de sociedade subsidiária integral (Lei das S/A arts. 251-253). Nesses casos, o sócio da controladora teria legitimidade para promover ação de anulação de deliberação assemblear da subsidiária integral. Apesar de não ostentar a qualidade de sócio da subsidiária (que é a sociedade da qual o sócio tem participação), é importante ressaltar que o sócio da controladora possui interesse processual porque pode ser prejudicado por essas deliberações, exatamente porque seu único acionista é a empresa da qual o sócio detém participação.⁵⁷²

Esse sócio tem ainda, nos termos do art. 253, inc. II, da Lei das S/A, o direito de preferência na subscrição de novas ações da subsidiária quando esta deliberar aumentos de capital com o ingresso de novos acionistas, por se tratar de direito próprio do acionista.⁵⁷³ “Trata-se de um direito *sui generis* de exercício de direito sobreposto ao do titular direto das ações da subsidiária”.⁵⁷⁴ Aliás, esse “direito origina-se da subsidiária integral, que é sempre uma companhia (art. 251)”.⁵⁷⁵

ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO, em caso de reversão de subsidiária, afirma que na hipótese de a sociedade controladora ter ciência das deliberações prestes a ocorrer na sociedade controlada aquela “deverá convocar assembléia geral para esse fim e comunicar aos seus acionistas sobre a reversão da subsidiária, abrindo aos seus acionistas prazo não inferior a trinta dias *para o exercício do direito de preferência na aquisição das ações da subsidiária*”⁵⁷⁶. Desta forma, para requerer a anulação de uma deliberação social, a qualidade de acionista da controladora é suficiente, pois a lei presume que este tem sempre interesse que a sociedade não delibere ao arrepio da lei nem dos

⁵⁷²- “O único acionista da subsidiária integral tem, na verdade, mais de um sócio” (ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA, “Legitimação do sócio da sociedade controladora para pleitear a anulação de assembleia da controlada subsidiária integral”, in *Revista de Direito Mercantil* n. 129, 2003, p. 231).

⁵⁷³- ERASMO VALLADÃO A. E N. FRANÇA, “Legitimação do sócio da sociedade controladora para pleitear a anulação de assembleia da controlada subsidiária integral”, in *Revista de Direito Mercantil* n. 129, 2003, p. 233.

⁵⁷⁴- Nesse sentido, MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 4, t. II, Saraiva, 1998, p. 141.

⁵⁷⁵- Nesse sentido, MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. 4, t. II, Saraiva, 1998, p. 140.

⁵⁷⁶- ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO, *Lei das Sociedades Anônimas Anotada*, São Paulo, Saraiva, 2008, p. 701.

contratos sociais, estando devidamente preenchidos os requisitos previstos no art. 3º do Código de Processo Civil.⁵⁷⁷

No que se refere às *holdings* de participação, ou seja, aquelas sociedades que tem o objetivo apenas de participar de outras empresas, seus acionistas também possuem legitimidade de questionar os atos das empresas das quais possuem participação, principalmente quando for controladora dessa empresa. O raciocínio é o mesmo no que se refere às subsidiárias integrais. Isso porque, por se tratar de *holding* de participação controladora de outra sociedade, quaisquer deliberações ocorridas no âmbito da empresa controlada refletem imediatamente na *holding* controladora.⁵⁷⁸

Isso porque, muitas vezes são formados grupos societários de alta complexidade objetivando o afastamento e/ou diminuição da participação de acionista minoritário.⁵⁷⁹ E não é possível que tais estruturas, por mais complexas que sejam, funcionem de anteparo para impedir o legítimo exercício de direitos pelo acionista. Exatamente como afirmado pelo o Legislador na Exposição de Motivos da Lei n. 6.404/1976.⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ - E complementando ao afirmado acima, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA afirma que “dada a excepcionalidade da situação, pois, a lei trata os sócios da acionista controladora como se fossem sócios da própria subsidiária integral, eis que, normalmente, o direito de preferência compete aos acionistas, e não a terceiros” (ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa*, São Paulo, Editora Malheiros, 2009, p. 428).

⁵⁷⁸ - Nesse particular, ao se referir às subsidiárias integrais, ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E MORAES FRANÇA afirma que “os doutrinadores são indiscrepantes no entendimento de que quando a acionista controladora da subsidiária integral é uma sociedade contratual, como sucede no caso vertente, impõe-se também outorgar aos seus sócios o direito de preferência” (Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa, São Paulo, Editora Malheiros, 2009, p. 428). Desta forma, partindo-se desse pressuposto, basta ser acionista da sociedade controladora para ter legitimidade ativa para impugnar uma deliberação social no âmbito da sociedade controlada, pois que uma ilegalidade ou uma violação do contrato social lesam os interesses da sociedade e, conseqüentemente, dos seus acionistas em qualquer escala.

⁵⁷⁹ - Os grupos econômicos são configurados mediante o preenchimento dos requisitos dos §§ 1º e 2º do art. 243 da Lei das S/A: “§1º. São coligadas as sociedades quando uma participa da outra, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la. §2º. Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direito de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

⁵⁸⁰ - “A incorporação de ações, regulada no art. 253 (atual art. 252) é meio de tornar a companhia subsidiária integral, e equivale à incorporação de sociedade sem extinção da personalidade jurídica da incorporadora. A disciplina legal da operação é necessária porque ela implica – tal como na incorporação de uma companhia por outra – em excepcionar o direito de preferência dos acionistas da incorporadora de subscrever o aumento de capital necessário para efetivar a incorporação. Em compensação, para evitar que a subsidiária integral possa servir de instrumento para prejudicar acionistas minoritários da companhia controladora, o

Por outro lado, não importa se o acionista possui participação minoritária ou majoritária, ou, ainda, se é considerado indiretamente acionista da empresa controlada. Basta, como visto, verificar se esse acionista é afetado em sua esfera de direitos com a efetivação das deliberações sociais da controlada. É dessa circunstância objetiva que decorre não só seu interesse no questionamento do ato, como também sua legitimidade ativa para requerer a suspensão da deliberação em juízo.

43- USUFRUTO

Por fim, cabe assinalar com relação ao nu proprietário e ao usufrutuário o direito de voto, nada obstante ser assunto com grande divergência na doutrina.⁵⁸¹ Nos termos do art. 114 da Lei das S/A, o direito de voto pode caber a um ou a outro, dependendo da disposição contratual em que foi instituído o usufruto.

Isso porque, o *caput* desse dispositivo dispõe que “o direito de voto da ação gravada com usufruto, se não for regulado no ato de constituição do gravame, somente poderá ser exercido mediante prévio acordo entre o proprietário e o usufrutuário”. Como visto acima, a legitimidade em questionar judicialmente a legalidade de deliberações sociais não é decorrente do direito de voto. Além disso, nu proprietário e usufrutuário detêm qualidade de sócios, nos termos e durante a vigência do contrato havido entre eles.

Dessa forma, como cabe a ambos o direito de fiscalizar e participar dos negócios da sociedade, não há fundamento para impedi-los, juntos ou separados, o exercício do direito de ação para questionar a legalidade dos atos societários. Nesse passo, não há que se falar em litisconsórcio necessário entre ambos, de forma a atribuir a legitimidade *ad causam* somente se estiverem, juntos, no pólo ativo da ação.

Como se sabe, o litisconsórcio necessário decorre de lei ou da relação jurídica de direito material. À ausência de lei que o preveja para esse caso e

art. 254 assegura o direito de preferência para aquisição ou subscrição de ações do capital da subsidiária integral”.

⁵⁸¹- Pela legitimidade: FABIO KONDER COMPARATO, “Sociedade anônima – Ações ao portador, inexistência de quase-usufruto, limites ao exercício dos direitos do usufrutuário”, parecer, in RT 507/44; PRISCILA CORREA DA FONSECA, Suspensão de deliberações sociais, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 101; RODRIGO BENEVIDES DE CARVALHO, Técnica processual e controvérsias derivadas da lei das sociedades por ações, Tese de doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 68. Pela ilegitimidade, na doutrina estangeira, como citado por PRISCILA CORREA DA FONSECA, Suspensão de deliberações sociais, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 100.

ostentando de forma independente cada um a qualidade de sócio, não há motivos para se falar em litisconsórcio necessário entre o nu proprietário e o usufrutuário para a anulação de deliberação social.

44- LEGITIMIDADE PASSIVA

Não importa quem ou como uma deliberação social foi tomada, se decorrente de sócio, de uma reunião de sócios, de órgão da sociedade ou de uma das pessoas naturais desse órgão: a deliberação é sempre da sociedade. É dela o interesse direto dos efeitos das deliberações sociais; os sócios, quando muito, têm interesses reflexos na deliberação social.⁵⁸²

Essa conclusão é decorrente da separação da pessoa jurídica da sociedade da pessoa física dos sócios, administradores ou conselheiros. Esses, quando deliberam no âmbito da sociedade, por mandato ou por lei, agem em nome da sociedade.

Em se tratando de atos complexos, p.ex., deliberações havidas em assembleia por mais de um sócio, a sociedade é quem possui legitimidade passiva para figurar na ação que busca sua anulação. Os demais sócios não devem necessariamente figurar no pólo passivo, *in casu*, nem mesmo se contribuíram com seus votos para a referida deliberação.

Assim, em uma demanda que tenha por objeto a suspensão de uma deliberação social, é da sociedade a legitimidade passiva para figurar como réu, até porque é dela a legitimidade decorrente do direito material em defender a legalidade de seus próprios atos. Essa é a regra geral, com a qual a doutrina em peso está de acordo.⁵⁸³ Os acionistas, por outro lado, podem figurar no pólo passivo sem o caráter de necessidade,

⁵⁸²- Nesse sentido, no âmbito do direito português: L. P. MOITINHO DE ALMEIDA, *Anulação e suspensão de deliberações sociais*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra, 2003, p. 184. - Em Portugal, somente a sociedade figurará no pólo passivo por força do disposto no art. 60, n. 1, do Código das Sociedades Comerciais (ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, IV volume, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 86).

⁵⁸³- PRISCILA CORREA DA FONSECA, *Suspensão de deliberações sociais*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 105; LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, RT, São Paulo, 2002, p. 147; RODRIGO BENEVIDES DE CARVALHO, *Técnica processual e controvérsias derivadas da lei das sociedades por ações*, Tese de doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 70;

mas como litisconsortes facultativos ou ainda como assistentes litisconsorciais da sociedade.⁵⁸⁴

Em regra, a sociedade será representada nos termos da lei e de seu Estatuto Social, sem maiores discussões. O art. 12, incs. III, VI, VII, VIII e §3º, do Código de Processo Civil, resolve essa questão “art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente: (...) III - a massa falida, pelo síndico; (...) VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores; VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens; VIII - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único); § 3º O gerente da filial ou agência presume-se autorizado, pela pessoa jurídica estrangeira, a receber citação inicial para o processo de conhecimento, de execução, cautelar e especial.”

Entretanto, PRISCILA CORREA DA FONSECA suscita questão interessante quanto à representatividade da sociedade nas hipóteses de o autor da demanda for o representante legal da sociedade. Nesses casos e com base na lei espanhola, a autora afirma que caberá ao juiz “nomear a pessoa a quem incumbirá tal mister”⁵⁸⁵, recaindo sobre algum administrador ou mesmo sobre o sócio que tenha votado a favor da decisão impugnada.

Essa questão não pode ser resolvida dessa forma. Ou seja, não cabe ao juiz, sem haver um critério objetivo definir quem deverá representar a sociedade naquela oportunidade.

Nesses casos, não há uma solução única que supere a casuística, com a qual o juiz terá de investigar a representação disciplinada no Estatuto Social, os envolvidos na deliberação e mais questões de fato para definir, tanto quanto possível, com base no princípio da maioria, já que a sociedade, por se tratar de um contrato de organização, é regida pela maioria das vontades convergentes. Portanto, nunca será lícito ao juiz reconhecer que a sociedade está representada em juízo por um minoritário que não tenha poderes no estatuto para tanto, muito menos nos acionistas que tem interesses

⁵⁸⁴ - Em Portugal essa solução não é adotada, como aponta ABILIO NETO em suas glosas: “no procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais não é admissível o incidente de intervenção de terceiros ao lado da requerida, pois só esta tem legitimidade passiva da acção” (ABÍLIO NETO, Código de Processo Civil anotado, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 601).

⁵⁸⁵ - PRISCILA CORREA DA FONSECA, *Suspensão de deliberações sociais*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 106;

contrários ao autor da demanda, tais como aqueles que deliberaram de forma contrária ao autor. Ou seja, nesses casos, a representação deverá sempre ficar a cargo do controlador.

Nessa linha, se o autor da demanda ainda for ainda controlador da sociedade, melhor seria manter com ele a representação da sociedade, mas garantir a intimação dos eventualmente interessados para que possam, sem caráter de obrigatoriedade, ingressar na demanda na qualidade de litisconsortes facultativos.

45- LITISCONSÓRCIO E EFEITOS DA DECISÃO

Tema polêmico e com uma série de implicações de ordem prática é o da análise do litisconsórcio nas demandas de anulação de deliberações sociais. De início cabe adiantar nosso entendimento no sentido de que os acionistas (ou demais legitimados) são litisconsortes ativos, facultativos e unitários na demanda de anulação assemblear.

Com relação à unitariedade do litisconsórcio, não há muita discussão ante a necessidade de se conferir tratamento igual àqueles que não podem chegar a destinos diferentes. Ou seja, o litisconsórcio será unitário “quando a lide tiver de ser decidida de maneira uniforme para todos os litisconsortes” (CPC, art. 47), pois em tal hipótese mister se faz uma decisão homogênea para todos.

Evidentemente, ninguém há de negar que em ação de anulação de deliberação social, a sentença que a desconstitui deve valer não só para o acionista, como para a sociedade. É célebre o exemplo de anulação de casamento: é impossível considerar válido o casamento perante o marido e nulo perante a esposa.

Nas ações constitutivas em geral, principalmente naquelas que visam a anular negócio jurídico, esse litisconsórcio, além de unitário, ordinariamente se mostra necessário também.⁵⁸⁶ Diante da anulação, p.ex., de um contrato assinado por diversas pessoas, é necessária a participação de todas elas no processo porque tal processo

⁵⁸⁶ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO elenca as ações constitutivas como sendo uma das hipóteses em que o litisconsórcio é necessário: “as ações, em geral, que visem à desconstituição de relação jurídica, seja para rescindi-la por inadimplemento da parte contrária, seja para anular o ato em virtude de simulação ou de vício do consentimento, seja por violação à lei etc. Nessas ações serão partes necessárias todos os sujeitos da relação jurídica que se pretende desconstituir” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Litisconsórcio*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, p. 172). E da mesma forma pôde em outra oportunidade sustentar em parecer que “tais ações (constitutivas) são as que oferecem campo mais propício à necessidade e unitariedade do litisconsórcio” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Litisconsórcio necessário – Controle jurisdicional do ato administrativo”, in *Revista Forense* 333/179).

tem como objeto relação jurídica de direito material incidível. A necessidade do litisconsórcio, portanto e como pugna a doutrina especializada, é decorrente de expressa disposição legal ou da natureza incidível da relação jurídica discutida na causa.⁵⁸⁷

Contudo, em se tratando de demanda de anulação de deliberação assemblear, os sócios não são litisconsortes ativos necessários para promoverem a demanda perante a sociedade.⁵⁸⁸ Primeiro porque não há lei que assim imponha e segundo porque a relação jurídica de direito material também não impõe essa conclusão: a legitimidade do acionista em pleitear judicialmente a nulidade de deliberação social é decorrente de seu direito essencial de sócio em fiscalizar e garantir a legalidade dos negócios sociais (art. 109, inc. III da Lei das S/A). Esse direito, como é evidente, é de cada um dos sócios, estando, portanto, cada um deles legitimado a, por si ou em conjunto, exercê-lo os limites da lei e do estatuto.

Trata-se de típico caso, então, de litisconsórcio facultativo, já que ele não é indispensável (característica da necessidade), “mas irrecusável. Note-se que a voluntariedade por parte dele passa a ser o elemento diferenciador da categoria”.⁵⁸⁹ Por conta disso, nesse caso a citação de todos os litisconsortes não é condição para o preenchimento das condições da ação – qual seja, legitimidade de parte.⁵⁹⁰

Depois de ajuizada a demanda, em decorrência de serem litisconsortes facultativos ativos, esses terceiros acionistas podem ingressar nos autos para figurarem como assistentes litisconsorciais do autor, com o que ratificam o pedido de anulação. Pelo fato de ostentarem essa qualidade de assistentes litisconsorciais, o autor da demanda não poderá dela desistir sem seu consentimento.

⁵⁸⁷ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Litisconsórcio*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, p. 172. Aliás, seria uma grave afronta ao contraditório e à ampla defesa propor a demanda contra apenas uma das partes da relação jurídica a ser cindida, sem possibilitar a defesa da outra parte. É clássica a regra de que a sentença não pode produzir efeitos contra quem não tenha sido parte no processo (CPC, art. 472).

⁵⁸⁸ - Nesse sentido: ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, 13ª ed., RT, São Paulo, 2009, p. 610.

⁵⁸⁹ - PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997, p. 14.

⁵⁹⁰ - A legitimidade passiva ou ativa dos sujeitos do processo está intimamente ligada à figura desse instituto, pois em algumas ocasiões a condição da ação referente à legitimidade das partes somente será suprida se todos os titulares da relação jurídica forem citados para integrar a relação processual. Consequência disso é que se os sujeitos da situação jurídica incidível já tiverem integrado a lide, não se admite conclusão diversa a eles (unitariedade); se um dos titulares dessa relação ainda não tiver composto a lide, ineficaz será o julgamento de seu mérito (necessidade).

No que se refere ao pólo passivo da demanda anulatória de deliberação social, os demais sócios também não são litisconsortes passivos necessários. Essa conclusão é decorrente do mesmo raciocínio que se impõe à legitimação ativa: primeiro porque não há lei que assim imponha, segundo porque a relação jurídica de direito material também não dá ensejo a essa conclusão. Entretanto, podem eles ingressar no processo voluntariamente para figurarem como assistentes litisconsorciais da sociedade, com o que defenderão a validade da deliberação questionada.

E é a esse respeito que há divergência na doutrina, principalmente com relação às consequências advindas da sentença de improcedência da ação de anulação de deliberação social aos acionistas que não figuraram em nenhum dos pólos da relação jurídica de direito processual.

Diversas posições doutrinárias foram colocadas diante desse problema, a fim de abarcar uma solução satisfatória quanto aos efeitos da sentença e os limites subjetivos da coisa julgada. Cabe aqui uma digressão a esse respeito.

Na doutrina italiana, ENRICO TULLIO LIEBMAN sustenta que a sentença de improcedência não tem o condão de vincular seu resultado aos demais acionistas da sociedade, mormente o direito destes de promover outra demanda para defesa de seus interesses na anulação de deliberação social. Referindo-se especificamente às ações de anulação de deliberação social e com arrimo nas lições de VIVANTE, SCIALOJA e ASCARELLI, reconhece que não se trata tanto de efeitos subjetivos da coisa julgada, mas de definir-se o objeto da ação de anulação, que no caso de proposta por um acionista, é só daquele que a propôs.⁵⁹¹

A sentença de procedência do pedido valeria a todos porque, por se tratar de ações concorrentes, a demanda de anulação de deliberação proposta por cada um teria esse mesmo objetivo.⁵⁹² Já a sentença de improcedência não poderia sujeitar aos

⁵⁹¹- O autor menciona também entendimentos contrários ao seu: Navarrini, *società ed associazioni commerciali*, n. 423, e Soprano, *Società commerciali*, I, n. 611.

⁵⁹²- “A ação pertence a cada sócio individualmente, mas, dada a necessidade de que a deliberação subsista ou fique sem efeito para todos, a demanda de cada um tende à anulação total do ato e, portanto, as ações dos vários sócios encontram-se em concurso: acolhida a demanda de um deles, o resultado se estende a todos, e as ações dos outros são absorvidas e extintas justamente porque concorrentes. (...) A sentença de rejeição não pode influir de nenhum modo a posição a posição dos sócios que permaneceram estranhos à lide. Sentença de acolhimento tem efeito, pelo contrário, para isso ocorrer simplesmente porque, não podendo anular só para alguns, a anulação é necessariamente total e socorre também eventualmente o sócio que tenha visto repelida a precedente demanda; resultado este que, posto coincida com o da ação rejeitada, não contradiz, todavia, o julgado de rejeição porque a ação ora acolhida é outra, embora concorrente, o que acontece também, e é pacífico, se nova impugnação é

acionistas que do processo não fizeram parte porque isso fulminaria o direito que cada um tem de questionar a decisão assemblear.⁵⁹³

Em conclusão e utilizando-se do conceito de ações concorrentes, ENRICO TULLIO LIEBMAN afirma que cada uma dessas ações “pode ser proposta independentemente e que a procedência de uma delas extingue todas as outras, ao passo que a sua rejeição não as prejudica”.⁵⁹⁴ E tal solução seria pertinente ainda porque obsta o conluio entre a sociedade e algum acionista que esteja com seus interesses a ela vinculados.⁵⁹⁵

Em que pese a posição do mestre, ela não merece prevalecer porque baseada na falsa premissa de que todos os acionistas querem anular a deliberação. Não prevalece ainda porque afasta o direito daqueles acionistas que concordam com a deliberação de propor demanda declaratória de legalidade do ato.⁵⁹⁶ E o mais importante:

fundada em motivos diversos, pois que também esta é distinta, se bem que concorrente. A diversidade de efeitos da sentença, relativamente às ações concorrentes, segundo seja de procedência ou de improcedência, é normal na figura de concurso de ações” (ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, pp. 218-119).

⁵⁹³ - “A comunhão dos fins dos vários sujeitos, a natureza do ato uno e indivisível, que não pode senão subsistir, ou decair, na sua totalidade, em relação a todos, não excluem a personalidade jurídica, a individualidade da legitimação de cada um a propor a impugnação. A idêntica qualidade (do sócio, do interessado na anulação do ato etc.) não é senão o pressuposto comum da legitimação autônoma e pessoal reconhecida a todos os que se encontram naquela determinada situação. Mas se se admite que a ação concerne individualmente a cada um dos interessados, não se pode sem contradição, admitir que a o que um deles faz, valha como realizado por conta e com efeitos para os outros. Não se pode, portanto, falar de recíproca substituição processual, porque cada um, quando age, exercida a própria e somente a própria ação; nem sem dizer que a identidade da qualidade elimina a diversidade das pessoas, porque, ao contrário, esta diversidade pressupõe aquela identidade e, antes, no seu terreno mergulha as próprias raízes, mas para sobreviver e se afirmar sobre ela; pois que uma pessoa é individualmente legitimada a agir, justamente enquanto sócio ou de qualquer modo participante de uma relação jurídica determinada” (ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, pp. 223 e ss.).

⁵⁹⁴ - ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Eficácia e Autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 224.

⁵⁹⁵ - Esse posicionamento, segundo o autor, seria mais conveniente porque elimina os perigos de eventual conluio entre a sociedade um determinado sócio (ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 218).

⁵⁹⁶ - Apesar de esse argumento parecer ser meramente acadêmico, tendo em vista a presunção de legalidade dos atos da sociedade, a posição de Liebman afasta a eficácia declaratória da sentença de improcedência da demanda de nulidade de deliberação social. E mais, não responde ao fato de que a deliberação continuará a ser legal e hígida para o autor dessa demanda julgada improcedente e que não há fundamento jurídico para se ter uma deliberação válida para aquele que perdeu a ação e inválida para quem ganhou a ação. Afinal, não se sabe como deverá se comportar a sociedade nesse contexto.

pela necessária segurança jurídica que deve permear os negócios sociais, permitir a infundável propositura de demandas anulatórias atenta contra a própria sobrevivência da sociedade em razão da já famosa “guerra de liminares” nos foros, típica das lides societárias mais acirradas. Para se verificar a problemática, basta imaginar incontáveis pedidos de suspensão de determinada deliberação social de uma Sociedade Anônima aberta, requeridos perante juízos diferentes e em períodos diferentes.

Dessa forma, a equivocada solução de não submeter o conteúdo declaratório da sentença de improcedência de ação de nulidade de deliberação social aos demais sócios que dela não participaram, no propósito de evitar um suposto prejuízo a um determinado acionista, na verdade dá azo à chicana processual que pode facilmente paralisar a empresa e por em risco sua própria sobrevivência. E entre uma solução que preserva eventual direito de acionista, mas que coloca em risco a atividade econômica, o sistema já optou pelo segundo.

Em contraposição ao pensamento de ENRICO TULLIO LIEBMAN, GIUSEPPE CHIOVENDA sustenta que a impossibilidade de a deliberação social ser válida para o acionista que em primeiro lugar propôs a demanda anulatória e perdeu e, ao mesmo tempo, inválida para quem propôs outra demanda e obteve uma sentença de procedência do pedido de sua desconstituição.⁵⁹⁷ Isso porque, a coisa julgada formada no primeiro processo de anulação de deliberação assemblear, exclui automaticamente a ação dos outros acionistas.^{598 599} No entendimento do autor, nas ações de anulação de deliberação social, há uma diversidade de sujeitos com os mesmos direitos potestativos e tendentes à cessação do mesmo ato jurídico. Nesse caso, como não pode o ato subsistir para uns e não para outros, embora subjetivamente diversas, as demandas de anulação de deliberação social devem chegar a uma única solução.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ - “Devendo necessariamente o ato existir, ou não existir com relação a todos que lhe são sujeitos, não pode haver senão uma única decisão, conquanto as ações sejam subjetivamente diversas; a identidade de qualidade ocupa aqui o lugar da identidade de pessoa; a coisa julgada, que se forma em relação a um, exclui a ação dos outros” (GIUSEPPE CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1965, p. 281 e 926).

⁵⁹⁸ - O autor não fala em litispendência, mas a sua pertinência no caso em exame é total para permitir também a extinção do segundo processo sem resolução do mérito, agora por outro fundamento.

⁵⁹⁹ - O autor menciona ainda doutrina alemã com arrimo em LEO ROSENBERG, já que o §273 do BGB, dispõe expressamente a eficácia para todos os sócios da sentença de anulação da deliberação.

⁶⁰⁰ - “A diversidade dos sujeitos produz diversidade de ações, mesmo quando é devida por diversos ou a diversos a mesma coisa, ou quando se pretende, em relação a diversos, o mesmo efeito jurídico. Temos exemplo do primeiro caso nas obrigações solidárias; do segundo caso, nos

Na Alemanha a questão não gera muita controvérsia porque a lei societária veio a estabelecer expressamente que os acionistas que não participaram da demanda anulatória de deliberação social se submetem aos seus efeitos e à coisa julgada.⁶⁰¹

No Brasil, a posição parece ser majoritária no sentido de extensão dos efeitos da sentença de improcedência para os acionistas que não participaram da demanda de anulação de deliberação social.⁶⁰²

ARRUDA ALVIM, analisando a questão primeiramente sob a ótica da natureza do litisconsórcio, afirma que “o que se sublinha, para sustentar que a eficácia de tais decisões transcenda aos litigantes, é o interesse geral da comunidade em ver resolvida a validade/invalidade do ato”.⁶⁰³ Uma das justificativas para que esses efeitos transcendam aos litigantes é a projeção do princípio do valor absoluto da sentença no campo da eficácia e, desconsiderando seus limites subjetivos (porque razões há aos montes), centrar em seus limites objetivos. A decisão nesse caso “vincula mecanicamente o ente”.⁶⁰⁴

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, afirma que a vinculação dos demais sócios à sentença de improcedência da ação de anulação de deliberação social da qual não participaram seria um mal menor diante da contradição de julgados referentes a um ato único e indivisível.⁶⁰⁵

Por fim, na premissa de um tratamento paritário aos terceiros (acionistas que não integraram a relação jurídica processual), JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI adota posicionamento no sentido de que o sistema processual equilibra essa situação de

direitos potestativos correspondentes a diversas pessoas e tendentes à cessação do mesmo estado ou ato jurídico (direito de todos os sócios de impugnar as deliberações da assembleia geral (...)). No segundo caso, todavia, os efeitos podem ser especiais, uma vez que, devendo necessariamente o ato impugnável subsistir ou não para todos quantos lhe estão sujeitos (por sua qualidade de sócio (...)), somente pode haver uma decisão, embora as ações sejam subjetivamente diversas; a identidade da qualidade substitui, nesta hipótese, a identidade de pessoa; a coisa julgada, constituída com respeito a um, exclui a ação dos outros” (GIUSEPPE CHIOVENDA, Instituições de direito processual civil, vol. I, Saraiva, São Paulo, 1969, p. 356).

⁶⁰¹- Aktiengesetz, de 6 de setembro de 1965, §§ 248 e 249.

⁶⁰²- Em sentido contrário: JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA, “A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor”, in Processo civil – 20 anos de vigência, Saraiva, São Paulo, 1995, p. 25 e ss., coord. José Rogério Cruz e Tucci.

⁶⁰³- ARRUDA ALVIM, Manual de direito processual civil, 13ª ed., RT, São Paulo, 2009, p. 615.

⁶⁰⁴- A expressão é de ENRICO REDENTI: “vincola meccanicamente l’ente” (ENRICO REDENTI, Il giudizio civile con pluralità di parti, Giuffrè, Milano, 1960, n. 42, p. 55).

⁶⁰⁵- O autor apresenta esse posicionamento e diversos estudos. Por todos: JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Litisconsórcio unitário, Borsói, Rio de Janeiro, 1972, pp. 148-149; JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Coisa julgada: extensão subjetiva”, in Direito processual civil, Borsói, Rio de Janeiro, 1971, p. 281 e ss..

aparente conflito por meio da extensão *ultra partes* da coisa julgada. Assim, os acionistas terceiros na relação processual da demanda de anulação de deliberação social ficam sujeitos à eficácia da sentença e impedidos de ajuizar demanda questionando a higidez do ato societário.⁶⁰⁶

Essa problemática não é nova no direito brasileiro e nunca foi polemizada em outras esferas por doutrina⁶⁰⁷ e jurisprudência⁶⁰⁸, como se verifica nos casos de condomínio.⁶⁰⁹ Em demanda de anulação de convenção de condomínio proposta por um condômino, nunca se questionou a impossibilidade de outro condômino alegar a validade da convenção.

Nesses casos e em tantas outras hipóteses nos quais o litígio alcança interesse e direito de certo número de pessoas, em posição idêntica ou quase semelhante, o sistema processual sempre ofereceu ao operador do direito duas soluções: a de classificação dentre os casos de litisconsórcio necessário, por meio do qual impõe a citação de todos os litisconsortes, ou a de ampliação os limites subjetivos da coisa julgada, com o que sujeita o conteúdo da sentença a quem não foi parte do processo.

⁶⁰⁶ - “Diante do impasse derivado dessas situações, entre uma tutela efetiva do direito do autor e uma proteção ao direito de defesa dos terceiros ausentes (cuja presença no processo seria extremamente difícil), o próprio sistema equilibra o interesse do autor e o dos terceiros interessados, por meio da extensão *ultra partes* da coisa julgada (terceiros que têm interesse convergente) e da relativa incontestabilidade da sentença (em relação aos terceiros atingidos pela eficácia da sentença)” (JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, RT, São Paulo, 2006, pp. 134-135).

⁶⁰⁷ - A respeito dos condomínios, JOÃO BATISTA LOPES afirmou que “a invalidade das deliberações (casos de nulidade ou anulabilidade, e não de existência) deve ser pleiteada por ação constitutiva negativa intentada contra o condomínio representado pelo síndico (...) sendo dispensável a citação dos demais condôminos, porquanto não há que se falar em litisconsórcio necessário” (JOÃO BATISTA LOPES, *Condomínio*, 10ª ed., RT, São Paulo, 2008, pp. 130-132).

⁶⁰⁸ - ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, 13ª ed., RT, São Paulo, 2009, p. 610-611. O autor traz a referência que em situações análogas como é o caso do condomínio, os Tribunais Superiores fixaram posição no sentido da inexistência de litisconsórcio necessário: STF, 2ª T., AgIn n. 76.551-4, rel. Min. Djaci Falcão, j. 11/9/1979; STJ, 4ª T., Resp n. 112.185-RJ, rel. Min. Sálvio Teixeira, DJ 8/9/1998, p. 67. Tais julgados se baseiam na idéia de que cada condômino tem interesse e legitimidade de, cada um por si, impugnar a anulação da assembleia geral do condomínio. E em razão de o condomínio ser quem suportará os efeitos do pedido de anulação, é ele quem deve figurar no pólo passivo.

⁶⁰⁹ - A respeito dessa analogia, ARRUDA ALVIM assevera: “as regras atinentes à legitimidade ativa e passiva (em ação de anulação de deliberação assemblear) aplicam-se a todas as sociedades, e não apenas as comerciais. Até porque, nada obstante a relação envolvida na demanda em apreço ser de direito civil, o tratamento processual a ser dispensado será precisamente o mesmo” (ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, 13ª ed., RT, São Paulo, 2009, p. 613). No mesmo sentido PRISCILA CORREA DA FONSECA afirma que “aplicam-se, portanto, às sociedades civis, às associações, às fundações e aos condomínios, naquilo que pertinente, as regras retroenunciadas” (PRISCILA CORREA DA FONSECA, *Suspensão de deliberações sociais*, Saraiva, São Paulo, 1986, p. 107).

Na primeira solução, p.ex., a lei impôs à ação de usucapião o litisconsórcio passivo necessário entre todos os confinantes, apesar de a relação jurídica de direito material não dar ensejo obrigatoriamente à necessidade (CPC, art. 942⁶¹⁰).

Na segunda solução, p.ex., no caso das ações coletivas, a lei ampliou os efeitos subjetivos da coisa julgada e instituiu a coisa julgada “*secundum eventum probationis*”. Isso porque, previu expressamente, em exceção à eficácia *erga omnes* da sentença, que a ação coletiva julgada improcedente por falta de provas não faz coisa julgada, podendo ser reproposta por qualquer legitimado (art. 103, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor⁶¹¹). De qualquer forma, a sentença de improcedência excluída a hipótese de ausência de provas, faz coisa julgada *erga omnes*, ou seja, gera efeitos a todos, mesmo àqueles que não participaram do processo.

Essa conclusão é plenamente válida para o processo societário nas demandas de anulação de deliberação assemblear. À ausência de lei que discipline a coisa julgada “*secundum eventum probationis*” no processo societário, cabe fazer valer a eficácia “*erga omnes*”⁶¹² da sentença que desconsitui a deliberação para que, independentemente de seu resultado, deflagre efeitos tanto para a sociedade, quanto para os demais acionistas.

Diante da legitimidade extraordinária e concorrente entre os legitimados, a litispendência nesses casos é definida somente pela comunhão de pedidos e de causa de pedir, ignorando-se o fato de que normalmente não há identidade entre as demandas no pólo ativo.⁶¹³ Tecnicamente, portanto, o importante para identificação da

⁶¹⁰- “Art. 942. O autor, expondo na petição inicial o fundamento do pedido e juntando planta do imóvel, requererá a citação daquele em cujo nome estiver registrado o imóvel usucapiendo, bem como dos confinantes e, por edital, dos réus em lugar incerto e dos eventuais interessados, observado quanto ao prazo o disposto no inciso IV do art. 232”.

⁶¹¹- “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81”.

⁶¹²- Deve-se entender a referida eficácia “*erga omnes*” com ressalvas porque, utilizando-se do paralelismo do processo coletivo, nesse caso significa dizer que a sentença tem eficácia para todos os interessados, quais sejam, a sociedade, os acionistas, administradores, etc.

⁶¹³- A doutrina não destoa desse posicionamento: “no que diz respeito ao autor da ação coletiva, o que nos parece mais importante frisar é a absoluta irrelevância de que se reveste o dado relativo a quem intente a ação, ou seja, ao autor, propriamente dito (...) na verdade o aspecto subjetivo da litispendência, que nas ações individuais se verifica pelo exame das partes, nas ações coletivas se afere em função das pessoas que serão atingidas pelos efeitos da decisão” (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, “Litispendência em ações coletivas”, in Tutela coletiva, Atlas, São Paulo, 2006, p. 264, coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon). A autora, contudo, dá notícias de entendimento equivocado da jurisprudência no sentido de que, nesses

litispendência é a condição jurídica do autor (e não sua identidade física).⁶¹⁴ Isso porque, o aspecto subjetivo nas ações coletivas se afere unicamente em função das pessoas que serão atingidas pelos efeitos da decisão e não das pessoas que constam no pólo ativo das demandas. Daí que havendo idênticas causas de pedir e pedidos, ocorre a litispendência entre as causas e não conexão, devendo ser o segundo processo extinto sem resolução do mérito.⁶¹⁵

Enfim, o mesmo raciocínio para as ações coletivas vale para as lides societárias, no que se refere ao litisconsórcio nas ações de anulação de deliberação social. Assim, o importante para identificação da litispendência é a condição jurídica do acionista que toma a iniciativa de, em primeiro lugar, ajuíza demanda de anulação de deliberação social. Se o aspecto subjetivo se afere unicamente em função das pessoas que serão atingidas pelos efeitos da decisão (sociedade) e não das pessoas que constam no pólo ativo das demandas (qualquer acionista), havendo idênticas causas de pedir e pedidos,

casos, haveria conexão e não litispendência, em razão da não coincidência subjetiva das causas, baseada na questionável interpretação dos institutos à luz dos conflitos individuais e do Código de Processo Civil.

⁶¹⁴ - Conforme lição de RICARDO DE BARROS LEONEL, situação similar seria aquela “entre ação coletiva e ação popular: sendo iguais as causas e os pedidos, o fenômeno a ser reconhecido é a litispendência ou a coisa julgada – conforme o caso –, e não simplesmente conexão. A ação proposta anteriormente deverá ser extinta sem julgamento do mérito. Admitindo-se entendimento diverso, de que a ação popular e a coletiva sejam demandas distintas, verificar-se-á o conflito prático de julgados, com o qual o ordenamento jurídico não pode conviver” (RICARDO DE BARROS LEONEL, *Manual do Processo Coletivo: de acordo com a Lei 10.444/02, RT, São Paulo, 2002, p. 251-252*). No mesmo sentido, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER: “Quando duas ações coletivas têm como objeto e a mesma causa de pedir, coincidirão, necessariamente, os titulares dos direitos. (...) É que, uma vez constatada a identidade de pedido, causa de pedir e titulares do direito coletivo haverá identidade de ações, ainda que as partes sejam distintas” (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, “Litispendência em ações coletivas”, in *Processo coletivo, Quartier Latin, São Paulo, 2005, pp. 290 e 295, coord. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco*).

⁶¹⁵ - A respeito da litispendência, o art 104 do Código de Defesa do Consumidor assim dispõe: “art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”. Da redação do dispositivo já se evidencia a intenção de instituir uma exceção legal às consequências decorrentes do reconhecimento da litispendência, com o que afasta seus efeitos próprios: o de extinção do processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, inc. V). Desse modo, no âmbito das ações coletivas, pouco importa quem é o autor e qual o meio processual utilizado (ação civil pública, ação popular, etc.), razão pela qual não há que se falar em conexão, mas de verdadeira litispendência, quando houver identidade de pedidos e causas de pedir. Evidentemente, em se tratando de causas conexas, é de se deferir a sua reunião para evitar julgamentos conflitantes; havendo litispendência, com a comunhão de causas de pedir e pedidos idênticos, a extinção do segundo processo é de rigor (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, “Litispendência em ações coletivas”, in *Tutela coletiva, Atlas, São Paulo, 2006, p. 270, coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon*).

ocorre a litispendência, devendo ser o segundo processo versando sobre a mesma causa de pedir e pedido extinto sem resolução do mérito.

Nesse contexto, os administradores ou conselheiros que tiverem intimamente ligados à deliberação (principalmente se decorrentes de atos seus) ou se contra eles os principais efeitos *interna corporis* forem direcionados, também são litisconsortes facultativos, tanto ativos como passivos. O litisconsórcio facultativo é decorrente da viabilização dessas pessoas para defesa da deliberação com a qual concorreram para a formação, ou para o combate ao ato que não contou com seu consentimento quanto à validade. E como tal, também estão sujeitos à eficácia da sentença proferida em processo de anulação de deliberação social do qual não fizeram parte.

Dessa forma, sujeitam-se ao conteúdo e efeitos da sentença de improcedência de ação de anulação de deliberação assemblear os acionistas que de tal processo não fizeram parte, como também eventual demanda proposta por outro acionista com o objetivo de anular a mesma deliberação e pelos mesmos fundamentos de ação já proposta deve ser extinta sem resolução do mérito por litispendência. Isso porque, o litisconsórcio ativo e passivo dessas ações é unitário e facultativo.

Assim, como também todos os acionistas são litisconsortes facultativos para figurarem na demanda, caso haja interesse, poderão ingressar nos autos como assistentes litisconsorciais, seja no pólo ativo (e então no interesse de desconstituir a deliberação) ou então no pólo passivo (quando então terão de ratificar sua legalidade).

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO VI TUTELAS DE URGÊNCIA E OUTRAS QUESTÕES SOCIETÁRIAS</p>

**46-
PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS EM APURAÇÃO DE HAVERES**

No que se refere à antecipação da prova pericial nos termos do art. 846 do Código de Processo Civil, “é suficiente a demonstração de que a prova assegurada poderá ser utilizada em processo futuro – essa a sua causa de pedir”.⁶¹⁶ Cabe ao juiz, portanto, tão-somente conduzir a documentação judicial de fatos, com efeito meramente homologatório da prova produzida.⁶¹⁷

No contexto da dissolução de sociedades, aqui com enfoque nas sociedades anônimas de capital fechado⁶¹⁸, a doutrina também ressalta seu cabimento.⁶¹⁹

⁶¹⁶ - LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, Código de Processo Civil comentado artigo por artigo, São Paulo, RT, 2008, p.782.

⁶¹⁷ - Nesse sentido são os seguintes precedentes do Col. Superior Tribunal de Justiça: “Processual civil. Medida cautelar de produção antecipada de provas. Inaplicabilidade do art. 458 do CPC. Impossibilidade de análise de ilegitimidade de parte, falta de interesse de agir ou de chamamento ao processo. 1. O processo cautelar de produção antecipada de provas não tem natureza contenciosa e o seu procedimento assemelha-se ao do processo de jurisdição voluntária, cabendo ao juiz tão-somente conduzir a documentação judicial de fatos, com efeito meramente Homologatório da prova produzida. 2. Não se exige do magistrado a fundamentação da sentença Homologatória com todos os requisitos do art. 458, do CPC e não é possível a discussão de questões relativas a preliminares de mérito ligadas ao processo principal de conhecimento a ser ajuizado, tais como ilegitimidade de parte, falta de interesse de agir e chamamento ao processo. 3. Precedentes desta corte. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido” (STJ, REsp n. 771.008-PA, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.9.2007, DJ 2.10.2007). “Processual civil. Produção antecipada de provas. Vistoria ad perpetuum rei memoriam. I - O interesse, a que se refere o art. 3. do CPC, é relativo à ação principal, porquanto, na produção antecipada de prova, não ha lide a ser composta. II - Em tal caso, se não há lide a ser solucionada, não tem aplicação o art. 47, parágrafo único, do CPC, que se refere a cumulação subjetiva. em feito como o presente, não figuram parte, mas apenas interessados. III - o exame do ‘justo receio’, a que se refere o art. 849 do CPC, exige, na espécie, o exame da prova, o que é incompatível com o recurso especial. seja como for, acha-se, no caso, bem demonstrado. IV - Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp n. 30.716-SP, 2ª T., rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 22.8.1996, DJ 9.9.1996).

⁶¹⁸ - Pela admissibilidade da dissolução parcial de sociedades anônimas sobre determinados requisitos: CARLOS KLEIN ZANINI, A dissolução judicial da sociedade anônima, Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 264; FÁBIO KONDER COMPARATO, “Reflexões Sobre a Dissolução Judicial de Sociedade Anônima por Impossibilidade de Preenchimento do Fim Social”, in Revista de Direito Mercantil, v. 96; MAURO RODRIGUES PENTEADO, DISSOLUÇÃO E

Assim, para os fins da cautelar de antecipação de prova no contexto de dissolução de sociedades, basta apenas a realização da prova pericial avaliatória e nos moldes em que ocorreria no curso do processo principal, para sua ulterior homologação pelo juiz. A valoração da prova, portanto, acontecerá em momento ulterior, perante o juiz do processo principal, à luz dos pedidos e demais provas produzidas pelas partes.⁶²⁰

O *periculum in mora* tem assento na necessidade da prova pericial na forma antecipada, visto a necessidade de preservação da contabilidade da sociedade caso não seja realizada sua conferência imediatamente, como também a impossibilidade de se apurar o valor dos haveres corretamente no futuro em ação de dissolução por conta de fraudes ou outras manipulações nos documentos e informações da sociedade. Se não houver a antecipação, o direito à prova será prejudicado.

Quando o sócio dissidente se encontra afastado da administração ou da gestão dos negócios sociais, a medida se faz ainda mais necessária. Isso porque, não tem como fiscalizar *in loco*, a administração, bem como não tem ele o histórico ou acesso a documentos que servirão de base para futura avaliação.⁶²¹

Se há indícios de que pode haver dilapidação dos bens da sociedade, de desfacelamento de todos os documentos contábeis ou mesmo daqueles que poderiam dar ensejo à verificação do real valor da sociedade, realizar a perícia contábil no curso da instrução da ação principal é simplesmente impossibilitar a sua realização e tornar ineficaz o processo de apuração de haveres. Daí o interesse na sua antecipação.

Há ainda a possibilidade de alteração da documentação contábil em prejuízo dos haveres do sócio retirante, com o que a ulterior avaliação poderia encontrar dificuldades na obtenção de resultados condizentes com a realidade. Havendo, portanto,

LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE, Brasília Jurídica, 1995, pp. 187-188; SÉRGIO CAMPINHO, “A dissolução da sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento de seu fim”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, n. 3, 1995, p.87.

⁶¹⁹- Pelo cabimento da produção antecipada de provas na dissolução parcial de sociedade: PAULO SÉRGIO RESTIFFE, Dissolução de sociedades, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 244.

⁶²⁰- Nesse sentido: DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Ações probatórias autônomas, Saraiva, São Paulo, 2008, p. 141.

⁶²¹- Sobre o sócio dissidente fora da gestão dos negócios sociais, confira: “outra situação possível de ocorrer na ação de dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada é a necessidade de que sejam antecipadamente produzidas provas destinadas a assegurar o pleito do autor. Tal hipótese verifica-se quando o dissidente está fora da gestão social, existindo algum risco iminente de dissipação de bens ou documentos pelos remanescentes, impondo-se a produção imediata das provas que tais elementos devam assegurar ao autor em seu pedido de dissolução parcial” (CELSONO BARBI FILHO, Dissolução Parcial de sociedades limitadas, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, pp. 416-417).

esse receio, é de se reconhecer o interesse na antecipação da prova em processo de dissolução de sociedade e apuração de haveres, com o que a doutrina também concorda.⁶²²

Nunca é demais lembrar que a cognição dessa medida antecipatória é limitada à garantia e homologação judicial da prova realizada em contraditório⁶²³, não podendo os réus alegarem em defesa, por exemplo, questões relativas ao mérito da questão que será discutido no processo futuro.⁶²⁴ O direito à produção da prova está desvinculado do suposto direito material do acionista em relação à dissolução e ao recebimento de seus haveres, o que somente terá importância quando do ajuizamento da ação principal.

Na esfera de antecipação da produção da prova, discute-se apenas se o acionista teria direito à produção da prova pericial.⁶²⁵ E para não tornar essa assertiva deveras genérica, sob o argumento de que qualquer fato então poderia dar ensejo à prova na forma antecipada (CPC, art. 332), basta vislumbrar que no processo de dissolução, o valor dos haveres é o ponto controvertido mais conflituoso.

Assim, existe até mesmo uma presunção relativa com que se refere à existência do interesse de agir e do *fumus boni iuris*, imprescindíveis para a concessão da medida urgente, diante da necessidade de o autor provar o fato constitutivo (e controvertido) de seu direito (CPC, art. 333, inc. I c/c art. 334, incs. II ou III).⁶²⁶

⁶²² - Especificamente sobre a possibilidade de alteração da documentação contábil em prejuízo dos haveres do sócio retirante, a doutrina também pugna pela a antecipação da prova em processo de dissolução de sociedade e apuração de haveres: “essa prova [pericial] tem sido, com frequência, produzida antecipadamente em ações de dissolução parcial de sociedade, com o escopo de evitar a alteração dos documentos contábeis e mercantis durante o curso da ação, em deliberado prejuízo dos haveres cabíveis ao sócio retirante” (SAMANTHA LOPES ALVARES, Ação de dissolução de Sociedades, Quartier Latin, São Paulo, 2008, p. 161). No mesmo sentido: “a realização, desde logo, de perícia em livros e demais documentos da sociedade poderá ter o condão de evitar que, durante o curso da ação, altere-se a contabilidade, dissipem-se bens do ativo, forjem-se dívidas, tudo de modo a reduzir o montante dos haveres a ser pago ao retirante” (PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio, Atlas, São Paulo, 2002, p. 170).

⁶²³ - “O processo cautelar de produção antecipada de provas não tem natureza contenciosa e o seu procedimento assemelha-se ao do processo de jurisdição voluntária, cabendo ao juiz tão-somente conduzir a documentação judicial de fatos, com efeito meramente homologatório da prova produzida” (STJ, REsp n. 771.008-PA, 2ª T., rel. Min. ELIANA CALMON, j. 20.9.2007, DJ 2.10.2007).

⁶²⁴ - Apontando divergência jurisprudencial a respeito da prevenção da ação principal em caso de medida cautelar antecipatória em matéria societária: PAULO SÉRGIO RESTIFFE, Dissolução de sociedades, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 229.

⁶²⁵ - DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, Ações probatórias autônomas, Saraiva, São Paulo, 2008, p. 199.

⁶²⁶ - De modo geral, interesse é utilidade (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, vol. II, 2ª ed., Malheiros, 2002, p. 300). Por isso afirma-se que há interesse de agir quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente ser útil a

No que se refere ainda aos limites da cognição na ação de produção antecipada de provas como preparatória da dissolução parcial, cabe à sociedade apenas e tão somente questionar o cabimento ou não da medida. Isso porque, a cognição da antecipação da prova limita-se à garantia da prova ou de sua realização para a correta dissolução da sociedade e justo cálculo dos haveres.

A sociedade, portanto, pode alegar somente pouquíssimas matérias em defesa.

A primeira matéria de defesa deverá ser a de que o autor não possui legitimidade de parte, pelo que deverá ficar demonstrado que o autor não ostenta a qualidade de sócio da sociedade que se busca avaliar por meio de perícia técnica. Evidentemente, tal argumentação não poderá ser utilizada caso o autor tenha sido a qualquer propósito excluído da sociedade, já que nesse caso, o que se busca é exatamente a apuração de seus haveres decorrentes da participação acionária na sociedade da qual o autor foi excluído.⁶²⁷

Não é o caso de ilegitimidade também se o autor não for acionista direto, mas indireto da sociedade que se deseja avaliar. É o caso de o autor ser acionista de

quem toma iniciativa de pedir ao Estado a concessão de determinado bem da vida. Para aferição do interesse de agir, a doutrina aponta como indicadores o binômio necessidade-adequação, pelo que não haverá interesse processual se, sem o processo e sem o exercício da jurisdição, o interessado for capaz de obter o bem da vida desejado: “localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação ‘que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares)’. Vale dizer: o processo jamais será utilizável como simples instrumento de indagação ou consulta acadêmica. Só o dano ou o perigo de dano jurídico, representado pela efetiva existência de uma lide, é que autoriza o exercício do direito de ação. O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, Curso de Direito Processual Civil, 39ª ed., Forense, 2003, p. 52). No mesmo sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de direito processual civil, vol. II, 2ª ed., Malheiros, 2002, item 544, p. 305.

⁶²⁷ - Em sentido contrário, afirmando que nem mesmo ilegitimidade de parte seria possível alegar: “Processual civil. Ação cautelar de produção antecipada de provas. Sentença homologatória. Inaplicabilidade do art. 458, do CPC. Preliminar de ilegitimidade de parte. Impossibilidade de sua apreciação. 1. Na ação cautelar de produção antecipada de provas, dada a sua natureza não litigiosa, meramente conservativa de direito, não se exige do magistrado a fundamentação da sentença homologatória com os requisitos do art. 458, do CPC. 2. A contestação, na ação cautelar de produção antecipada de provas, deve limitar-se à necessidade e à utilidade da tutela a ser garantida na cautelar, não sendo cabível, portanto, o exame da ilegitimidade da parte, questão que deverá ser levantada e apreciada na ação principal. 3. Precedente desta Corte. 4. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, REsp n. 264.600-SP, 1ª T., rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. 6.11.2001, DJ 25.2.2002).

sociedade que detém participação de outras, como a *holding* de participação operacional ou não, a sociedade cujo resultado seja obtido por mera equivalência patrimonial de outra empresa ou mesmo sociedade que possui participação minoritária em outra. Dessa forma, poderão ser objeto de perícia antecipada as subsidiárias integrais, as empresas que contém a sociedade da qual faz parte o autor como acionista, etc. Nesses casos, típicos no contexto de grupos empresariais, há sim legitimidade ativa para se requerer a antecipação da prova pericial para avaliação de todas as empresas que compõem o grupo econômico.

A outra matéria que pode ser alegada em defesa é a falta de interesse de agir do autor, fundada na desnecessidade da medida por já existir balanço de verificação específico e especialmente elaborado para o cálculo dos haveres da sociedade que se deseja avaliar, devidamente aceito e assinado pelo autor da medida antecipatória.

O interesse de agir poderá ser alegado também no fato de não existir intenção do autor ou dos demais sócios na dissolução. Esse fato, apesar de raro para ser alegado no início do processo logo na apresentação de defesa, pode ocorrer no curso do processo pela composição das partes quanto à dissolução em si (sua desistência, com a continuação dos negócios sociais pelo autor e demais sócios) ou mesmo quanto ao balanço de verificação (composição quanto ao valor a ser pago). Nesses casos haverá a perda superveniente do interesse de agir, o que da mesma forma tem o condão de extinguir o processo sem resolução do mérito.

Uma vez deferida a medida urgente, a perícia deverá ter seu curso nos termos e bases estabelecidos para a apuração dos haveres no processo de dissolução, com a indicação de um ou mais peritos, dependendo da especialidade necessária para a avaliação do patrimônio e do levantamento do balanço de verificação. A perícia, até para garantir a eficácia da sentença homologatória a ser proferida no final do processo, deverá correr em contraditório, devendo ser as partes intimadas para acompanhar os trabalhos.⁶²⁸

Por isso, poderão as partes ter ampla participação, com o oferecimento de quesitos e indicação de assistentes técnicos. Por sua vez, indicados nos autos, os assistentes das partes poderão participar das diligências, fornecendo informações e documentos ao perito e, ao final da perícia, apresentar pareceres técnicos. Nessa fase antes do encerramento da perícia, poderão ainda as partes apresentar quesitos suplementares ou pedir esclarecimentos ao perito, com o que o juiz deverá determinar que sejam respondidos. Enfim, a perícia deve ocorrer em pleno contraditório, com a

⁶²⁸ - Pela necessidade de contraditório na perícia técnica antecipada: PAULO SÉRGIO RESTIFFE, Dissolução de sociedades, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 244.

participação das partes com todas as faculdades, ônus, poderes e deveres processuais inerentes à produção de prova pericial, nos termos dos arts. 420 e ss., do Código de processo Civil. É essa participação que legitima a validade da prova a ser utilizada pelas mesmas partes no processo principal.

Nesse ponto é importante assinalar que uma vez produzida em contraditório, o laudo poderá ser utilizado no processo principal, independentemente de qual acionista figurar no pólo passivo ou ativo da ação de dissolução.

Isso porque, como já visto e nas mesmas premissas adotadas no que se refere aos efeitos das decisões na suspensão das deliberações assembleares, os sócios poderão participar da ação de produção antecipada de provas como litisconsortes facultativos ou mesmo como assistentes litisconsorciais do autor ou do réu, dependendo de sua posição política interna dentro da companhia.⁶²⁹

Independentemente de qual acionista requereu a medida antecipatória, é evidente que seu resultado tem como objeto a avaliação da sociedade e do levantamento do balanço de verificação e a ela seu resultado se impõe. Nessa esteira, o laudo pericial homologado no processo de produção antecipada de provas tem efeito sobre todos os demais acionistas.

Desse raciocínio, entretanto, se extrai importantes consequências.

⁶²⁹- Nada obstante a divergência quanto à legitimidade passiva na ação de dissolução parcial de sociedade em geral (nas Limitadas e nas Anônimas), se da sociedade ou dos acionistas remanescentes, é certo que estes últimos têm manifesto interesse jurídico para participar da demanda dissolutória, seja porque refletirá no patrimônio da empresa, seja porque haverá alteração do contrato ou estatuto social. A sociedade sim é litisconsorte necessária, porque, mesmo contra seus próprios acionistas, tem ela o dever de preservar e defender seus interesses, já que na ação de dissolução o sócio pleiteia interesse próprio contra o interesse social (sair da sociedade e obter seres haveres). Por conta disso, não importa definir aqui, nos estreitos limites deste trabalho, se se trata de litisconsórcio passivo necessário ou facultativo dos sócios remanescentes na ação de dissolução; basta apenas assinalar a existência de interesse jurídico para os acionistas remanescentes participarem da ação de produção antecipada de provas que visa a preparar a futura dissolução parcial. Em ponderado entendimento, levando em consideração as peculiaridades das Sociedades Anônimas fechadas (até porque nas abertas com ações negociadas em bolsa, basta a sua liquidação em pregão), CARLOS KLEIN ZANINI afirma haver litisconsórcio passivo necessário entre sócios remanescentes e sociedade, mas com ressalvas no que se refere a casos nos quais se verifique uma dificuldade na citação de todos os acionistas. Por isso, admite o autor a adoção de meios alternativos para citação no processo, seja por edital, seja pelos mesmos meios de publicação previstos na lei e no estatuto para a convocação de assembleias gerais (CARLOS KLEIN ZANINI, A dissolução judicial da sociedade anônima, Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 252). No mesmo sentido, reconhecendo a viabilidade de procedimentos alternativos para a citação dos demais sócios em caso de dificuldade: PAULO SÉRGIO RESTIFFE, Dissolução de sociedades, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 158.

Em um mesmo contexto no qual diversos acionistas estão saindo da empresa (ou excluídos), esse levantamento terá serventia para todos, independentemente de participação de cada um deles na produção antecipada de provas. Se cada um deles pode propor a demanda ou nela intervir, integrando o processo como litisconsortes facultativos, não é da necessidade de sua participação que decorre a legitimidade e oponibilidade do trabalho pericial.

Não só a sociedade, portanto, poderá suscitar que já existe um trabalho de avaliação judicial que a ela é imposto seu resultado, como também os demais acionistas que ajuizarem suas demandas de dissolução estarão a ele vinculados e impedidos de repetir a prova. Isso pode ocorrer, p.ex., se o resultado obtido na primeira perícia não foi satisfatória em termos econômicos para os acionistas. Contudo, não importa se o resultado foi ou não favorável a qualquer das partes (acionistas ou sociedade), pois o objetivo é se obter um único trabalho com legitimidade que possa balizar as indenizações de todos os acionistas, de forma não só a evitar distorções no momento de pagamento dos haveres (evitando o enriquecimento sem causa e a isonomia entre os acionistas), como também, e principalmente, para preservar a sociedade.

Havendo ações propostas com o mesmo objeto, deve a primeira ter prosseguimento e as demais terem seu curso interrompido pela extinção resolução do mérito por litispendência. Ressalte-se, mais uma vez, que esse raciocínio vale apenas para um trabalho que possa ser utilizado em um mesmo contexto fático para todos os acionistas, pois, caso contrário, cada acionista poderá elaborar seu próprio balanço de verificação, demonstrando o descompasso do laudo pericial já elaborado à sua situação concreta.

O limite da cognição nessa medida antecipatória deverá ser o da mera homologação do laudo, sem qualquer juízo de valor ou discussão sobre outras questões de ordem material, tais como aquelas a respeito do valor da participação do acionista e de seus haveres ou mesmo da forma de pagamento dos haveres. Essas questões serão dirimidas e decididas no processo de dissolução.

Por fim, a doutrina já afirmou que “nada obsta a cumulação de pedidos de tutela cautelar. É simples: quando os pedidos de tutela necessitam de procedimentos e técnicas processuais que não se excluem, é certo que os pedidos exigem ações processuais que podem ser unificadas em um mesmo procedimento”.⁶³⁰

⁶³⁰- LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART, Curso de Processo Civil, v. 4: processo cautelar, São Paulo, RT, 2008, p. 128.

Ou seja, nos termos do art. 292, § 1º, do Código de Processo Civil⁶³¹, é perfeitamente possível cumular em uma mesma demanda o pedido de produção antecipada de provas e o pedido de busca e apreensão de documentos, como corolário da preservação dos documentos e informações que darão ensejo à perícia. E mais, a jurisprudência atenta a essa casuística tem acolhido essa possibilidade afirmando que “a ação de exibição de documentos pode ser cumulada com pedido liminar de sua busca e apreensão, pois ambos são processos cautelares”.⁶³²

47-

ANTECIPAÇÃO DOS HAVERES NA DISSOLUÇÃO PARCIAL

Na ação de dissolução parcial da sociedade, criação da doutrina e jurisprudência para encontrar uma alternativa à sua dissolução total, a cognição, no mais das vezes, se limita ao cálculo dos haveres do sócio que deseja se retirar ou que é excluído.⁶³³ Esse cálculo, realizado necessariamente por perícia técnica, geralmente é complexo, o que demanda tempo em razão de uma série de questionamentos que as partes podem efetuar em seu curso.

Nesse contexto da apuração de haveres na dissolução parcial, é relevante mencionar a pertinência das antecipações de tutela de pagamento de quantia. Essa medida urgente objetivando a antecipação do pagamento de dinheiro, perfeitamente

⁶³¹- “Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação: I - que os pedidos sejam compatíveis entre si; II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. § 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário”.

⁶³²- THEOTÔNIO NEGÃO, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 42ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 898.

⁶³³- A jurisprudência também já se posicionou pela viabilidade de dissolução parcial de Sociedade Anônima sob certos requisitos: STJ, EREsp n. 111.294-PR, 2ª Seção, rel. Min. CASTRO FILHO, j. 28.6.2006, DJ 10.9.2007; STJ, EREsp n. 419.174-SP, 2ª Seção, rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. 28.5.2008, DJ 4.8.2008; STJ, REsp n. 507.490-RJ, 3ª T., rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. 19.9.2006, DJ 13.11.2006; STJ, REsp n. 247.002-RJ, 3ª T., rel. Min. ARI PARGENDLER, j. 4.12.2001, DJ 25.3.2002; STJ, AgRg no REsp n. 1.079.763-SP, 4ª T., rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. 25.8.2009, DJe 5.10.2009; STJ, Resp n. 651.722-PR, 3º T., rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. 25.9.2006, DJ 26.3.2007; STJ, REsp n. 171.354-SP.

aplicável a esses conflitos societários⁶³⁴, toma alguns contornos específicos que merecem ser analisados, principalmente no que se refere ao *fumus boni iuris*, e nem tanto ao *periculum in mora*.

Em primeiro lugar, cabe diferenciá-lo do arresto ou seqüestro, medidas cautelares específicas de objetivo diversos da antecipação de tutela de pagamento de haveres.⁶³⁵ Não há que se falar em arresto, já que os arts. 813 e ss. do Código de Processo Civil estabelecem requisitos específicos e caracterizam a medida como meio de proteção da satisfação da obrigação representada por título executivo. Nem tampouco de sequestro, meio cautelar de preservação de bem litigioso, estatuído nos arts. 822 e ss. do Código de Processo Civil.⁶³⁶ Não é disso que se trata na antecipação de pagamento dos haveres, seja porque não se cogita de risco de inadimplemento ou insolvência, seja porque não está a se questionar a higidez do próprio bem (sociedade ou o próprio caixa). Evidentemente, se dessas questões se tratar, a situação deverá merecer tratamento diverso ao que se abordará.

A antecipação do pagamento dos haveres que se abordará aqui tem a verossimilhança fundamentada no direito de crédito perante a sociedade e o perigo de dano na situação do sócio que não pode aguardar o desfecho da ação.

No que se refere ao requisito da verossimilhança, ele poderá variar conforme a casuística. Entretanto, a algumas situações objetivas que podem ocorrer no processo podem genericamente denotar ou não estar presente a probabilidade do direito ao crédito do sócio.⁶³⁷

Ordinariamente na demanda judicial que visa à dissolução parcial existem dois pedidos sucessivos: um desconstitutivo, que tem por objetivo dissolver

⁶³⁴- Pelo cabimento específico da antecipação de soma em dinheiro na apuração de haveres: LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, RT, São Paulo, 2002, pp. 188-192.

⁶³⁵- Também pela deferência das medidas: LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, RT, São Paulo, 2002, p. 191.

⁶³⁶- Nesse sentido: CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, Forense, Rio de Janeiro, 1998, pp. 30 e ss. e 91 e ss.

⁶³⁷- “O juiz emitirá decisão como essa quando sentir razoável probabilidade da existência do crédito, servindo para tranquilizar o seu espírito a imposição das limitações inerentes à execução provisória, expressamente ditadas naquele §3º [do art. 273]” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, p. 143).

parcialmente a sociedade e outro condenatório, pelo qual se requer o pagamento pelos haveres.⁶³⁸

Se na defesa apresentada pela sociedade o pedido desconstitutivo não for contestado, ou seja, se a sociedade não se insurgir com relação ao pedido de dissolução, mas tão somente quanto ao *quantum* debeaturs relativo aos haveres (o

⁶³⁸ - Nessas hipóteses há claramente uma cumulação de demandas, uma de natureza declaratória ou constitutiva (conforme o direito material discutido), e outra de natureza condenatória. A primeira demanda tem por finalidade dissolver a sociedade parcialmente e possibilitar a saída do sócio dissidente e o prosseguimento da sociedade pelos sócios remanescentes. A segunda, fundada em um direito de crédito (trata-se aqui de outra causa de pedir também), objetiva obter a condenação da sociedade ao pagamento de quantia em dinheiro relativa à participação do sócio dissidente no capital da sociedade. Até então, o fato de haver tal cumulação objetiva de ações não gera maiores discussões na doutrina nem na jurisprudência. Ocorre que em alguns casos o que se pretende é imediatamente dissolver-se a sociedade, não só para que o sócio dissidente possa desvincular-se, como também para que seja preservada a continuidade no negócio somente pelos sócios remanescentes. É muito comum, nesse sentido, não haver contestação quanto ao pedido de dissolução parcial (mas verdadeiro reconhecimento jurídico com relação a um dos pedidos – o de dissolução parcial), mas ferrenha discussão e controvérsia a respeito do pedido condenatório ao pagamento dos haveres ao dissidente. E vem então a sentença dissolvendo parcialmente a sociedade e condenando ao pagamento de haveres o que gera, em grande parte dos casos, a interposição de recurso de apelação pelas partes, unicamente voltado para o contra o acolhimento do pedido condenatório (seja para majorá-lo, seja para reduzi-lo). Inegável, assim, admitir que essa hipotética sentença está dividida em capítulos e dois deles são fáceis de identificar, precisamente porque encerram o julgamento da pretensão inicial dos autores em face dos réus na demanda. Isso porque, a sentença poderia julgar procedentes ambas as demandas, ou ambas improcedentes, ou procedente uma e improcedente a outra, ou vice-versa — caracterizando-se sempre um capítulo para o julgamento de cada uma delas. Trata-se, portanto, de dois nítidos capítulos de sentença, claramente separados e distintos. Bem poderia a parte interessada ter proposto duas demandas autônomas, uma para obter a dissolução parcial e outra com finalidade precípua de condenar ao pagamento dos haveres. Cumulando-se tais pedidos em uma única demanda, nem por isso significa afirmar que há duas pretensões autônomas, que então foram julgadas autonomamente, em capítulos autônomos entre si, em uma mesma sentença. Cada um desses capítulos, por isso mesmo, deve ser encarado separadamente, seja no seu conteúdo e efeitos do que ali se julgou, seja no tocante às circunstâncias em que cada um deles passaria em julgado. Nesse sentido, a circunstância objetiva de não ter havido recurso com relação ao capítulo da sentença relativo à dissolução parcial gera a seguinte consequência jurídico-processual: trânsito em julgado do capítulo da sentença que decidiu acerca da dissolução parcial. Essa consequência decorre do princípio da “devolutividade do recurso de apelação” aplicado aos “capítulos de sentença”. Isso porque, se não houve recurso contra o capítulo da sentença que julgou o pedido de dissolução parcial e, por conseguinte, não houve pedido para reforma do capítulo de sentença que dissolveu parcialmente a sociedade, quanto a essa questão não pode decidir o E. Tribunal. O art. 515 do Código de Processo Civil disciplina o regime de devolutividade do recurso de apelação dispondo que o recurso interposto somente devolve ao conhecimento do Tribunal a matéria nele contida. A pretensão não contida no recurso não é devolvida para conhecimento do Tribunal o que gera uma primeira consequência de que por ele não poderá ser apreciada. A segunda consequência é que essa pretensão fica intacta. E, por ter ficado intacto, passou em julgado porque a *praclusio maxima* impede que o capítulo intacto seja reapreciado pelo Tribunal. Conspícuas regras de direito processual impedem que a sentença ou algum de seus capítulos autônomos sejam atingidos por uma devolução que não os alcancem.

que ocorre maciçamente nos casos), tal pedido será incontroverso. Ou seja, o pedido desconstitutivo terá sido aceito e na maioria dos casos o condenatório também, com o que restará a delimitação do *an debeat* e a apuração do *quantum* para fixação do valor dos haveres.

A medida urgente aqui não pode ser concedida com base no art. 273, §6º, do Código de Processo Civil. O pedido de pagamento de quantia certa nesse caso não é incontroverso, muito menos houve aquiescência quanto ao valor que deve ser pago. Do mesmo modo não houve concordância quanto ao *an debeat*, tema esse tormentoso na apuração de haveres, tendo em vista a necessidade de realização de balanço especial, apuração de ativos tangíveis e intangíveis, além dos eventuais passivos. Ou seja, uma série de elementos que, não só demandam prova específica, como também fogem da simples apuração contábil de resultados.⁶³⁹

Quando LUIZ GUILHERME MARINONI trata do pedido incontroverso na antecipação de tutela com base no art. 273, §6º, do Código de Processo Civil, entende o autor como pedido que não depende mais de produção de prova, mas que não pode ser reconhecido desde já em razão de haver outros pedidos que necessitam de dilação probatória.⁶⁴⁰ No caso de adiantamento do pagamento dos haveres não há incontrovérsia quanto ao pedido, mas sim o exposto questionamento do *quantum debeat*.

Nem mesmo quando há sentença condenatória ilíquida, com expressa indicação de liquidação de sentença se pode falar em incontrovérsia. Isso porque, nesse casos, é na liquidação de sentença que deverá ser preparado o balanço especial, a avaliação de ativos tangíveis e intangíveis, além do levantamento dos eventuais passivos.

Por essa razão é que, em tese, não há como deferir-se medida urgente de antecipação de pagamento dos haveres ao sócio excluído. Contudo, nessa perspectiva, existem alguns elementos que podem, no todo ou em parte, viabilizar a antecipação.

⁶³⁹ - HERNANE ESTRELA traz a necessidade de, no levantamento dos balanços, apurar-se bens imateriais, reservas, valorizações, operações pendentes, etc. (HERNANE ESTRELLA, *Apuração de haveres de sócio*, 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2010, pp. 118 e ss.). No mesmo sentido, mas com abordagem extrajudicial: MAURO RODRIGUES PENTEADO, *Dissolução e liquidação de sociedades*, Brasília jurídica, Brasília, 1995, pp. 232 e ss.

⁶⁴⁰ - LUIZ GUILHERME MARINONI, *Antecipação da tutela*, 11ª ed., RT São Paulo, 2009, p. 286.

O valor incontroverso é o principal deles.⁶⁴¹ Caso seja possível extrair das argumentações das partes que há um valor mínimo com o qual sociedade e sócio tem certa concordância, já se verifica a verossimilhança necessária para antecipar os pagamentos dos haveres ao sócio.⁶⁴²

A perícia é outro elemento primordial, já que tem por objetivo de apontar o *quantum debeatur*. Um laudo pericial entregue nos autos, mas que ainda não foi homologado ou que ainda pende de questionamento das partes ou seus assistentes técnicos, pode servir de amparo à verossimilhança do direito do sócio quanto ao pedido de antecipação de pagamento de seus haveres. Isso porque, antes de constituir prova judicial, o laudo não é documento preparado pelas partes, mas por terceira pessoa da confiança do juízo e que contou com a participação delas próprias para sua elaboração. Questionamentos sempre haverá, mas é certo que uma vez apresentado nos autos, já é possível haver verossimilhança nos valores apontados pelo laudo.

No que tange ao perigo de dano irreparável e de difícil reparação, a necessidade de o acionista subsistir durante esse período é exemplo típico, caso em que ele for afastado dos negócios sociais ou das funções que exercia na administração da sociedade.

Contudo, é importante considerar se o acionista retirava proventos regulares da sociedade em termos de lucros ou distribuição de dividendos. Isso porque, tais verbas, intimamente ligadas ao crédito decorrente da dissolução parcial e do pagamento de haveres, em nada se relacionam com eventuais *pro labores* que ele recebia pela execução de alguma função administrativa na sociedade. Ou seja, se o acionista não mais exerce tal função, tais valores por ele recebidos periodicamente pelo exercício da função não podem ser de forma alguma antecipados, até porque, em nada se relacionam com o pedido condenatório na demanda de apuração de haveres.

Questão interessante são aquelas retiradas periódicas dos acionistas a título de *pro labore*, sem, contudo, haver qualquer desempenho de função na administração da sociedade. Esses valores, que podem se relacionar com uma verdadeira

⁶⁴¹- “A segurança será praticamente absoluta nos casos em que a controvérsia implantada pelas partes deixar a salvo uma parte do crédito reclamado” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, A reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996, p. 143).

⁶⁴²- No mesmo sentido no que se refere à verossimilhança com base no valor incontroverso: LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, Medidas urgentes no direito societário, RT, São Paulo, 2002, p. 189. Contudo, o autor defende a antecipação dos valores incontroversos sem o requisito da urgência, com o que não concordamos.

política de antecipação de distribuição de lucros ou dividendos, dão sim ensejo à antecipação no pagamento dos haveres. Os valores recebidos a título de verdadeiro *pro labore*, por estarem vinculados com o exercício de uma função, não devem ser objeto de antecipação, sob pena de haver enriquecimento ilícito do sócio e prejuízo da sociedade, que terá de passar a pagar outra remuneração a quem vier a desempenhar tal função.

Outra questão é se o acionista não possui outra fonte de subsistência para ele e sua família que não aquelas retiradas.⁶⁴³ O acionista precisa comprovar o perigo de subsistência seu e de sua família. Esse é o risco de dano irreparável ou de difícil reparação que a tutela de urgência busca debelar. Caso essa quantia não seja a única ou não seja suficiente para comprometer a subsistência, não há que se falar em *periculum in mora* e, portanto, de deferimento de antecipação de pagamento de haveres.

Configurados os requisitos da verossimilhança e perigo de dano, é importante verificar se a medida não é irreversível. Sob o ponto de vista da irreversibilidade, o simples fato de haver antecipação de pagamento de dinheiro ou a necessidade de se valer de repetição de indébito para reversão do *status quo ante* são insuficientes. A irreversibilidade deve ser analisada sob o ponto de vista inexistência de patrimônio do sócio para arcar com eventual devolução ou mesmo sob o ponto de vista de seu estado de insolvência. Configurando a possibilidade de não ser capaz de viabilizar a devolução dos valores eventualmente recebidos à sociedade, é de se indeferir a medida de antecipação de pagamento dos haveres.

Essa posição se funda em duas razões. A primeira decorrente do fato de que os valores antecipados pela sociedade são, na verdade, parte da própria sociedade (capital social). Normalmente tais valores são altos e se pagos de uma só vez podem até acarretar a sua “falência” de meios de prosseguir nos negócios. As quantias normalmente existentes no caixa da empresa normalmente constituem verbas de capital de giro, destinadas a pagamento de obrigações com terceiros, impostos e de investimentos. Lembre-se de que os lucros são apurados ano-a-ano, portanto eventuais sobras e gorduras já foram distribuídas aos sócios. Assim, desfazer-se desses valores de uma só vez ou de forma que prejudique o andamento dos negócios sociais é medida que causa não só danos irreparáveis, como também pode causar efeitos irreversíveis.

⁶⁴³ - Também reconhecendo a antecipação em casos de perigo de subsistência: LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, Medidas urgentes no direito societário, RT, São Paulo, 2002, p. 190.

Se a atividade da empresa, com a permanência da atividade produtora, a geração de empregos, economia, etc., se impõe à vontade do credor em ver liquidada a universalidade de bens para haver seu crédito (premissa para viabilizar a dissolução parcial da sociedade e não total com sua extinção), com muito mais razão a viabilidade da empresa, com a garantia de continuação de suas atividades, deve ser o mote na antecipação de pagamentos dos haveres na dissolução parcial. Como bem mencionado por MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, “tal tentativa de recuperação prende-se, como já lembrado acima, ao valor social da empresa em funcionamento, que deve ser preservado não só pelo incremento da produção, como, principalmente, pela manutenção do emprego, elemento de paz social”.⁶⁴⁴

Assim, por ocasião da antecipação do pagamento dos haveres, tanto na hipótese de haver disposição no contrato social (ou mesmo acordo das partes), quanto na hipótese de omissão de uma forma específica de pagamento, o juiz não pode se olvidar de decidir, sempre e a qualquer pretexto, em benefício da preservação da empresa, da continuidade dos negócios sociais e na saúde financeira de sua economia.⁶⁴⁵

De nada adianta optar-se por não dissolver por inteiro a sociedade, mas, de maneira contraditória, determinar o pagamento dos haveres ao sócio de forma a “quebrar” a sociedade ou inviabilizar a manutenção de suas atividades zerando seu caixa, p.ex.. Essa questão é de fácil visualização quando se tem, de um lado, a opção de pagamento dos haveres ao sócio de forma a inviabilizar economicamente a empresa (gerando demissões, perda de capital de giro, endividamento, etc.) e de outro o pagamento a garantir a preservação da empresa e a continuidade dos negócios sociais sem qualquer grave percalço.⁶⁴⁶

⁶⁴⁴ - MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, Nova lei de recuperação e falências comentada, 3ª ed., RT, São Paulo, 2005, p. 130. Corroborando, em termos, a linha de que a sociedade não pode ser prejudicada no pagamento dos haveres: CELSO BARBI FILHO, Dissolução parcial de sociedades limitadas, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, p. 448.

⁶⁴⁵ - “A companhia passa a representar a moldura jurídica da empresa, em que confluem todos os demais interesses anteriormente considerados como de terceiros. Na concepção institucional o interesse social, vale dizer, o interesse dos acionistas, coexiste e mesmo se subordina ao interesse que a atividade empresarial exercida pela companhia representa para a comunidade e para o Poder Público. Daí a consagração do princípio da preservação da empresa, como decorrência do contexto sócio-econômico contemporâneo, que determina a manutenção das fontes de produção e trabalho como requisito do equilíbrio social e da autoridade do Estado” (MODESTO CARVALHOSA, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, v. 4, t. I, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 27).

⁶⁴⁶ - “O princípio da preservação da empresa exsurge, no atual direito comercial, como um dos mais caros, erigindo-se mesmo em princípio fundamental do moderno direito societário. É que a dissolução social, como predicada no direito romano e na doutrina individualista, acarreta a

No mesmo sentido, vale mencionar precedente contido em voto do hoje Ministro CEZAR PELUSO enquanto Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de apelação proveniente de ação de dissolução parcial. Nesse voto sustentou-se que, extinta a *affectio societatis*, deve-se preservar a pessoa jurídica, com a retirada do dissidente sem afetar a atividade empresarial que pode continuar nas mãos dos sócios remanescentes, os quais já se manifestaram com interesse de prosseguimento da atividade comercial sem os dissidentes.⁶⁴⁷

Contudo, nem sempre as opções à disposição do julgador serão tão maniqueístas ou dicotômicas. Caberá ao juiz nesses casos a utilização do bom senso, dos princípios gerais de direito e do princípio da conservação da empresa, de forma a determinar o pagamento dos haveres ao sócio da forma menos traumática à sociedade, sem que isso implique, por outro lado, uma verdadeira moratória ou mesmo a efetivação do inadimplemento para com o sócio.

De qualquer forma, a idéia é que, por ocasião do pagamento dos haveres na forma antecipada, os interesses da sociedade, por conta de sua função pública e do interesse social e econômico em sua preservação, sempre se imporão àqueles interesses individuais e meramente creditícios do sócio.

Algumas soluções adotadas passam, p.ex., pelo necessário parcelamento do pagamento dos valores dos haveres ao sócio de forma que o desembolso se encaixe no fluxo de caixa da sociedade ou mesmo possibilitando o pagamento ao sócio com bens da própria sociedade, o que pode ocorrer se presentes os requisitos do art. 215, §1º, da Lei das S/A que permite a partilha *in natura* do ativo em caso de liquidação, na medida em que não haja caixa para fazer frente ao empenho.⁶⁴⁸

desintegração da empresa, considerada esta como um núcleo de interesses econômicos e uma organização dos fatores de produção, cuja manutenção não é de interesse apenas dos sócios, mas também de empregados, clientes, fornecedores, fisco, em suma, da própria comunidade em que atua, se não do próprio País” (WALDECY LUCENA, *Das Sociedades Limitadas*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 707).

⁶⁴⁷ - “Andou certa a primorosa sentença no manter o ato de exclusão social da autora, por ruptura incontroversa da *affectio societatis*, sem prejuízo do direito a seus haveres. Nada há por acrescer-lhe a precisa fundamentação: (...) Quebrada a *affectio societatis*, urge preservar a pessoa jurídica, com a retirada da sócia que dela pretende se excluir e em verdade já legalmente excluída, sem afetar contudo a atividade empresarial, que pode perfeitamente continuar em mãos dos sócios remanescentes, cujo propósito expressamente já foi manifestado e merece ser atendido, por quanto não se cuida de sociedade vazia, atuando em ramo operoso e provida de bom patrimônio” (TJ-SP, Ap. n. 267.079-2, rel. Des. CEZAR PELUSO, j. 10.12.1996, v.u.).

⁶⁴⁸ - Posicionando-se contrariamente ao pagamento *in natura* dos haveres: JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades limitadas*, 6ª ed., Renovar, Rio, 2005, pp. 985-956. Contudo, como tal

Por fim, sob o ponto de vista da tutela de urgência, é importante notar que não se pode falar em antecipação de tutela sem o requisito da urgência nesse caso. Não se está aqui a tratar das hipóteses do inc. II do art. 273 do Código de Processo Civil que a doutrina classifica como antecipação sem urgência⁶⁴⁹ ou sancionatória⁶⁵⁰, nem tampouco de execução provisória, temas fora dos limites do presente trabalho. A questão é que, havendo pedido baseado apenas na verossimilhança (sem a incidência dos demais requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil), não é possível antecipar o pagamento dos haveres ao sócio precipuamente por não haver previsão legal para tanto.

48-

AFASTAMENTO DE SÓCIO (ADMINISTRADOR OU NÃO) DA SOCIEDADE

Ainda no contexto da dissolução parcial de sociedade, existem situações que tornam insuportável a convivência dos acionistas. Nas sociedades anônimas de capital fechado ou familiares, sem embargos às enormes discussões sobre o caráter pessoal ou de capital dessas empresas, é sempre possível falar-se em *affectio societatis*. Em empresas familiares que iniciaram suas atividades dentro de um núcleo familiar e que depois, em razão de seu desenvolvimento, tomaram formas jurídicas mais complexas como a das sociedades anônimas de capital fechado, é impossível desconsiderar seu caráter pessoal.

Sem precisar adentrar a esse tema tormentoso e que já foi objeto de grande discussão na doutrina⁶⁵¹, é possível que as vicissitudes da vida real ocasionem conflito irremediável entre os acionistas.⁶⁵² Esse conflito pode gerar diversas

previsão é expressa em lei (Lei das S/A, art. 215, §1º), muito embora exija aprovação de 90% do capital, é perfeitamente possível que o juiz assim imponha o pagamento dos haveres, mesmo considerando que o sócio credor tenha mais de 10% de participação, caso essa forma de pagamento se apresentar a melhor para os interesses da empresa.

⁶⁴⁹ - LUIZ GUILHERME MARINONI, *Antecipação da tutela*, 11ª ed., RT São Paulo, 2009, p. 274.

⁶⁵⁰ - BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES, *Tutela antecipada sancionatória*, Malheiros, São Paulo, 2006, p. 27.

⁶⁵¹ - Por todos: RENATO VENTURA RIBEIRO, *Exclusão de sócios nas sociedades anônimas*, Quartier Latin, São Paulo, 2005, pp. 45 e ss.; HENRIQUE CUNHA BARBOSA, *A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima*, Campus Jurídico, Elsevier, Rio de Janeiro, 2008, pp. 75 e ss.; CARLOS KLEIN ZANINI, *A dissolução judicial da sociedade anônima*, Forense, Rio de Janeiro, 2005, pp. 264 e ss.

⁶⁵² - Sobre o tema, so o enfoque da sucessão em empresas familiares e a importância do acordo de sócios para evitar situações-limite nas quais o conflito é inevitável: PAULO LUCENA DE

consequências, sendo certo que a que realmente importa para o tema das medidas urgentes de afastamento de sócio da sociedade são aquelas que geram instabilidade dos negócios sociais, em prejuízo da normal continuidade das atividades.

Assim, o sócio que se comporta mal e se utiliza dessa condição de forma omissa ou comissiva ocasionando prejuízos ao interesse social, pode ser afastado por meio de medida urgente.⁶⁵³ Para esses casos, a jurisprudência é peremptória no sentido de que o administrador prejudicial à empresa deve ser afastado de plano.⁶⁵⁴ É importante ressaltar que tais ações e omissões do sócio têm de se voltar contra o interesse social e não contra o interesse de determinado acionista ou grupo de sócios.⁶⁵⁵

Evidentemente que se já estiver em curso uma ação de dissolução parcial, a medida urgente será requerida nos próprios autos, como antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional desconstitutiva. Assim, se entre os efeitos da sentença de dissolução encontram-se exatamente a perda da condição de sócio, é possível antecipar parcialmente tais efeitos para, pelo menos, afastá-lo temporariamente dos negócios sociais.

Esse afastamento como mecanismo de preservação dos negócios sociais, *a priori*, gera efeitos não cumulativos somente para (i) impedir a permanência física do sócio na sociedade; (ii) paralisar as atividades do sócio e afastá-lo da condução direta dos negócios sociais; e (iii) votar nas assembleias a respeito de determinadas deliberações.

Não se pode, a pretexto de atitudes inconvenientes e contrárias ao interesse social, privar o sócio do exercício de seus direitos essenciais, mormente aqueles estabelecidos no art. 109 da Lei das S/A, que assim dispõe: “Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: I - participar dos lucros sociais; II - participar do acervo da companhia, em caso de

MENEZES, “Acordo de acionistas”, in *Acontece nas grandes famílias*, Saraiva, São Paulo, 2008, p. 326, coord. Paulo Lucena de Menezes e Marcelo Melo.

⁶⁵³- Em sentido contrário, afirmando que o afastamento no caso de exclusão de acionista controlador deve ocorrer somente com o trânsito em julgado: HENRIQUE CUNHA BARBOSA, *A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima*, Campus Jurídico, Elsevier, Rio de Janeiro, 2008, p. 113.

⁶⁵⁴- “Medida cautelar inominada. Afastamento de sócio da administração de empresas. Supostas irregularidades que evidenciam má administração. Presença dos requisitos legais (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Administração provisória pelo sócio mais antigo. Possibilidade. Liminar deferida. Manutenção. Recurso não provido” (TJ-PR, AI n. 298934-4, Rel. Des. J.J. GUIMARÃES DA COSTA, j. 5.10.2006).

⁶⁵⁵- Nesse sentido: PAULO SÉRGIO RESTIFFE, *Dissolução de sociedades*, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 228.

liquidação; III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais; IV - preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição, observado o disposto nos artigos 171 e 172; V - retirar-se da sociedade nos casos previstos nesta Lei”. Além desses direitos, outros também são inderrogáveis, não constituindo tal rol como exaustivo.⁶⁵⁶

Seja qual for o alcance das atitudes contrárias ao interesse social que o acionista tiver praticado, não é possível privá-lo da medida urgente, por exemplo, de fiscalizar a legalidade e regularidade dos negócios sociais (Lei das S/A, art. 109, inc. III), mesmo convocar assembleia quando os administradores retardam sua convocação (Lei das S/A, art. 123) ou mesmo propor ação de responsabilidade contra os administradores (Lei das S/A, art. 159, §3º).

De qualquer forma, é necessário fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação aos interesses da sociedade.⁶⁵⁷ Nesse diapasão, pouco importa se o acionista é administrador, e portanto exerce alguma função administrativa na sociedade, ou mesmo se seu âmbito de atuação é a Diretoria ou Conselho de Administração. Evidenciadas atitudes que possam causar danos irreparáveis à sociedade, cabe o afastamento do sócio.

Evidentemente, o afastamento do sócio do âmbito social, no caso de não haver o desempenho de qualquer função administrativa, se mostra mais rara, na medida em que se restringe bastante seu campo de atuação danoso à sociedade.

De qualquer forma, é comum caracterizar tal atitude danosa quando o sócio (i) atravanca os negócios sociais prejudicando a imagem da empresa com consequências concretas danosas (p.ex., notícias da mídia a respeito do sócio, mas que refletem negativamente à sociedade), (ii) tumultua a vida da empresa de forma a inviabilizar a gestão diária com consequências além do mero transtorno (p.ex., com demissões de funcionários sem justificativa e com reflexos à administração da sociedade), (iii) torna as assembleias sociais inviáveis, impossibilitando a deliberação das matérias da ordem do dia com consequências prejudiciais a direito da sociedade e de terceiros com que a sociedade se relaciona comercialmente (p.ex., impede a deliberação de importante assinatura de contrato da sociedade, sem haver autorização judicial para tanto), (iv) cria

⁶⁵⁶- NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. I, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 588.

⁶⁵⁷- Nesse sentido, elencando grande plêade de julgados: PAULO SÉRGIO RESTIFFE, Dissolução de sociedades, Saraiva, São Paulo, 2011, pp. 229.

embaraços para a apuração de haveres do sócio dissidente, impedindo a avaliação da sociedade ou alterando a contabilidade para “maquiar” números e projeções a fim de prejudicar o levantamento do seu real valor.

A lista é imensa e, pelo casuísmo, não é necessário mais. O importante para deferimento da medida é a caracterização incontestada de que há risco à atividade empresarial⁶⁵⁸, atitudes essas danosas aos interesses da sociedade e não a de um acionista ou grupo de acionistas.

Na hipótese de o acionista ser administrador, o fiel da balança está fundado nas atitudes fraudulentas, de enriquecimento ilícito ou ainda contrárias à lei ou estatuto. É muito comum nesse contexto a utilização da sociedade sem a separação do que é pessoal e do que é social, em termos de pagamentos de despesas e obrigações do sócio com o patrimônio da sociedade: trata-se de caso típico de fraude e de administração ruínosa e ilegal que visa a prejudicar os demais sócios nos resultados sociais.

Para cumprir o dever de lealdade, o administrador não pode utilizar-se de recursos humanos e materiais da empresa para propósitos particulares, nem tampouco envolver a sociedade em negócios pessoais em manifesto conflito de interesses seus com os da sociedade.⁶⁵⁹ Por essa razão, cabe ao administrador exercer os poderes que lhe são conferidos pela lei e pelo contrato social no interesse da sociedade: “desbordam desses poderes atos tais como a obtenção de empréstimo sem a aquiescência de todos os

⁶⁵⁸ - “Agravado de instrumento. Medida cautelar. Administração de sociedade. Decisão que afastou sócio da administração da sociedade, nomeando administrador judicial. Alegação de que inexistem os requisitos necessários à concessão da liminar, e que a decisão que nomeou administrador judicial é extra petita - Índícios de irregularidades na administração da empresa, cuja efetiva ocorrência deve ser apurada no curso do processo, que se constituem em risco à atividade empresarial, restando presente o requisito do periculum in mora. O fumus boni iuris decorre da possibilidade, ante os indícios de cometimento de falta grave, de exclusão do sócio majoritário pelos sócios minoritários. Questões que, contudo, devem ser melhor apreciadas por ocasião do julgamento do mérito da demanda. Nomeação de administrador que se insere no poder geral de cautela. Decisão Mantida - Recurso improvido” (TJ-SP, AI n. 994.09.301614-6, Rel. Des. EGÍDIO GIACOIA, j. 23.2.2010).

⁶⁵⁹ - Nesse sentido, a respeito das Sociedades Limitadas, mas com evidente aplicabilidade às Sociedades Anônimas de capital fechado: “para cumprir o dever de lealdade, por outro lado, o diretor não pode valer-se das informações a que teve acesso, em razão do posto que ocupa, para se beneficiar, ou a terceiro, em detrimento da sociedade. Não pode, também, utilizar-se de recursos humanos e materiais da empresa para propósitos particulares. Não pode, finalmente, concorrer com a sociedade ou envolver-se em negócios, quando presente virtual conflito de interesses” (FABIO ULHOA COELHO, A sociedade limitada no novo Código Civil, Saraiva, São Paulo, 2003, p. 52).

sócios, o uso de bens sociais em proveito próprio, a destinação gratuita de bens ou serviços da sociedade em favor de terceiros”.⁶⁶⁰

É possível também, visto o interesse pessoal envolvido, que o acionista administrador crie embaraços para a apuração judicial dos haveres do sócio dissidente. E isso pode ocorrer por meio de sonegação de informações, manipulação de informações ou mesmo a alteração dos balanços e dos resultados para prejudicar a correta valoração da sociedade. Veja que nesses casos não é necessário aguardar-se a concretização de prejuízos pecuniários à sociedade para permitir a medida urgente de afastamento. Pode ela ser deferida em caráter preventivo, ou seja, de modo a impedir que tais danos venham a efetivamente ocorrer ou mesmo antes de a apuração judicial se iniciar para a apuração dos haveres.

A jurisprudência nesse caso, mais farta em razão da maior frequência com que os tribunais enfrentam essa questão, já se consolidou e anda no sentido de determinar o afastamento em caráter excepcional. Perceba-se que o afastamento do administrador de suas atividades por medida urgente se mostra excepcional sim, porém admissível, quando houver fatos comprovados de “sensível gravidade”.⁶⁶¹

Essa medida é justificadamente excepcional por dois motivos. O primeiro porque, tendo sido o administrador eleito por assembleia ou escolhido/contratado dentro dos trâmites previstos no estatuto, é perfeitamente possível que a vontade social, que o colocou lá, também o tire de lá. A assembleia nesse caso é soberana, respeitando-se eventuais disposições expressas em sentido contrário, tais como aquelas contidas em acordo de acionistas outorgando a prerrogativa de indicação desse profissional a um determinado acionista.

O segundo é que, em havendo resistência de uma minoria ou de um acionista minoritário, que sozinhos não têm poder para tal afastamento administrativo no âmbito da assembleia geral, é sempre possível valer-se dos mecanismos sociais que permitem obrigar à sociedade a deliberar sobre tais fatos de alegada gravidade

⁶⁶⁰ - “Cabe ao administrador exercer os poderes que lhe são conferidos pela lei e pelo contrato social no interesse da sociedade, segundo o seu objeto social. Desbordam desses poderes atos tais como a obtenção de empréstimo sem a aquiescência de todos os sócios, o uso de bens sociais em proveito próprio, a destinação gratuita de bens ou serviços da sociedade em favor de terceiros” (ITAMAR GAINO, Responsabilidade dos sócios na Sociedade Limitada, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009, p. 114).

⁶⁶¹ - Nesse sentido: PAULO SÉRGIO RESTIFFE, Dissolução de sociedades, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 231

e também o ajuizamento de ação de responsabilidade contra aqueles que causaram prejuízo, em caso de omissão da sociedade (Lei das S/A, art. 159, §3º).

Evidentemente que se a questão chegar ao Poder Judiciário, deverá o juiz sopesar essas questões para identificar qual realmente é o ponto de atrito: (i) se se refere a uma disputa administrativa interna entre sócios, com a qual o Poder Judiciário não pode interferir, devendo então nesse caso prevalecer a vontade da maioria, ou (ii) se se refere a atos comprovadamente de fraude e prejuízos aos negócios sociais, oportunidade na qual a maioria se revela conivente com os fatos danosos para meramente manter sua posição em benefício próprio e em detrimento dos interesses da empresa, devendo então nesse caso a medida ser deferida para determinar o afastamento do administrador.

Caso típico é quando se confunde no mesmo indivíduo as pessoas do controlador e do administrador. Evidentemente, em razão da posição do minoritário diante do controlador, será muito difícil o próprio acionista majoritário reconhecer eventuais ilícitos seus e deliberar pelo seu próprio afastamento. Exatamente para que seja evitada essa circunstância peculiar no momento de aprovação de contas da sociedade é que se previu determinados procedimentos e obrigações aos sócios.

E esse momento se mostra bem propício para exame da regularidade da administração, porque para aprovação de contas pressupõe-se não só a abertura da documentação e informações da administração (Lei das S/A, art. 133), como também a sua aprovação em assembleia geral (Lei das S/A, art. 132). Além do mais, a Lei das S/A previu expressamente no art. 115, §1º,⁶⁶² a impossibilidade de acionistas votarem pela aprovação de suas próprias contas como administradores.⁶⁶³

⁶⁶²- “Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. § 1º o acionista não poderá votar nas deliberações da assembléia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia”.

⁶⁶³- HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOZA, em passagem alegórica, afirma que “a própria sabedoria popular ensina que não se deve deixar a raposa tomar conta do galinheiro. Por mais que a raposa pudesse respeitar o dono, seu instinto natural seria mais forte que o da obediência. Dessa forma, a lei proíbe taxativamente ao acionista que exerça direito de voto nas deliberações da assembleia-geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que quer concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador” (HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOZA, Curso de Direito comercial, vol. 3, Malheiros, São Paulo, 2008, p. 262). Em comentário pertinente a respeito dessa

Em que pesem as circunstâncias com que isso pode ocorrer âmbito da sociedade, deverá o juiz sopesar os elementos do caso concreto e deferir ou não a medida de afastamento do administrador. Contudo, em sociedade na qual os documentos e informações da administração não são divulgados na forma da lei e do estatuto, se o acionista controlador é o administrador e tolhe toda iniciativa de fiscalização dos minoritários de sua administração e ainda ilegalmente aprova suas contas em assembleia, é necessário prestar atenção.

Se nesse contexto houver ainda fundado receio de que fraudes, desvios ou prejuízos estejam sendo perpetrados, é natural, como medida de proteção à própria sociedade, o deferimento da medida de afastamento do administrador. De qualquer forma, o importante é garantir a menor intervenção possível do Poder Judiciário na vida da empresa e nas disputas internas entre os acionistas, bem como limitá-las a ocasiões nas quais restar inafastável a providência para a preservação da sociedade.

Pois bem, uma vez deferida a medida urgente, é preciso implementá-la no âmbito da sociedade e isso significa não só prover os meios para remoção do administrador de seu posto, como também substituir e indicar alguém para exercer tais funções administrativas durante o período em que perdurarem os efeitos da decisão judicial. Essa consequência tem por objetivo prover a continuidade dos negócios sociais. Afinal, precisará ela continuar a ter comando, representatividade, etc.

Para GALENO LACERDA, “a cautela completar-se-á com a nomeação provisória, pelo juiz, de administrador, que assumirá as funções da diretoria ou do diretor suspenso, até decisão definitiva da ação principal (de destituição, de dissolução da sociedade ou outra análoga)”.⁶⁶⁴ O autor não aponta nem indica se se trata de um administrador profissional, da confiança do juízo, ou se este deve acolher eventual

vedação do direito de voto, NELSON EIZIRIK afirma que “a vedação é absoluta, dado o princípio de que ninguém pode julgar em causa própria; como o acionista não pode separar os 2 (dois) papéis que desempenha, a Lei das S/A o impede de votar” (NELSON EIZIRIK, A Lei das S/A comentada, vol. I, Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 657). Lembra o autor, contudo, que a vedação é à pessoa física apenas, pelo princípio da separação entre a pessoa jurídica e seus membros. Por isso, se alguma pessoa física é controlador de sociedade que é acionista daquela por ele administrada, não existe o impedimento do direito de voto. Ainda assim nesses casos, apesar de não ser vedado em lei, deve o juiz se atentar quanto a essa circunstância e, aliado aos demais elementos de fato trazidos até ele, formar seu livre convencimento a respeito do pedido de afastamento urgente de sócio da administração.

⁶⁶⁴ - GALENO LACERDA, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo I, Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 237.

sugestão do autor da medida urgente, que poderá, não raro, indicar a si próprio.⁶⁶⁵ Enfim, nem uma coisa, nem outra.

Na linha de intervir o mínimo possível na vida da empresa, o juiz deve impor a vontade do Poder Judiciário no limite do necessário. Ou seja, no caso de administrador que não é acionista, deve o juiz ao deferir a medida urgente de afastamento indicar administrador de sua confiança e determinar que seu trabalho será desempenhado pelo tempo que for necessário para a assembleia ser convocada e novo administrador ser eleito temporariamente pelos acionistas. Esse novo administrador eleito democraticamente pelos acionistas assumirá o cargo em regime temporário, ou seja, até que perdure a medida urgente ou até que haja sentença definitiva.

É importante ressaltar que nessa assembleia poderão votar na deliberação de eleição de novo administrador todos os acionistas, ou seja, não só o autor da medida urgente, como também aqueles que indicaram o administrador afastado judicialmente.

Na hipótese de afastamento de administrador que também é acionista, deve-se da mesma forma ser indicado pelo juiz um administrador profissional para assumir a administração enquanto uma assembleia não é convocada e deliberada pelos sócios a nomeação de um administrador temporário.

Nessa deliberação, contudo, não poderá votar (Lei das S/A, art. 115, *caput*) o acionista que foi afastado, por se tratar de claro conflito de interesses. Evidente que se o acionista administrador está sendo afastado por fundadas suspeitas de fraude ou administração ilegal, não poderá fazer valer seu voto para indicar alguém de sua confiança que o substitua, sob pena de tornar completamente ineficaz a medida de afastamento. Mesmo que seja esse acionista controlador da empresa, seu voto não pode ser computado e essa proibição deve vir disciplinada na própria decisão judicial que impõe seu afastamento. Nessa assembleia, portanto, apesar de poder comparecer, o acionista controlador não poderá votar nem tampouco indicar nomes, sendo que os demais acionistas elegerão, pela maioria de seus votos, o novo administrador temporário.

⁶⁶⁵- A jurisprudência aponta algumas saídas, como aquela que, diante do afastamento do administrador prejudicial à empresa, a administração provisória deveria ficar a cargo do acionista mais antigo: “medida cautelar inominada. Afastamento de sócio da administração de empresas. Supostas irregularidades que evidenciam má administração. Presença dos requisitos legais (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Administração provisória pelo sócio mais antigo. Possibilidade. Liminar deferida. Manutenção. Recurso não provido” (TJ-PR, AI n. 298934-4, Rel. Des. J.J. GUIMARÃES DA COSTA, j. 5.10.2006).

A razão pela qual a nomeação de administrador pelo juiz deve se limitar à indicação de profissional pelo tempo necessário a possibilitar aos sócios uma nova nomeação está fundada no fato de que o Poder Judiciário não tem poder para imiscuir-se nos negócios sociais. Sua intervenção, que tem por objetivo o combate das ilegalidades no seio social, deve então se limitar a afastá-la e colocar a sociedade no curso correto. E essa função é eficazmente cumprida com a destituição do administrador e (e aqui reside a grande função do Poder Judiciário nesses casos) possibilitar o prosseguimento das atividades de gestão pelos próprios sócios.⁶⁶⁶ Assim, se cabe aos sócios a gestão de sua própria sociedade, não compete ao juiz interferir na gestão impondo pessoa de sua confiança, mas sim possibilitar a eles a indicação dessa pessoa.

49- ARROLAMENTO

O arrolamento de bens previsto no art 855 do Código de Processo Civil⁶⁶⁷ possui natureza estritamente conservativa.⁶⁶⁸ Tem por objetivo tomar rol, lançar memória, inventário, para saber o que há. Sua finalidade é exatamente “arrolar” para registrar não só a existência de bens conhecidos ou não, mas também para possibilitar a conservação desses mesmos bens que foram arrolados.⁶⁶⁹ É possível ainda que, havendo risco, seja deferido o depósito do bem, com a nomeação de depositário. (CPC, arts. 858 e 859). Por essa razão é que se afirma haver mais do que simples arrolamentos *ad probatione*, assemelhando-se o arrolamento à constrição cautelar do sequestro.⁶⁷⁰

⁶⁶⁶- CELSO BARBI FILHO, em estudo sobre as Sociedades Limitadas, mas com perfeita aplicabilidade para qualquer espécie de sociedade, defende a impossibilidade de se nomear judicialmente interventor para administrar a sociedade (CELSO BARBI FILHO, Dissolução parcial de sociedades limitadas, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, p. 420).

⁶⁶⁷- “Art. 855. Procede-se ao arrolamento sempre que há fundado receio de extravio ou de dissipação de bens”.

⁶⁶⁸- CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo II, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 279.

⁶⁶⁹- O arrolamento tem função similar à delaração de ativos sob compromisso de honra do direito alemão previsto no ZPO. Na Alemanha esse instituto tem natureza executiva e se assemelha à indicação de bens penhoráveis pelo devedor no Brasil, nas hipóteses em que a penhora não é suficiente ou não haver bens suficientes conhecidos para satisfazer a execução. Nesse sentido: PAULO SÉRGIO RESTIFFE, Dissolução de sociedades, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 244.

⁶⁷⁰- CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo II, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 279.

Dessa forma, não há que se falar em duas espécies de arrolamento, como se dois interesses distintos dessem ensejo a uma “ação intercalada”, com um arrolamento sem depósito e outro com depósito. Nesse sentido, CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA afirma que “o interesse sempre será o da enumeração e conservação dos bens, prevenindo porém o risco de dano pelo depósito”.⁶⁷¹

“Também no âmbito do direito societário pode a medida desempenhar papel importante”.⁶⁷² Isso porque, o arrolamento pode servir de meio para se inventariar o acervo patrimonial da empresa, universalmente considerado, com o objetivo de obter um apanhado de sua situação patrimonial.⁶⁷³

Além dessa função meramente registrária, que viabiliza tirar uma verdadeira fotografia patrimonial da sociedade a garantir uma correta apuração dos haveres no futuro e a disponibilização de patrimônio para o pagamento dos valores devidos ao sócio, o arrolamento tem vez também em casos de indícios de desvio de bens ou de sua dissipação. Nesse caso, contudo, o pedido de arrolamento realizado pelo acionista “atenderá a uma dupla função: a de prevenir a responsabilidade dos administradores (oferecendo importante instrumento de comparação) e a de inibir o esvaziamento da empresa”.⁶⁷⁴

Segundo CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, mostra-se “cabível o arrolamento como medida antecedente ou incidente na ação de dissolução de sociedade”.⁶⁷⁵ Nesse caso, os requisitos, os mesmos do arrolamento cautelar, tem como pressuposto a prova do fundado receio de extravio ou dissipação de bens que compõem o acervo social, os quais devem assegurar o pagamento dos haveres. É requisito também a prova da iminência disso ocorrer, mediante a demonstração de que há prática de negócios

⁶⁷¹ - CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo II, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, pp. 279-280.

⁶⁷² - CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo II, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 298.

⁶⁷³ - PAULO SÉRGIO RESTIFFE, Dissolução de sociedades, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 246. No mesmo sentido, a respeito das sociedades anônimas fechadas: CELSO BARBI FILHO, Dissolução parcial de sociedades limitadas, Mandamentos, Belo Horizonte, 2004, p. 410.

⁶⁷⁴ - CARLOS KLEIN ZANINI, A dissolução judicial da sociedade anônima, Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 261. No mesmo sentido de que o arrolamento não se limita à obtenção de uma radiografia patrimonial, mas também tem a função de obstar a dilapidação do acervo social pela administração ou sócios remanescentes, acervo esse que o sócio que está saindo da sociedade tem participação: PAULO SÉRGIO RESTIFFE, Dissolução de sociedades, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 246.

⁶⁷⁵ - CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo II, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 298.

ruinosos para onerar a sociedade ou a dissipação de bens sociais, tais como a alienação, doação ou oneração de bens de raiz. É o caso ainda de assunção de dívidas dezarrazoadas ou ainda de alteração de balanço para nele incutir rubricas no passivo ou credores até então não conhecidos.

O sócio que deixa a sociedade e que passa a dela ser credor de quantia, tem o direito de obter um panorama patrimonial antes de sua efetiva saída e o arrolamento de bens é um instituto que pode propiciar isso ao acionista. Por meio do arrolamento, o acionista que saiu da sociedade, garante não só a apuração de seus haveres da forma mais completa possível, como também garante o pagamento de seus haveres, assegurando o patrimônio com que a sociedade fará o empenho dos valores que lhes são devidos.

É relevante mencionar também que o arrolamento de bens não causa nenhum dano ou prejuízo à sociedade, que se bem administrada, não terá dificuldades de viabilizar um inventário por ocasião da efetivação do arrolamento. Não tem o arrolamento de bens o poder de engessar os negócios sociais nem tampouco bloqueia o uso desses bens na atividade mercantil. Aliás, tais bens, por continuarem em titularidade da sociedade, podem servir de garantia a empréstimos ou operações mercantis.

Assim, nada obstante os bens da sociedade terem sido arrolados, nada obsta sua alienação ou transferência. Contudo, há posicionamento no sentido de que, assim como no arresto e no seqüestro, a alienação dos bens arrolados sem autorização judicial gera a ineficácia da alienação⁶⁷⁶. Esse posicionamento pode ser interpretado como válido se a ele for acrescentado o requisito da insolvência, ou seja, se ao tempo da alienação ou transferência for configurada a insolvência da sociedade, representada pela incapacidade de pagamento dos haveres ao sócio. Por outro lado, não é preciso autorização judicial para transferência ou alienação de bens da sociedade anotados em ação de arrolamento.

Tem cabimento ainda o arrolamento nas hipóteses em que, na dissolução de sociedades anônimas, houver deliberação assemblear dispondo o pagamento dos haveres *in natura*, ou seja, com bens da própria sociedade.⁶⁷⁷ Isso porque, o art. 215, §

⁶⁷⁶ - HUMBERTO THEODORO JR., Processo cautelar, 23ª ed., Leud, São Paulo, 2006, p. 351

⁶⁷⁷ - O cabimento do arrolamento nas hipóteses do art. 215 da Lei das S/A também é contemplado por CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA na hipótese de necessitar-se de preservação dos bens a serem partilhados na liquidação da sociedade: “ainda em se tratando de sociedade por ações, pode ser necessário o emprego do arrolamento”, (CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo II, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 298).

1º, da Lei das S/A dispõe expressamente sobre a possibilidade de pagamento dos haveres *in natura*, nos casos em que houver aprovação assemblear para tanto.

Confira a redação do dispositivo: “art. 215. A assembléia-geral pode deliberar que antes de ultimada a liquidação, e depois de pagos todos os credores, se façam rateios entre os acionistas, à proporção que se forem apurando os haveres sociais. § 1º É facultado à assembléia-geral aprovar, pelo voto de acionistas que representem 90% (noventa por cento), no mínimo, das ações, depois de pagos ou garantidos os credores, condições especiais para a partilha do ativo remanescente, com a atribuição de bens aos sócios, pelo valor contábil ou outro por ela fixado. § 2º Provado pelo acionista dissidente (artigo 216, § 2º) que as condições especiais de partilha visaram a favorecer a maioria, em detrimento da parcela que lhe tocava, se inexistissem tais condições, será a partilha suspensa, se não consumada, ou, se já consumada, os acionistas majoritários indenizarão os minoritários pelos prejuízos apurados”.

Por fim, evidentemente, a aplicação da regra geral do arrolamento estatuída no Código de Processo Civil merece temperamentos quando se trata de arrolamento de bens em sociedade, já que certamente não é possível inventariar os bens de uma empresa em um único dia. Assim, como medida de razoabilidade, não há que se falar em aplicação cega do disposto no art. 860 que assim dispõe: “não sendo possível efetuar desde logo o arrolamento ou concluí-lo no dia em que foi iniciado, apor-se-ão selos nas portas da casa ou nos móveis em que estejam os bens, continuando-se a diligência no dia que for designado”. Ou seja, nada de lacrar a empresa ou impedir a normal atividade da empresa, pois não é muito difícil vislumbrar os danos causados por lacração da sala de estoques de uma indústria ou mesmo dos arquivos de uma empresa.

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO VII EXIBIÇÃO DE LIVROS OU DOCUMENTOS SOCIETÁRIOS</p>

50-
EXIBIÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS E O DIREITO SOCIETÁRIO

Nada obstante a regra de confidencialidade e sigilo inerentes aos documentos e livros comerciais, o direito processual admite três formas de se forçar a exibição: (i) por meio de um pedido incidental a um processo já em curso (CPC, art. 381 e ss.), (ii) por meio de uma medida cautelar (CPC, art. 844, inc. III) e (iii) por meio de uma demanda pelo procedimento ordinário com pedido de obrigação de fazer (CPC, art. 461).

A primeira via à disposição do interessado, cujo objetivo é satisfazer o direito à prova em determinado processo judicial, tem disciplina própria e pouca relação com o direito autônomo do sócio na exibição de livros e documentos societários em razão de seu poder de fiscalização. As outras duas vias, apesar de etimologicamente diferentes, possuem a mesma finalidade, ainda mais se tomarmos por base um regime jurídico único que rege as medidas urgentes, já abordado alhures.⁶⁷⁸

De qualquer forma, independentemente do meio processual escolhido para prover a exibição, o que basta para o tema sob o ponto de vista do direito societário é o fundamento pelo qual o interessado buscará a exibição de tais livros e documentos, *in casu*, o direito de fiscalização. Sob o ângulo do direito material dos sócios de ver tal documentação exibida (para fins de fiscalização), não parece ser relevante traçar elementos diferenciadores ou limitadores das referidas três vias. Isso porque, todas elas terão a mesma finalidade, independentemente da técnica processual colocada pelo legislador à disposição do jurisdicionado.

⁶⁷⁸ - Como já dito, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ao discorrer sobre os provimentos cautelares e as antecipações de tutela, afirmou tratar-se de institutos “intimamente ligados, como irmãos gêmeos quase siameses”, o que, aliás, autorizou o mesmo autor a dizer que “só pela lógica do absurdo se poderia afirmar que algumas dessas disposições só se aplicam se a parte que optar pela qualificação da medida como cautelar e não antecipatória” (“O Regime jurídico das medidas urgentes”, in *A nova era do processo civil*, Malheiros, 2003, p. 36). Por essas e outras razões que foi acrescido o parágrafo 7º ao art. 273 do Código de Processo Civil, assim dispõe a completa fungibilidade entre as medidas: “§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

E sob o ponto de vista da instrumentalidade do processo⁶⁷⁹ e das formas à disposição para satisfação do direito material societário, tais vias devem ser tratadas de forma indiscriminada. Obviamente, não se está aqui a defender que tais medidas processuais não possuem diferenças, pois elas até que possuem algumas sim. O que está a se defender é que sob o ponto de vista do direito societário e do regime jurídico das medidas urgentes, é muito mais eficaz analisar as três vias pela sua finalidade do que por suas supostas diferenças ontológicas.

Ninguém poderá negar que uma demanda pelo procedimento ordinário com um pedido de obrigação de fazer consistente na exibição de livros e documentos societários não se diferencia objetivamente em nada de uma medida cautelar de exibição de documentos e livros societários.

A respeito da cognição, em tese, até se poderia alegar que a profundidade da cognição sob o plano vertical⁶⁸⁰ é diferente,⁶⁸¹ já que na obrigação de fazer ela seria exauriente (completa) e na cautelar ela seria sumária (superficial). Se analisarmos então a questão sob a definição de GIUSEPPE CHIOVENDA no sentido de contrapor o processo sumário ao ordinário (“sumaridade se traduz em simplificação de atos judiciais”⁶⁸²), ainda poderíamos apontar diferenças em tese. Isso porque, consoante afirmado por CHIOVENDA, a cognição definida no processo sumário seria incompleta, não definitiva, parcial e superficial.⁶⁸³

Contudo, no plano dos fatos tais diferenças se mostram imprestáveis por diversos motivos.

O pedido e as causas de pedir próximas e remotas são exatamente os mesmos em ambas as demandas. Busca-se a exibição, no mais das vezes liminarmente (medida urgente), com fundamento na qualidade de sócio e no direito de fiscalização.

⁶⁷⁹ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em sua magistral obra, lembra que “processo é instrumento” e que há um direito ao procedimento que constitui, na verdade, um “direito à participação em contraditório” (A Instrumentalidade do Processo, 7ª ed., Malheiros, 1999, São Paulo, pp. 309 e 316). CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA pugna, inclusive por um “princípio da adaptação do procedimento” para “emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material” (Do formalismo no processo Civil, 3ª ed, Saraiva, 2009, São Paulo, p. 134).

⁶⁸⁰ - KAZUO WATANABE, Da Cognição no Processo Civil, RT, São Paulo, 1987, pp. 83-84.

⁶⁸¹ - Nada obstante a cognição no plano horizontal ser a mesma nesse caso.

⁶⁸² - GIUSEPPE CHIOVENDA, Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, 3ª ed., Saraiva, 1969, n. 31, p. 107.

⁶⁸³ - GIUSEPPE CHIOVENDA, Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, 3ª ed., Saraiva, 1969, n. 71, p. 237.

O fato é que o objeto do processo⁶⁸⁴ na cautelar é o mesmo na demanda pelo procedimento ordinário no que se refere à exibição de livros e documentos societários. Adotando-se a posição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁶⁸⁵, para o qual o objeto do processo é a pretensão deduzida na demanda, ou a de outros doutrinadores de escol⁶⁸⁶, não se pode negar a inexistência de diferença entre o pedido e a causa de pedir em ambas as demandas.

⁶⁸⁴ - Muito embora a exposição de motivos do CPC tenha adotado o conceito de “lide” para definir “mérito da causa” ou “objeto do processo”, confunde o conceito destes com o de “questões de mérito”. Contudo, essa premissa não é fiel ao CPC em si porque aplica o termo “lide” com outros significados (p.ex. denúncia da lide). A essa confusão legislativa, acrescente-se a ainda a da doutrina, a qual usualmente confunde mérito com questões de mérito. Um dos motivos para fixar-se bem tal diferenciação é a projeção dos efeitos da decisão de mérito para fora do processo, submetendo-se à coisa julgada material, o que não acontece com os pronunciamentos a respeito das “questões de mérito”. O sistema processual civil brasileiro está fundado nos princípios da inércia da jurisdição (proibição de seu exercício ex officio) e de que a jurisdição deve ser provocada por meio da demanda, pela qual são estabelecidos os objetivos e os limites da atuação jurisdicional. Pela demanda inicial é que se formula a “pretensão” (aqui entendida como ato de exteriorização do “interesse”). Essa pretensão é “bi-fronte”: num primeiro momento almeja-se a pretensão entendida pela entrega do provimento jurisdicional (de conhecimento, execução ou cautelar) e num outro o de receber o bem da vida (nova situação jurídico-material). Tais são os limites da demanda impostos pelo princípio da correlação entre a demanda e o provimento jurisdicional, para o qual tem grande importância a delimitação sobre o que seria o objeto do processo (para os alemães, Streitgegenstand). A origem da palavra objeto é latina (objicio, verbo e objectus, substantivo), cuja significação é “propor” e “algo que se põe diante de uma pessoa”. Portanto, objeto do processo é aquilo que se coloca diante do juiz, à espera de um provimento que ele proferirá ao final, sobre o qual o juiz tem seus limites de atuação. Por assim ser, a busca do “objeto do processo” é a busca do “mérito da causa” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O conceito de mérito em processo civil”, in Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol. I, 3ª ed., Malheiros, 2000, item VI, pp. 232-276).

⁶⁸⁵ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O conceito de mérito em processo civil”, in Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol. I, 3ª ed., Malheiros, 2000, item VI, pp. 232-276. - É difícil classificar o entendimento doutrinário em posições estanques, mas de alguma forma nesse sentido: JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, A causa petendi no processo civil, RT, São Paulo, 1993, p. 112; ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, manual de direito processual civil, vol. I, Saraiva, São Paulo, 1997, p. 529; JOSÉ FREDERICO MARQUES, Instituições de direito processual civil, vol. IV, Saraiva, São Paulo, 1969, pp. 335-336; LEO ROSEMBERG, Tratado de derecho procesal civil, tomo II, Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa-américa, 1955, pp. 27 e ss.; ADA PELEGRINI GRINOVER, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CONTRA, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Teoria geral do processo, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 302.

⁶⁸⁶ - Para DINAMARCO, existem cinco posições fundamentais sobre o conceito de mérito: a) Primeiro entendimento (mérito como “questões de mérito”): LIEBMAN, cujo entendimento é o de que o juiz deve apreciar o pedido formulado, afirma que deve ser incluído ao objeto de seu conhecimento todas as questões que influenciem direta ou indiretamente. Ou seja, o mérito é representado por todas as questões relevantes para o julgamento de procedência ou improcedência da demanda; o de CARNELUTTI, que prefere falar em mérito da lide, conceitua este como o complexo das questões materiais que a lide apresenta. Daí que para haver a “justa composição” da lide (uma vez que lide seria “conflito de interesses”), é necessária a resolução de todas as questões (razões controversas, ou pontos controversos como hoje se fala). Nesse ponto é importante distinguir “questões substanciais”, as quais dizem respeito à situação jurídico-material, de “questões processuais”, as quais dizem respeito às condições da ação ou pressupostos processuais. Muito embora a primeira diga respeito ao mérito causae, com ela não se confunde. Essa confusão é devida, em grande

Considerando também a satisfatividade da medida cautelar de exibição, natureza jurídica essa já consolidada pela doutrina e jurisprudência pátrias⁶⁸⁷, não

parte, por restringir o conceito de mérito ao processo de conhecimento e não estendê-lo, como é de rigor, ao processo de execução. Nos fundamentos, são decididas as questões de mérito, no dispositivo da sentença, o mérito da causa (síntese dialética resultante do confronto de teses e antíteses colocadas pelas partes em contraditório no processo). Pelo conceito carneluttiano, a lide seria decidida (haveria a justa composição), no dispositivo por que este é, por definição, a resposta do Poder Judiciário ao pedido formulado pelos autor; os fundamentos, por sua vez, constituem o iter lógico da atividade jurisdicional, a fixação dos alicerces sobre os quais se apóia a solução da pretensão do autor, e sobre eles não incide a coisa julgada; GARBAGNATI, para quem o mérito é o conjunto de questões relativas ao fato constitutivo do direito invocado e ao direito aplicável. Ou seja, colocou no conceito de mérito apenas os fatos constitutivos, excluindo aqueles impeditivos, modificativos e extintivos, não obstante julgar-se o mérito da demanda da mesma forma, não importando se foi relevante quaisquer desses fatos. Mas o importante é frisar que todo esse raciocínio se passa nos fundamentos da sentença e não no decisório. b) Segundo entendimento (mérito como “demanda”): CHIOVENDA, além de definir sentença de mérito como aquela que acolhe ou rejeita a pretensão do autor, define questões de mérito como sendo as questões sobre as condições da ação (não obstante colocar as condições da ação no mérito, revelando sua posição concretista). Mas o importante é que ele define mérito como demanda. DINAMARCO critica a correlação do mérito com demanda uma vez que conceitua esta última como sendo um veículo pelo qual se traz ao processo algo externo e que lhe precede, ou seja, a pretensão. Demanda é fato estritamente processual, ato formal do processo pelo qual se incita a atividade jurisdicional (via de acesso das partes ao processo). MONTESANO, para o qual as sentenças de mérito são aquelas que acolhem ou rejeitam a demanda. c) Terceiro entendimento (mérito como “relação jurídica substancial controvertida”): REDENTI afirma vagamente que o mérito é a matéria contenciosa, matéria de confronto ou contraditória. DINAMARCO critica esse posicionamento afirmando ele remonta ao confinamento do conceito de mérito ao processo de conhecimento, e não ao de execução. Nesse caso, teríamos de afirmar que em determinados casos, na execução ou mesmo no próprio processo de conhecimento, não haveria objeto. Além disso, é o próprio processo que averigua se há relação jurídica substancial controvertida (comentários de LIEBMAN); para FAZZALARI mérito seria a situação substancial e seus componentes, porque situação jurídica significa o direito subjetivo deduzido em estado de asserção. Portanto, mérito é a afirmação do direito subjetivo, da obrigação correspondente, da lesão e (eventualmente) da situação extraordinariamente legitimante; LENT, abarcando o pensamento alemão, busca fora do processo elementos para definir o mérito ao afirmar que sentença de mérito é aquela que decidem sobre o efeito jurídico afirmado pelo autor na demanda e também os problemas de fundo por ela proposto; d) Quarto entendimento (mérito como “lide”): no CPC brasileiro (BUZAI) lide é caracterizada como o objeto fundamental do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes. Muito embora essa colocação tenha inspiração em CARNELUTTI (para ele, a polaridade da lide é o eixo metodológico do sistema processual), a teoria carneluttiana jamais afirmou ser o mérito a lide em si própria, mas o conceitua a partir dela. Como visto, para ele, mérito é o complexo de questões que a lide apresenta; e) Quinto entendimento (mérito como pretensão): para DINAMARCO, com quem nos alinhamos, *meritum causae* é aquilo que alguém vem deduzir, pleitear, pedir, postular em juízo. Mérito é, portanto, etimologicamente, a exigência, que por meio do veículo da demanda, alguém apresenta ao juiz. Assim, mérito é a pretensão, de modo que prover ou desprover este último significa estabelecer um preceito concreto em relação à situação trazida de fora do processo (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “O conceito de mérito em processo civil”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. I, 3ª ed., Malheiros, 2000, item VI, pp. 232-276).

⁶⁸⁷ - Por todos: STJ, 4ª T., RESP 104356-ES, rel. Min Asfor Rocha, j. 6.12.1999, DJ 17.4.2000; STJ, 4ª T., AI 508.489-AgReg, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 24.8.2004, DJ 4.10.2004. No mesmo sentido: RSTJ 133/338, RT 611/76. Veja mais referências em: THEOTÔNIO NEGRÃO,

há diferenças substanciais dos provimentos finais em cada um dos processos a se considerar tais conflitos societários. A sentença em ambos os casos definirá se haverá ou não exibição, mediante a cognição adequada para o caso concreto (independentemente do procedimento em questão), em cuja fase de conhecimento serão produzidas todas as provas pertinentes com ampla participação das partes. O processo correrá em contraditório, na medida em que as partes poderão se manifestar, produzir provas e o juiz terá à sua disposição os mesmos fatos para proferir a sentença, que além de produzir no mundo dos fatos a mesma consequência, constitui no mundo do direito um provimento de mesma natureza, independentemente do procedimento em questão.

Considerando-se ainda a lição de ENRICO TULLIO LIEBMAN de que a sentença é a resposta do juiz aos pedidos das partes, coincidindo pedidos e causa de pedir na cautelar e na demanda pelo procedimento ordinário, até mesmo os efeitos da coisa julgada em ambos os processos incidirão sobre mesmos elementos.⁶⁸⁸ Isso porque, é o objeto do processo que delimita, dá contornos, extensão e imperatividade à coisa julgada.

A partir da pretensão deduzida pelo demandante é que se define o provimento buscado e ao qual o juiz está adstrito na sentença. Assim, como é no pedido e na causa de pedir que se identificam os efeitos jurídicos substanciais pretendidos e sua respectiva projeção sobre a relação de direito material controvertida, é evidente que o objeto do processo vai definir também a própria natureza e extensão de qualquer medida urgente a ele relacionado. Mesmo se analisarmos a questão ignorando a existência de um regime jurídico único para as medidas urgentes (reconhecendo-se, por consequência, haver diferenças úteis e relevantes entre a natureza jurídica da tutela antecipada e cautelar), ainda assim o objeto do processo é o mesmo em ambos os casos quando tratamos da exibição de livros e documentos societários: as providências de preservação (cautelar) são ditadas pela eficácia substancial perseguida pelo autor da cautelar e os limites para a antecipação de tutela são fixadas pela própria pretensão do autor da demanda pelo procedimento ordinário.

Enfim, o que as partes têm direito quando vêm a juízo, além de um processo em contraditório no qual possam efetivamente contribuir para a formação da convicção do juiz, é o direito à cognição mais adequada para definição das pretensões contrapostas no plano do direito material. Dessa forma, se é a cláusula do devido processo

Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 38ª ed., Saraiva, São Paulo, p. 902; MISAEL MONTENEGRO FILHO, Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 5ª ed., Atlas, São Paulo, p. 120; PAULO AFFONSO GARRIDO DE PAULA, Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., 2005, São Paulo, Atlas, p. 2365, coord. Antônio Carlos Marcato.

⁶⁸⁸ - ENRICO TULLIO LIEBMAN, Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 57, atualização de Ada Pellegrini Grinover.

legal quem estabelece aos processos a cognição nos planos vertical e horizontal necessária para atender da melhor forma a pretensão de direito material das partes⁶⁸⁹, não pode o próprio procedimento, sob o argumento de um *nomen iuris* diferente, definir a natureza jurídica da própria tutela jurisdicional. O raciocínio vale tanto para o caso de não haver problemas na inexistência de uma ação judicial específica no plano processual que atenda a uma pretensão de direito processual, como também a existência de duas ou mais ações judiciais que cumpram, no plano dos fatos, a mesma finalidade de efetivação da tutela de direito material.

De qualquer forma, inexistente diferença ontológica entre os graus de cognição nos planos vertical e horizontal que o juiz se vale para deferir a medida liminar do art. 461-A, § 3º, e a do art. 844, inc. III c/c art. 804 do Código de Processo Civil. Do mesmo modo, não há diferenças no plano fático dos provimentos jurisdicionais em ambos os casos, tanto sob a égide da tutela de urgência nas liminares, quanto da tutela final proferida em sentença. O mesmo raciocínio vale, e ainda com mais razão, para os casos em que o provimento de urgência é deferido liminarmente e sem a oitiva da parte contrária.

51- DIREITO DE FISCALIZAÇÃO DO ACIONISTA

O *direito de fiscalização* do acionista de Sociedade Anônima é amparado pelo art. 109, inc. III e § 2º⁶⁹⁰, da Lei das S/A, mas também é previsto por outros dispositivos contidos na mesma lei societária.⁶⁹¹ No que se refere às Sociedades Limitadas, o art. 1.191 do Código Civil e o art. 381 do Código de Processo Civil também conferem ao quotista todos os meios necessários para fiscalizar os negócios sociais.⁶⁹²

⁶⁸⁹ - A esse respeito, KAZUO WATANABE afirma: “é através do procedimento, em suma, que se faz a adoção de várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferentes de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução” (Da Cognição no Processo Civil, RT, São Paulo, 1987, pp. 94).

⁶⁹⁰ - “Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembleia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: (...) III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais; (...) §2º Os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembleia-geral.”

⁶⁹¹ - Cfr. arts. 109, 122, 124, 133 e 161.

⁶⁹² - Há entendimento de que o art. 1.191 do Código Civil (“Art. 1.191. O juiz só poderá autorizar a exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou

Independentemente do fundamento legal, é importante ter em mente que ao direito de fiscalizar do acionista corresponde um dever da companhia de informar aos acionistas sobre os negócios sociais, por meio dos seus órgãos de administração. Trata-se de um conjunto de direitos e deveres intimamente vinculados, nos quais um pressupõe a existência do outro.

Por exemplo, a Lei das S/A prevê que uma deliberação a respeito das contas do exercício social sem a entrega da documentação necessária aos acionistas gera a nulidade da respectiva deliberação, nos termos do art. 133, *caput*, incs. I-V, §2º.⁶⁹³ Ou seja, sem a disponibilização da documentação necessária pela sociedade não se pode deliberar pela sua aprovação. Sendo, portanto, vedada a deliberação sobre o tema, consequência lógica então é a negativa da própria convocação de Assembléia para deliberação sobre as contas. Quanto às Limitadas, a sistemática não muda, já que o sócio cotista não só tem o direito de fiscalizar os negócios sociais, como também de votar nas reuniões de sócios. Tal direito de fiscalizar, assim como nas Sociedades Anônimas, é inderrogável, seja pelo contrato social, seja por deliberação em assembleia ou reunião de sócios.⁶⁹⁴

em caso de falência. § 1º O juiz ou tribunal que conhecer de medida cautelar ou de ação pode, a requerimento ou de ofício, ordenar que os livros de qualquer das partes, ou de ambas, sejam examinados na presença do empresário ou da sociedade empresária a que pertencerem, ou de pessoas por estes nomeadas, para deles se extrair o que interessar à questão. § 2º Achando-se os livros em outra jurisdição, nela se fará o exame, perante o respectivo juiz”) teria revogado o disposto no art. 381 do Código de Processo Civil (“art. 381. O juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a exibição integral dos livros comerciais e dos documentos do arquivo: I - na liquidação de sociedade; II - na sucessão por morte de sócio; III - quando e como determinar a lei”). Isso porque, o dispositivo do Código Civil reproduz parte do disposto no de Processo e também porque tratam do mesmo assunto. Nesse sentido, fincamos posição juntamente com JOSÉ WALDECY LUCENA (Das Sociedades Limitadas, 6ª ed, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 574), no sentido de que tais dispositivos coexistem por duas razões: primeiro porque o art. 381, inc. III, dispõe expressamente que haverá a exibição de documentos também “quando e como determinar a lei”. Depois, por se tratar de norma geral, não é possível entender por sua incompatibilidade com a lei específica, principalmente porque o art. 1.191 dispõe especificamente sobre hipóteses de exibição.

⁶⁹³- “Art. 133. Os administradores devem comunicar, até 1 (um) mês antes da data marcada para a realização da assembléia-geral ordinária, por anúncios publicados na forma prevista no artigo 124, que se acham à disposição dos acionistas: I - o relatório da administração sobre os negócios sociais e os principais fatos administrativos do exercício findo; II - a cópia das demonstrações financeiras; III - o parecer dos auditores independentes, se houver. IV - o parecer do conselho fiscal, inclusive votos dissidentes, se houver; e V - demais documentos pertinentes a assuntos incluídos na ordem do dia. § 2º A companhia remeterá cópia desses documentos aos acionistas que o pedirem por escrito, nas condições previstas no § 3º do artigo 124”.

⁶⁹⁴- “O direito de fiscalizar os atos de administração é um direito impostergável do sócio. Não pode o contrato, nem a assembléia geral ou reunião de cotistas obstruí-lo” (Sérgio Campinho, O direito de empresa à luz do novo código civil, 6ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 237).

A melhor doutrina comercialista, aqui representada por EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO,⁶⁹⁵ MODESTO CARVALHOSA,⁶⁹⁶ ALOYSIO LOPES PONTES,⁶⁹⁷ TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE⁶⁹⁸ e ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO⁶⁹⁹ é clara no sentido de que o direito à fiscalização do acionista deve ser exercido exatamente como dispõe a Lei das S/A. É possível, no entanto, que o contrato social, a assembleia ou reunião de sócios estipulem formas de fiscalização, momentos adequados ou ainda épocas e prazos para exercício desse direito. O que não é possível é afastar por completo da sociedade ou seus administradores o dever de prestar as informações.

É possível, a título de exemplo, que o estatuto estipule que os acionistas não administradores podem exigir as contas da sociedade com uma antecedência máxima de 30 dias da reunião de aprovação de contas. Ou ainda que fique estipulado em reunião de sócios que a fiscalização ocorrerá na sede da empresa e em épocas determinadas, tais como em até 10 dias do fechamento do mês. O que não pode ocorrer é a fixação de prazos exíguos, como por exemplo, menos de 30 dias para empresas de grande porte, ou ainda vetar o sócio ou cotista a se fazer acompanhar de experto ou de empresa de auditoria na diligência de fiscalização, desde que mantido o sigilo das informações.

Nas Limitadas pode ocorrer, no entanto, que o contrato dispõe sobre a aplicação subsidiária da Lei das S/A. Nesse caso, é imperativo concluir pela aplicação do art. 105 da Lei das S/A para limitar aos titulares de mais de 5% do capital o acesso aos livros e à documentação. Ou seja, trata-se de uma limitação legal ao exercício do direito de fiscalização do cotista, sem, no entanto, afastar a prerrogativa de apuração de eventuais fundadas suspeitas de graves irregularidades.⁷⁰⁰

⁶⁹⁵ - EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, Bushatsky, 1979, v.1, p. 283-284.

⁶⁹⁶ - MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, São Paulo: Saraiva, 2003, 2º v., p. 351-352.

⁶⁹⁷ - ALOYSIO LOPES PONTES, *Sociedades Anônimas*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. II, p. 31-33.

⁶⁹⁸ - TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por ações*, 2ª ed, Forense, 1953, v. II, p. 29-40.

⁶⁹⁹ - ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO, *Lei das sociedades por ações anotada*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 182-189.

⁷⁰⁰ - “Se, entretanto, for feita previsão de aplicação supletiva da Lei das Sociedades Anônimas, os sócios só terão acesso aos livros sociais nas condições do artigo 105, da Lei nº 6.404/76, isto é, sempre que forem titulares de mais de 5% do capital social e sejam apontados atos violadores da lei ou do contrato social, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas pelo órgão de administração” (SÉRGIO CAMPINHO, *O direito de empresa à luz do novo código civil*, 6ª ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 238).

Trata-se do direito instrumental de informação⁷⁰¹ que é intrínseco ao direito de fiscalização do acionista, a fim de que este tenha conhecimento da real situação da companhia e, com isso, possa manifestar-se com segurança e propriedade nas assembleias. Referido direito está previsto no art. 157 da Lei das S/A, sob pena de responsabilização (art. 158, inc. II) de quem a descumprir, seja em companhias abertas ou fechadas.

Não se pode esquecer também da função de fiscalização do Conselho Fiscal das companhias, conferida pelo art. 163 da Lei das S/A, que, conforme destaca ALFREDO SÉRGIO LAZZARESCHI NETO, é a regra geral de fiscalização dos atos societários “e não a fiscalização direta pelos acionistas”.⁷⁰² Há, ainda, a fiscalização por meio de auditores independentes, e demais órgãos da companhia, tal como o Conselho de Administração.

Ou seja, da mesma forma como o Conselho Fiscal tem o direito de investigar as contas da companhia para exercer seu direito de fiscalização, tem o acionista o direito de acessar todas as informações necessárias para, em caso de irregularidade, viabilizar a defesa de seus interesses, seja pela via interna em assembleia, seja propondo a medida judicial correspondente e necessária para a tutela de seus direitos. Trata-se de verdadeiro instrumento de controle de legalidade dos atos societários, como bem reconhece MODESTO CARVALHOSA: “os direitos de informação, de fiscalização e de inspeção, e correspondentes direitos de ação, exercidos pelos acionistas (...), fundam-se no princípio da verificação da legalidade e da legitimidade (abuso e desvio de poder) dos atos praticados pelos órgãos da companhia e pelos controladores (...). Qualquer cerceamento ou impedimento, por ação ou omissão do exercício desses direitos, poderá ser objeto de medida judicial”.⁷⁰³

Esse verdadeiro controle de legalidade tem mais realce em oportunidades nas quais a companhia nega ao acionista o pedido de exibição de livros ou documentos societários. Nesses casos, é imprescindível a propositura de medida judicial contra a companhia, cujo objetivo é unicamente o acesso à documentação solicitada. Exibidos os documentos, se for constatada a regularidade, simplesmente deu-se vazão ao exercício do acionista de seu direito de fiscalização. Caso sejam constatadas quaisquer

⁷⁰¹ - MARCELO VIEIRA VON ADAMEK, Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 170 e ss.; WALDIRIO BULGARELLI, Regime Jurídico da proteção às minorias nas S/A, Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 90.

⁷⁰² - Lei das sociedades por ações anotada, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 164.

⁷⁰³ - Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4ª ed., 2º vol., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 355.

irregularidades, deve-se propor a medida judicial pertinente (p.ex.: ação de responsabilidade prevista no art. 159 ou ainda a ação de nulidade de deliberação assemblear prevista no art. 133, *caput*, incs. I-V, §2º, ambos da Lei das S/A), já que a cognição da medida de exibição se limita à própria exibição. O problema reside mesmo quando houver resistência ao pedido de apresentação da documentação, oportunidade na qual será preciso uma medida de força, no mais das vezes urgente.

Para quaisquer dos casos, o requisito imposto pela Lei das S/A é o de que o pedido de exibição de livros seja formulado por acionistas que representem, ao menos, 5% do capital social.⁷⁰⁴ Contudo, é importante pontuar que tal disposição não exclui os acionistas com participação menor que os 5% do capital social de requererem a exibição de documentos referentes a operações específicas, mormente quando tal exibição se torne necessária para possibilitar a defesa em juízo de direitos que esses mesmos acionistas possam ter em face da companhia.⁷⁰⁵

Há ainda de se consignar que o membro do Conselho de Administração e o membro do Conselho Fiscal também detêm o direito de fiscalização, aquele com fundamento no art. 142 e este no art. 163, ambos da Lei das S/A, além de ser inerente à própria atividade de ambos no âmbito da companhia. Ou seja, com fundamento no direito material, a legitimidade de ambos para requerer a exibição judicial é patente. É importante mencionar que não é invariavelmente necessário apontar, muito menos provar, atos violadores da lei ou do estatuto ou suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia para exercício do direito de fiscalização ou para requerer judicialmente a exibição de livros ou documentos societários. Evidentemente que existente tal prova ou fundado receio, com mais razão ainda é permitida a medida cautelar de exibição para o exercício do direito de fiscalização.

Contudo, conforme posicionamento da jurisprudência pátria, a inexistência de menção a atos violadores ou de graves irregularidades não pode impedir o exercício do direito de fiscalização.⁷⁰⁶ Isso porque, parece improvável que os acionistas (e com muito mais razões os membros dos Conselhos de Administração e Fiscal) tenham

⁷⁰⁴ - Em interessante precedente jurisprudencial restou consignado que “em hipótese alguma a produção antecipada de provas será processada com o único objetivo de constranger, coagir ou obrigar alguém ou uma empresa ... a exibir seus livros e sua escrituração contábil para perícia ... Em suma ... estão tentando transformar a medida cautelar antecipatória de prova em verdadeiro procedimento investigatório, que foge, completamente, ao seu escopo” (TJ-SP, 8ª Câ., AI 171.434-4/9, rel. Des. ZÉLIA MARIA ANTUNES ALVES, j. 5.2.2001).

⁷⁰⁵ - TJ-RJ, 16ª Câ., A.C. 2004.001.21872, rel. Des. MÁRIO ROBERT MANHEIMER, j. 31.5.2005.

⁷⁰⁶ - TJ-SP, 9ª Câ., AI n. 236.907.4/0, rel. Des. RUI TER OLIVA, j. 30.4.2002, in JTJESP 258/314.

deveres e responsabilidades perante a companhia e não possam agir individualmente para obter informações necessárias ao desempenho de suas funções legais e estatutárias (no caso dos conselheiros). E mais, se fossem exigidas provas concretas de irregularidades na administração de quem justamente dela não participa diretamente, estar-se-ia diante do “sepultamento de qualquer medida de verificação”.⁷⁰⁷

Ora, evidente, nessa esteira, que sem acesso às informações sobre os atos de gestão da companhia, haverá cerceamento do poder-dever de fiscalizar os negócios sociais e de deliberar segundo esse conhecimento (no âmbito das assembléias ou dos conselhos), com consequência até de responder civilmente por eventuais prejuízos derivados de uma má-gestão ou de uma deliberação contra os interesses da companhia.

52-

DEMANDA JUDICIAL PARA CONFERIR EFETIVIDADE AO DIREITO DE FISCALIZAÇÃO

Cumpridos os requisitos previstos no art. 105 da Lei das S/A, ao acionista é conferido o direito de propor a medida cautelar de exibição de documentos, com o objetivo de exercer seu direito de fiscalização. Essa medida tem como fundamento, como mencionado, confirmar ou afastar de uma vez por todas suspeitas de irregularidades apontadas, a fim de saná-las e consequentemente responsabilizar quem ocasionou a situação.

Nada obstante essa demanda ter seu fundamento no direito material à informação e de fiscalização os negócios sociais, há quem sustente tratar-se, também, de um direito autônomo à prova. DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES defende essa idéia afirmando que “é inegável que o sócio, ao pedir a exibição de livros e dos papéis de escrituração comercial, ainda que exclusivamente para tomar conhecimento da situação atual da sociedade, fará prova dessa situação atual, o que inclusive, poderá fornecer subsídios a propor uma demanda judicial que não era seu objetivo originalmente ou utilizá-la em demanda futura”.⁷⁰⁸

⁷⁰⁷ - TJ-SP, 8ª Câm. Férias, Ap. Civ. N. 144.857-4/6-00, rel. Des. ÁLVARES LOBO, j. 3.3.2004, in RJTJESP 278/188.

⁷⁰⁸ - Ações probatórias autônomas, Saraiva, 2008, p. 259.

Não obstante o fato de o art. 105 da Lei das S/A diga respeito a apenas os “livros da companhia”,⁷⁰⁹ é plenamente possível que o pedido de exibição abranja também outros documentos da sociedade, bastando que seja demonstrada a verossimilhança das alegações (p.ex.: a possibilidade de irregularidades e violações à lei ou ao estatuto ou ainda a importância da documentação para a defesa dos interesses do solicitante) e que a investigação a esses outros documentos possa impedir o acesso à justiça, na medida em que a propositura de demanda judicial na defesa de seus interesses dependa desse exame.

Aliás, nesses casos, não se aplica a Súmula 260 do Supremo Tribunal Federal a qual dispõe que “*o exame de livros comerciais, em ação judicial, fica limitado às transações entre os litigantes*”. Isso porque, como o que se pretende na cautelar de exibição de livros e documentos societários proposta por acionista ou conselheiro é a efetivação do direito de fiscalização, não é lógico limitar a exibição a elementos estritamente vinculados aos litigantes sob pena de inviabilizar o exercício de seu próprio poder-dever perante a sociedade. A atividade de fiscalização deve ser a mais ampla possível, podendo, *in casu*, o acionista verificar todos os negócios da companhia, ainda mais quando que deles decorra alguma alegação verossímil de irregularidade.⁷¹⁰

Isso porque, a medida cautelar de exibição de documentos tem cunho satisfativo, já que a mera apresentação dos documentos pela sociedade satisfaz o direito material (direito à exibição para fins de fiscalização). Dessa forma, em casos onde se busca a satisfação de uma pretensão decorrente do direito material a medida cautelar pode ser admitida.⁷¹¹

E mais, a medida cautelar de exibição de livros ou documentos societários poderá ser deferida liminarmente somente se estiver presente a hipótese do

⁷⁰⁹- “Art. 105. A exibição por inteiro dos livros da companhia pode ser ordenada judicialmente sempre que, a requerimento de acionistas que representem, pelo menos, 5% (cinco por cento) do capital social, sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia”.

⁷¹⁰- TJ-RJ, 13ª Câm., A.C. n. 2002.001.6535, rel. Des. ANTÔNIO JOSÉ DE AZEVEDO PINTO, j. 16.10.2002.

⁷¹¹- Nesse sentido: “Processual civil. Medida cautelar. Exibição judicial. Art. 844/CPC. - Em princípio, as medidas cautelares estão vinculadas a uma ação principal, ou a ser proposta ou já em curso (art. 800/CPC). - Todavia, a jurisprudência, sensível aos fatos da vida, que são mais ricos que a previsão dos legisladores, tem reconhecido, em certas situações, a natureza satisfativa das cautelares, quando se verifica ser despicienda a propositura da ação principal, como na espécie, em que a cautelar de exibição exaure-se em si mesma, com a simples apresentação dos documentos. - Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido” (STJ, REsp n. 59.531-SP, 4ª T., rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, j. 26.8.97, DJ 13.10.97).

art. 804 do Código de Processo Civil, ou seja, se o réu, citado, puder tornar ineficaz a medida cautelar. Assim, não estando presente essa possibilidade, a qual deve ser demonstrada nos estritos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a medida liminar não poderá ser deferida sem a oitiva da parte contrária, sob pena de violação também ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (CF, art. 5º, incs. LIV e LV).⁷¹²

Nesse contexto, merece destaque o art. 358, inc. I, do Código de Processo Civil, pelo qual o juiz não admitirá a recusa do réu da medida cautelar de exibição de livros societários (*in casu* a companhia) se tiver ele a obrigação legal de exhibir.⁷¹³ Isso porque, o art. 359 do Código de Processo Civil determina que, se o réu não exhibir a documentação pleiteada, nem justificar essa atitude no prazo de 5 (cinco) dias, serão admitidos como verdadeiros os fatos que o autor (*in casu* o acionista) pretendia provar e o art. 362 prevê a hipótese de busca e apreensão: duas consequências, diga-se de passagem, nem sempre muito efetivas quando se fala em livros e documentos societários.

53- INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 372 DO STJ AOS CASOS SOCIETÁRIOS

A Súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que “na ação de exibição de documentos não cabe à aplicação de multa cominatória”.

Nada obstante a orientação jurisprudencial no sentido de inviabilizar a fixação de astreintes para a obrigação de exhibir documentos, é fácil perceber

⁷¹²- Em interessante julgado foi decidido que “não se justifica o afastamento do contraditório, para possibilitar a exibição integral pretendida. Ouvidas as rés, e vindo os autos elementos suficientes de convicção, poderá o MM. Juiz, então assim, munido de dados objetivos, concluir num ou noutro sentido. Por outro lado, não se pode deixar de levar em conta que o atendimento liminar do pleito, inaudita altera parte, implica em antecipação de provimento jurisdicional de caráter satisfativo. Quebrado o sigilo comercial das rés, e atendida a pretensão das autoras, o prosseguimento do feito estaria concretamente prejudicado. As autoras já teriam obtido a prestação jurisdicional que vieram impetrar, e as rés, sem sequer ter sido ouvidas, já teriam perdido a demanda” (TJ-SP, 7ª Câmara, AI 183.537-4, rel. Des. SALLES DE TOLEDO, j. 9.5.2001, in JTJESP). No mesmo sentido: TJ-SP, 10ª Câmara, AI n. 393.026-6-00, rel. Des. JOÃO CARLOS SALETTI, j. 19.7.2005.

⁷¹³- Comentando o mencionado dispositivo legal, FABIO TABOSA afirma que “a primeira das hipóteses específicas tratadas pelo dispositivo em comento diz respeito ao rever que o requerido, no plano da relação material mantida para com o requerente da exibição, tenha de apresentar o objeto assim que solicitado (em outras palavras, de direito à exibição); podem ser lembrados, nesse sentido, os exemplos da sociedade perante o sócio, quanto aos livros respectivos (...)” (Código de Processo Civil interpretado, coord: ANTONIO CARLOS MARCATO, 3ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 1.151)

hipóteses em que tal orientação não tem sentido. Em determinados casos como o de exibição de livros ou documentos societários, é fácil perceber que se não for aplicada a sanção de imposição de multa, pode haver prejuízo à efetividade da ordem de exibição de documentos caso a companhia se recuse a franquear ao acionista o acesso à documentação ou aos livros. Na mesma linha, prejudicado estará também o dever de a companhia informar ao acionista, bem como o direito deste de fiscalizar aquele. Isso porque, as soluções propugnadas pelos arts. 359 e 362 não são suficientes para resolver a questão.⁷¹⁴

Isso porque, como se viu acima (I) o acionista possui um direito autônomo à análise dos documentos societários, o que torna obrigatória a exibição dos documentos pela sociedade; (II) o réu da medida cautelar não pode se recusar a exibir a documentação solicitada em juízo, por conta da obrigação acima; e (III) as *astreintes* visam a efetivar a satisfação do direito pleiteado pela parte em determinada demanda.

Em decorrência desses três argumentos, pode-se concluir pela impropriedade da aplicação da Súmula n. 372 do Col. Superior Tribunal de Justiça em casos de medida cautelar de exibição de livros e documentos societários a acionista de Sociedade Anônima.

Primeiro porque referida Súmula foi editada com base em casos fáticos completamente diversos, os quais não se assemelham ao contexto litigioso geralmente presente nas exibições cautelares de livros societários.

Nos termos dos precedentes que deram origem à mencionada Súmula,⁷¹⁵ a multa pelo descumprimento não seria devida porque a recusa da parte em exibir a documentação pode ser resolvida pela presunção de fato contra a parte que teria de apresentá-lo ou pela busca e apreensão.

Em se tratando de documento em poder de terceiro pelo qual se busca a realização de alguma prova, a questão ficaria facilmente resolvida pela presunção do fato contra quem não o apresentou. Obviamente, ciente do fato, é simples concluir a respeito de sua existência ou não e, conseqüentemente, concluir pela sua existência caso a parte que detém o documento não o apresente em juízo. É o exemplo do recibo de

⁷¹⁴- Lembre-se de que a propositura da medida cautelar em questão decorre do direito autônomo à análise da documentação (livros e documentos societários) para exercício do direito de fiscalização, previsto no art. 105 da Lei n. 6.404/76. E como já visto, há também a obrigação de a sociedade exibir os documentos nos arts. 109, inc. III e § 2º, e 133, caput e inc. V, ambos da Lei n. 6.404/76.

⁷¹⁵- AGA 828.342-GO, RESP 204.807-SP, RESP 433.711-MS, RESP 633.056-MG, RESP 981.706-SP.

quitação, o qual, não apresentado pela parte que o detém, poderia perfeitamente gerar a consequência de inexistência da própria quitação.

A busca e apreensão, por sua vez, seria a medida cabível também para tornar efetiva a exibição dos documentos, caso não seja atendida espontaneamente a ordem judicial de exibição. Essa solução é perfeitamente eficaz em se tratando de contrato celebrado entre duas partes, hipótese na qual o juiz poderá exigir que a parte apresente a via em seu poder, sob pena de busca e apreensão. Em se tratando de livros societários ou documentos correlatos, essas duas soluções no mais das vezes se mostram inócuas.

Deve-se ponderar que se os documentos societários não forem exibidos, o acionista não poderá exercer seu direito de fiscalização. O acionista não poderá se valer da consequência de presunção de prova contrária aos interesses da companhia ou também da presunção de irregularidades porque se pode não ter ciência de um fato irregular concreto ou mesmo de uma transação com terceiros.

Além do mais, o interesse aqui pode ser o de apenas fiscalizar os negócios da companhia e não simplesmente apurar irregularidades. Pode o interesse, no mesmo sentido, ser apenas o de ter acesso à informação para a tomada de posição em deliberações ou em aprovações de contas.

Da mesma forma, não se mostra sempre eficaz a solução de buscar e apreender os livros caso a companhia não franqueie o acesso e a sua ciência ao acionista. É cediço que os livros sociais não podem deixar a sede da companhia, em razão do sigilo da contabilidade mercantil. Com relação a isso, MODESTO CARVALHOSA destaca que em razão da dicotomia existente entre o irrecusável direito da sociedade de manter o segredo de sua escrituração e o direito intangível dos acionistas de fiscalizarem a sociedade, deve subsistir o direito dos acionistas.⁷¹⁶

Ainda em respeito ao sigilo da contabilidade mercantil, é importante destacar que a ordem a ser pleiteada pelo acionista é apenas a de exibição dos documentos e livros societários, e não o de retirada ou entrega, a que ele não tem direito. A alternativa prevista no art. 382 do Código de Processo Civil de fornecimento de cópias, por exemplo, se mostra muito mais adequada.

O acionista, por maior que seja o seu direito de fiscalização, não tem o direito de retirar os livros da sede da companhia, nem tampouco documentos

⁷¹⁶ - MODESTO CARVALHOSA, Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 4ª ed, 2º vol., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 239.

originais, medida essa, aliás, de forma desmedida frente à necessidade de fiscalização. Por outro lado, a sociedade não pode ser privada de seus livros, em decorrência de suas obrigações perante terceiros, tais como órgãos públicos. E mais, ainda com relação à busca-e-apreensão, é importante ressaltar que o exercício do direito de fiscalização do acionista não pode prejudicar o andamento dos negócios sociais e a formalização de atas, contratos, escriturações e etc., os quais, muitos deles, dependem de anotações imediatas nos livros de registro da companhia.

Por isso que a ordem de apreensão desses livros (prevista também no *caput* do art. 1.191 do Código Civil) se mostra dezarrazoada se deferida logo de plano ou desacompanhada da fundamentação das razões fáticas que demonstram ser essa a única saída para o impasse. Assim, a apreensão deve ser considerada como medida de força extrema, uma última alternativa e contra uma injustificada e manifesta resistência.

Portanto, em casos como esses, a única forma de se dar efetividade, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, à ordem cautelar de exibição dos livros e documentos societários é a aplicação de multa diária (*astreintes*). Por meio dela, as companhias serão obrigadas a franquearem a consulta da documentação ao acionista.

Aliás, é importante frisar que de nada adianta franquear o acesso aos livros e à documentação se não forem fornecidas condições mínimas para que a fiscalização ocorra materialmente. Isso significa que é muito importante atentar ao prazo para consulta à documentação na sede da companhia ou as condições do local em que isso será feito, de tal modo que o tempo seja proporcional à documentação disponibilizada e o local apropriado. No cotidiano forense são comuns histórias de que companhias franqueiam os documentos e informações ao acionista, mas estipulam um único dia para que isso seja feito, em condições e local que tornam inviável a verificação. Ou mesmo histórias de minoritários profissionais que criam toda sorte de exigências, criando embaraços em seu próprio direito de fiscalização para depois veler-se dessa circunstância objetiva para outros fins.

Da mesma forma que tais expedientes de aparente legalidade de conduta de ambas as partes não podem ser aceitos, diga-se de passagem, comuns em situações de conflito societário acirrado, é evidente que eventuais excessos devem ser corrigidos. E os critérios de aferição pelo juiz deverão sempre ser os de razoabilidade e proporcionalidade, identificando o juiz, à luz do caso concreto, a saída mais adequada. Disponibilização de cópias reprográficas, fixação de prazo mais condizente com o volume

de informações ou ainda estipulando a documentação em rol específico a ser entregue são algumas das inúmeras alternativas que se antevê para a resolução do problema.

De igual relevância é a possibilidade de o acionista se valer de acompanhamento de experto, já que pode ocorrer, com de fato ocorre com usual frequência, de o acionista não deter o estado da arte para a análise dos dados constantes dos livros e documentos societários. Nesse caso, não importa se pessoa física ou jurídica. A possibilidade de extração de cópias e de realização de anotações deve ser levada em consideração também, o que conta inclusive com fundamento legal específico, no art. 382 do Código de Processo Civil: “o juiz pode, de ofício, ordenar à parte a exibição parcial dos livros e documentos, extraindo-se deles a suma que interessar ao litígio, bem como reproduções autenticadas”. No mais das vezes, é necessária a análise de forma mais detida em outros locais físicos ou a comparação com dados e informações contidas em outros locais, com o que a reprodução reprográfica se adéqua perfeitamente.

O contraponto aqui é o sigilo das informações, que dispensa maiores comentários além daqueles de que o acionista deve preservar acima de tudo, sob pena de responsabilização. Caso o juiz tenha fundada suspeita de que os dados possam vazar e o sigilo ser violado, está em seu direito geral de cautela regulamentar de alguma outra forma a realização de cópias ou anotações que consiga equilibrar a garantia de sigilo com o direito de fiscalizar, tudo sob os auspícios da razoabilidade e proporcionalidade.

É curioso que em determinadas circunstâncias, a jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes da edição da referida Súmula n. 372, admitiu a possibilidade de aplicação de multa diária quando essa é a única forma de se emprestar efetividade à ordem de exibição.⁷¹⁷ Em todos esses casos, o próprio Superior

⁷¹⁷- “Assente a jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade da fixação da multa diária diante do descumprimento da obrigação de exibir documentos, como medida garantidora da efetividade da determinação judicial, tal qual restou consignado no acórdão recorrido, não sendo a imposição contrária ao que prescreve o artigo 461 do Código de Processo Civil” (STJ, REsp n. 732.471-RS, 3ª T., rel. Min. CASTRO FILHO, j. 29.11.06, DJ 18.12.06.). “Esta Corte entende inexistir ofensa ao art. 461 do Código de Processo Civil, quando fixada multa cominatória para garantir a eficácia da determinação judicial de exibição de documento. Precedentes das duas Turmas que compõem a Egrégia Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça” (STJ, AgRg no Ag n. 663.444-RS, 4ª T., rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, j. 17.10.06, DJ 20.11.06). “A multa cominatória fixada pelo Tribunal de origem teve por objetivo garantir a eficácia da determinação judicial de exibição de documento, procedimento que não ofende o art. 461 do CPC, sendo que, uma vez efetivamente cumprida a obrigação de fazer, não haverá ônus para a parte. Precedentes” (STJ, AgRg n. REsp n. 718.377-RS, 4ª T., rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 2.8.05, DJ 22.8.05). “Agravo interno. Decisão negando seguimento ao agravo de instrumento. Ação cautelar. Exibição de documentos. Liminar. Concessão. Prazo razoável para realizar a exibição. Imposição de multa diária para o caso de descumprimento. Valor adequado ao caso. Caráter inibitório. Possibilidade. Decisão monocrática acertada. Hipótese prevista no artigo 557, caput, do

Tribunal de Justiça reconheceu que há hipóteses nas quais a busca e apreensão ou a consequência de fazer prova contra a pessoa que não exibiu o documento não são suficientes para satisfação do direito material que deu ensejo à medida cautelar de exibição.

E não são mesmo. O art. 1.192 do Código Civil estipula que a não apresentação dos livros gera prova contra quem não os apresentou, em uma das hipóteses do artigo antecedente (art. 1.191, § 1º). Contudo, o próprio dispositivo retira boa parte dessa eficácia estabelecendo no parágrafo único que “a confissão resultante da recusa pode ser elidida por prova documental em contrário”. Ou seja, é muito mais efetiva a aplicação de multa do que a instituição de uma presunção de fato na qual a própria lei admite que pode ser elidida por prova documental, que nos conflitos societários sempre se mostra farta, técnica e de difícil análise por quem não é expert.

Dessa forma, a Súmula n. 372 do Superior Tribunal de Justiça não será sempre aplicável para o caso de medidas cautelares de exibição de livros e documentos societários, constituindo a multa diária, na maioria das vezes, o único instrumento eficaz para dar efetividade à ordem de exibição.

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO VIII MEDIDAS URGENTES NA ARBITRAGEM EM MATÉRIA SOCIETÁRIA</p>
--

54-
RELEVÂNCIA DA ARBITRAGEM EM MATÉRIA SOCIETÁRIA

Como bem citado por SELMA LEMES, “hoje, a arbitragem como forma de solução de controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis é uma realidade presente nas transações comerciais”.⁷¹⁸ Esse posicionamento vem ao encontro de um anseio existente há muito na sociedade brasileira, quicá do mundo inteiro, de buscar meios alternativos de solução de conflitos diante da incapacidade de o Poder Judiciário cumprir com excelência o monopólio estatal da jurisdição.

“A sensibilização dos operadores econômicos em relação aos valores patrimoniais embutidos nos relacionamentos negociais levou ao surgimento de uma mentalidade voltada à preservação desses vínculos”.⁷¹⁹ Tal postura foi traduzida pela forma pragmática na busca de mecanismos e meios capazes de soluções alternativas de solução de conflitos, já que a Justiça Comum não conseguia acompanhar toda essa evolução, nem tampouco atender aos anseios de rapidez na resposta, celeridade nas decisões, especificidade dos julgadores e sigilo das informações, inerentes aos negócios empresariais.⁷²⁰

Nessa perspectiva é que a arbitragem se afigura importante válvula de escape para solução dos conflitos empresariais, seja pela necessidade de uma resolução rápida, seja pela manutenção, nada obstante os conflitos, dos negócios sociais. “Nesse tipo de vínculo empresarial, a superveniência de alguma controvérsia é um evento circunstancial e isolado, que não pode comprometer os relacionamentos empresariais que embutem forte conotação econômica e de posição estratégica em um mercado competitivo e acirrado”.⁷²¹

⁷¹⁸- “A arbitragem e a jurisprudência paulista”, in Dez anos da lei de arbitragem – aspectos atuais e perspectivas para o instituto, Lumen Juris, 2007, Rio de Janeiro, pp. 171-182, p. 171.

⁷¹⁹- EDUARDO SILVA DA SILVA, Arbitragem e direito de empresa, RT, 2003, São Paulo, p. 198.

⁷²⁰- “A arbitragem comercial internacional ou empresarial é uma necessidade das empresas em tempos de aceleração do comércio internacional e mesmo da integração das economias” EDUARDO SILVA DA SILVA, Arbitragem e direito de empresa, RT, 2003, São Paulo, p. 217.

⁷²¹- EDUARDO SILVA DA SILVA, Arbitragem e direito de empresa, RT, 2003, São Paulo, p. 216.

Ou seja, a arbitragem se apresentou como a alternativa mais adequada para que, na hipótese de conflitos empresariais ou negociais, uma solução fosse dada de forma célere e que não significasse uma ruptura dos relacionamentos comerciais.⁷²² Até porque, a doutrina já vinha há muito tempo afirmando que “a solução para as quizilas capitalistas, de grande ou médio porte, é encontrada longe do Judiciário, e inegável que estas empresas a ele não recorrem, preferindo solução arbitrada, através de pessoas escolhidas pelos litigantes, sem qualquer preocupação com estar ou não investido do poder de império”.⁷²³

O fato é que, passado algum período desde a edição da Lei da Arbitragem, acrescido da importante circunstância objetiva de confirmação pelo Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade da Lei de Arbitragem,⁷²⁴ essa alternativa para a solução de conflitos se consolidou efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro no que se refere a conflitos societários. Em estudo específico a respeito da jurisprudência paulista sobre arbitragem, enfatiza SELMA LEMES que a participação do Poder Judiciário tem sido determinante para a consolidação do instituto aos negócios empresariais, seja reafirmando a força e importância da arbitragem em decisões judiciais, como também pela participação de magistrados na elaboração de estudos doutrinários sobre o assunto.⁷²⁵

55- MEDIDAS URGENTES E PROCESSO ARBITRAL

Desde que se tem notícia do empenho da doutrina processual de tentar mitigar os efeitos deletérios do que FRANCESCO CARNELUTTI denominou de tempo-inimigo⁷²⁶ no processo ou mesmo do dano marginal⁷²⁷ decorrente da lentidão de um

⁷²²- Essa conclusão está ainda de acordo com a doutrina, quando essa aponta que a cláusula compromissória “serve justamente como estrutura de conservação dos relacionamentos negociais” (EDUARDO SILVA DA SILVA, *Arbitragem e direito de empresa*, RT, 2003, São Paulo, pp. 199).

⁷²³- CAETANO LAGRASTA, “A quem interessa a arbitragem?”, in *Revista do IASP*, ano 12, n. 23, janeiro/junho 2009, pp. 36-48, p. 37.

⁷²⁴- A respeito do julgamento e seus meandros, confira: EDUARDO SILVA DA SILVA, *Arbitragem e direito de empresa*, RT, 2003, São Paulo, n. 1.4.1, pp. 176 e ss..

⁷²⁵- “A arbitragem e a jurisprudência paulista”, in *Dez anos da lei de arbitragem – aspectos atuais e perspectivas para o instituto*, Lumen Juris, 2007, Rio de Janeiro, pp. 171-182, p. 182.

⁷²⁶- *Diritto e Processo*, Morano, 1953-1958, n. 232, pp. 353-355. Sobre essa preocupação na doutrina nacional, por todos: CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A reforma da reforma*, Malheiros, n. 46, pp. 90-91.

processo judicial, os temas relativos à aceleração dos procedimentos e da tutela jurisdicional justa e tempestiva têm ocupado lugar de destaque nos debates jurídicos no Brasil e no mundo. E, nesse contexto, o estudo das medidas urgentes no processo civil tem importância ímpar, tanto é que foi o carro-chefe das reformas do Código de Processo Civil nos últimos 15 anos (p.ex. art. 273) e do projeto do Novo Código de Processo Civil.

A fim de evitar dano irreparável ou de difícil reparação, de forma a garantir não só o resultado útil e prático do processo, mas também o próprio bem da vida discutido, o juiz no processo judicial tem à sua disposição as medidas cautelares (CPC, art. 798 e ss.) e antecipatórias do provimento jurisdicional (CPC, art. 273).

No processo arbitral, assim como no processo judicial, o árbitro certamente se defrontará com situações nas quais será necessário mitigar os efeitos deletérios do tempo no processo, de forma a garantir eficácia da sentença arbitral, a preservação do bem da vida ou mesmo a autoridade de seus provimentos jurisdicionais. Independentemente se judicial ou arbitral, como “a presteza da atividade jurisdicional constitui aspecto fundamental para o acesso à justiça”⁷²⁸, o processo não pode servir de fonte de vantagens econômicas para aquele que não tem razão, como bem ressalta PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON.⁷²⁹

Antes do advento da Lei de Arbitragem em 1996, o Código de Processo Civil tratava do processo arbitral e assim dispunha no arts. 1.086 e 1.087 a respeito do poder cautelar dos árbitros na concessão de medidas urgentes: “Art. 1.086. O juízo arbitral pode tomar depoimento das partes, ouvir testemunhas e ordenar a realização de perícia. Mas lhe é defeso: I - empregar medidas coercitivas, quer contra as partes, quer contra terceiros; II - decretar medidas cautelares. Art. 1.087. Quando for necessária a aplicação das medidas mencionadas nos números I e II do artigo antecedente, o juízo arbitral as solicitará à autoridade judiciária competente para a homologação do laudo”.

Em razão da pequena utilização da arbitragem no Brasil antes do advento da Lei de Arbitragem, a jurisprudência não teve oportunidade de manifestar-se direito a respeito e a doutrina não se interessou a fundo no tema. Apesar de pequena

⁷²⁷- PIERO CALAMANDREI, Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares, Servanda, Campinas, 2000, pp. 111-112.

⁷²⁸- PAULO HENRIQUE DOS SANTO LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, RT, 2000, p. 172.

⁷²⁹- PAULO HENRIQUE DOS SANTO LUCON, Eficácia das decisões e execução provisória, RT, 2000, p. 172.

parcela da doutrina já defender a possibilidade de o árbitro conceder medidas cautelares⁷³⁰, a obscura redação do Código de Processo Civil sugeria o contrário, razão pela qual restava à parte (no mais das vezes) recorrer ao Poder Judiciário sempre que entendesse presentes os pressupostos de perigo de dano e de fumaça do direito.

Após a entrada em vigor da Lei de Arbitragem, a possibilidade de o árbitro proferir medidas cautelares foi prevista com um pouco mais de clareza, nada obstante a linguagem indireta e pouco incisiva utilizada na redação do art. 22, §4º: “Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. (...) § 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”.

Mesmo diante dessa nova ótica processual arbitral e logo após o início de vigência da nova lei, houve ainda quem sustentasse a impossibilidade de o árbitro proferir quaisquer medidas cautelares⁷³¹ ou mesmo que tal poder somente legitimar-se-ia caso houvesse expressa disposição na convenção de arbitragem.⁷³²

Evidentemente, passados muitos anos da entrada em vigor da Lei de Arbitragem, a melhor doutrina nacional⁷³³ já se posicionou a favor do poder cautelar do árbitro, o que foi amplamente consagrado pela jurisprudência pátria. É sobre essa ótica, cujo tema restou demonstrado ser de relevância não só acadêmica, mas também de ordem prática, é que se desenvolve o estudo sobre as medidas urgentes na arbitragem.

⁷³⁰- CARLOS ALBERTO CARMONA, *A Arbitragem no processo civil brasileiro*, Malheiros, 1993, p. 108-109.

⁷³¹- PAULO FURTADO e ULADI L. BULOS, *A Lei de Arbitragem Comentada*, Saraiva, 1997, p. 93. Na doutrina alienígena (principalmente a italiana) o posicionamento parece ser bem simpático à tese de inexistência de poder cautelar do árbitro: LINO HENRIQUE PALÁCIO, *Manual de derecho procesal civil*, 17ª ed., Abeledo-Perrot, 2003, Buenos Aires, n. 547 e ss., pp. 899 e ss.; SERGIO LA CHINA, *L'arbitrato – il sistema e l'esperienza*, Giuffrè, 1995, p. 97-98; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, 1994, p. 861; SALVATORE SATTA, *Direito processual civil*, vol. II, Borsoi, 1973, p. 779 (trad. LUIZ AUTUORI); GABRIELLA RAMPAZZO GONNET, *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, 3ª ed., CEDAM, 1994, p. 1.559 (coord. FEDERICO CARPI e MICHELE TARUFFO).

⁷³²- PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, “Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem”, in *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*, LTr, 1997, p. 148.

⁷³³- CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo*, Atlas, 2ª ed., 2004, p. 266; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, *Arbitragem*, Lumen Juris, 5ª ed., 2009, p. 93.

56-

JURISDIÇÃO, ARBITRAGEM E LIMITES DO PODER DO ÁRBITRO

Se a jurisdição é considerada como poder no plano da soberania nacional, função nos limites das atribuições do Estado e atividade no processo,⁷³⁴ ou ainda como “uma das expressões do poder do Estado, que é uno,”⁷³⁵ não é difícil concluir que o árbitro possui todas essas qualidades. Tanto é que a doutrina moderna caracteriza a arbitragem como uma solução de conflitos jurisdicional.⁷³⁶

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, citando JELLINEK, afirma que entre o poder do Estado federal e do Estado membro não há repartição da soberania ou mesmo do próprio poder do Estado; o que é repartido é o objetivo ao qual se dirige a atividade estatal e não a atividade subjetiva a que esse poder se refere porque “o que se diz para a ‘repartição’ do poder no plano vertical do federalismo é válido igualmente para a suposta repartição no plano horizontal da separação de ‘Poderes’”.⁷³⁷

A dúvida reside na confusão entre o exercício do poder com o exercício da força, já que equivocadamente se toma atos de força como aqueles inerentes ao exercício da jurisdição. Não é essa a melhor interpretação porque apesar de o árbitro não poder decretar prisões, os juízes trabalhistas também não possuem tais poderes; apesar de o árbitro não poder executar suas decisões efetuando constrições sobre bem alheio, os juízes dos antigos juzizados de pequenas causas, que não possuíam competência para execução de suas sentenças antes da alteração legislativa de 1993 (art. 40 da Lei n. 7.244/84), também não tinham. A alegação de que a participação do particular no cumprimento da função jurisdicional também não retira da arbitragem seu caráter jurisdicional não prevalece porque isso sempre ocorreu com o Tribunal do Júri, muito

⁷³⁴ - CELSO NEVES, *Estrutura fundamental do processo civil*, Forense, 1995, p. 28. Ver também CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instrumentalidade do processo*, 6ª ed., Malheiros, nn. 9-17, pp. 77-137.

⁷³⁵ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instrumentalidade do processo*, 6ª ed., Malheiros, n. 15, p. 115.

⁷³⁶ - CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e processo*, 2ª ed., Atlas, 2004, pp. 45-46. Confira também CARLOS ALBERTO CARMONA, “Das boas relações entre juízes e os árbitros”, in *Arbitragem*, Revista do Advogado, n. 51 (out/97), pp. 17-24.

⁷³⁷ - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instrumentalidade do processo*, 6ª ed., Malheiros, n. 15, nota 2, p. 115. A doutrina de Eduardo Silva da Silva, a respeito das tendências atuais no direito processual acerca do conceito de jurisdição e a sua aproximação com o processo arbitral são também relevantes, na medida em que sustenta o seguinte: “o instituto da jurisdição, portanto, teria sido redesenhado, pelos autores citados, pela presença destes dois elementos: um terceiro imparcial e o poder impositivo autoritário ou obrigatório (efeito vinculante da decisão). Ora, ambos os traços estão presentes na arbitragem, o que a aproxima da idéia de de jurisdição” (EDUARDO SILVA DA SILVA, *Arbitragem e direito de empresa*, RT, 2003, São Paulo, p. 172).

embora nunca se tenha suscitado ausência de jurisdição nesses casos.⁷³⁸ Vale notar que a competência do Tribunal do Júri é absoluta e, portanto, a participação do particular é obrigatória para o exercício da jurisdição.⁷³⁹ Assim, percebe-se que em todos os exemplos dados, nunca se cogitou a ausência de jurisdição desses juízes de direito.

O que ocorre de fato é que a ausência de poder de império do árbitro, exclusivo do juiz porque o poder deste último emana do Estado e o daquele primeiro da convenção das partes, não implica ausência de poder jurisdicional.⁷⁴⁰

O árbitro, por convenção das partes, possui poder jurisdicional e atua como juiz de fato e de direito, razão pela qual suas decisões têm também autoridade e imperatividade a ele inerentes. Aliás, a Lei de Arbitragem dispõe no art. 31 que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

O que o árbitro não pode fazer, por lhe faltar competência e legitimidade, é usar a força (este sim monopólio estatal) para fazer valer suas decisões. Caso as partes não se sujeitem às decisões arbitrais, cabe ao árbitro (ou a própria parte

⁷³⁸ - “Muitas vezes, o Estado, com respaldo constitucional, integra o particular no cumprimento da função jurisdicional, como, por exemplo, no Tribunal do Júri, em que seus veredictos são expressão da própria autoridade estatal” (JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM, *Tratado Geral da Arbitragem*, Mandamentos, 2000, p. 55).

⁷³⁹ - VINÍCIUS DE ANDRADE PRADO, “Medidas cautelares no procedimento arbitral”, in *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, série Grupos de Pesquisa n. 1, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, p. 193.

⁷⁴⁰ - A respeito da natureza jurídica da arbitragem, confira LINO FERNANDES DA SILVA JR., *Convenção Arbitral: cláusula arbitral e compromisso arbitral*, Tese de Láurea na Faculdade Autónoma de Direito-FADISP, 2006, pp. 21 e ss. Nada obstante a divergência doutrinária a respeito do tema, uns adotando a teoria privatista (ou contratualista) e outros filiando-se à orientação publicista (ou jurisdicionalista), essa questão se mostra irrelevante para o desenvolvimento do presente tema. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em prefácio, assim se manifestou a respeito da questão: “justificava-se a rígida distinção entre arbitragem e jurisdição estatal, quando da jurisdição e do próprio sistema processual como um todo dizia-se que apenas tinham o mero e pobre escopo de atuação da vontade do direito ou de estabelecer a norma do caso concreto. Superada essa visão puramente jurídica do processo, todavia, e reconhecidos os escopos sociais e políticos muito mais nobres, cai por terra a premissa em que se legitimava a rígida distinção. Se o poder estatal é exercido, sub specie jurisdictionis, com o objetivo de pacificar pessoas e dirimir conflitos com justiça, e se afinal a arbitragem também visa a esse objetivo, boa parte do caminho está vencido, nessa caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem (ou, pelo menos, da grande aproximação dos institutos, em perspectiva teleológica)” (in CARLOS ALBERTO CARMONA, *A arbitragem no processo civil brasileiro*, Malheiros, 1993, prefácio).

prejudicada) pleitear perante o juiz sua efetivação e o cumprimento coercitivo pela parte recalcitrante.⁷⁴¹

Como corolário, portanto, pode o árbitro, não só decidir sobre a causa que lhe é colocada, mas principalmente prover acerca de medidas urgentes necessárias para garantir a efetividade de seu provimento ou do próprio bem da vida discutido no processo arbitral.⁷⁴² Ora, sob a ótica do direito processual com fundamento constitucional, no sentido de que o devido processo legal substancial tem por objetivo a concessão da tutela jurisdicional de modo a resolver o problema de direito material havido entre as partes, nos parece claro que uma justiça tardia (ou cuja sentença tenha perdido sua eficácia pelo transcurso do tempo do processo), viola a própria garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional ou mesmo do devido processo legal.

Soa ilógico que as partes, por meio de compromisso arbitral (ou cláusula arbitral) tenham se manifestado em resolver suas pendências perante um árbitro com poderes limitados.⁷⁴³ Soa da mesma forma ilógico que, havendo necessidade de uma medida urgente, interprete-se restritivamente a cláusula compromissória de forma a não contemplar a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional a ser proferida ao final da arbitragem, estando presentes os requisitos do perigo da demora e de verossimilhança. Assim, em havendo silêncio das partes ou da cláusula, há de se permitir aos árbitros o manejo de medidas urgentes no curso do processo arbitral por se tratar de conclusão em consonância com o sistema processual constitucional (seja ele arbitral ou judicial). Se há no compromisso previsão da possibilidade da concessão de medidas urgentes pelo árbitro no curso do processo arbitral, as partes nada mais fizeram que a ratificação da sistemática arbitral, cujo pressuposto de validade é a própria Constituição Federal.

A dúvida existe se, do contrário, as partes dispuseram que os árbitros não possuem esse poder geral de cautela. Há quem sustente que “nada impede que na convenção de arbitragem estipulem as partes que eventuais medidas cautelares, se

⁷⁴¹- “De igual forma, a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro, reclamará a atuação do juiz togado, toda vez que se fizerem necessárias as coercio e a executio” (SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, “A arbitragem no sistema jurídico brasileiro”, in Revista do Advogado, n. 51, out/97, pp. 7-16, p. 14).

⁷⁴²- Nesse sentido, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “Arbitragem. Cláusula Compromissória. Cognição e Imperium. Medidas Cautelares e Antecipatórias. Civil Law e Common Law. Incompetência da Justiça Estadual”, in Revista do CBA n. 3, jul/set 2004, pp. 56-57.

⁷⁴³- “As partes não podem decidir pela impossibilidade de os árbitros decidirem sobre as medidas cautelares. Não se pode optar por meia jurisdição estatal” (PAULO HOFFMAN, “Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir”, in EDUARDO JOBIM e RAFAEL BICCA MACHADO (coord.), Arbitragem no Brasil – aspectos jurídicos relevantes, Quartier Latin, 2008, pp. 311).

necessárias, sejam diretamente pleiteadas ao juiz togado”.⁷⁴⁴ Não parece ser essa a posição mais acertada porque esses poderes, como já visto, decorrem da própria Lei de Arbitragem e do conceito constituicional de jurisdição. E mais, não se mostra produtivo, no curso da arbitragem, ter dois poderes (de competência repartida nesse caso) decidindo sobre o mérito da questão, mesmo que um deles decida de forma provisória. A nosso ver, portanto, uma vez manifestada a renúncia à resolução do conflito perante o Poder Judiciário, todo o mérito (inclusive as questões de ordem antecipatória) deve ser decidido pelo árbitro.

Como já dito, a doutrina⁷⁴⁵ e a jurisprudência pátrias já se posicionaram a favor do poder cautelar do árbitro, ou seja, que o árbitro possui poder de proferir medidas urgentes no curso do processo arbitral, desde que presentes os requisitos autorizadores e por meio de decisão fundamentada. A parte que se conformar com a medida deve, portanto, cumpri-la. Caso ocorra resistência da parte no cumprimento da medida urgente emitida pelo árbitro, é o Poder Judiciário quem tem o poder de efetivá-la.

No cumprimento da medida por meio do uso da força pelo Poder Judiciário, ressalte-se que não cabe ao juiz de direito, sob pena de extrapolar sua competência, fazer qualquer juízo de valor ou de revisão quanto ao decidido pelo árbitro, mas tão-somente empreender medidas de coerção a fim de que a decisão arbitral seja cumprida nos limites em que deferida.

Como bem ressalta CARLOS ALBERTO CARMONA, tal relação não é de subordinação, mas de verdadeira cooperação decorrente de uma divisão de competência: “é importante ressaltar a relação de coordenação (e não de subordinação) entre árbitro e juiz, para o efeito de tornar o último eficazes as determinações do primeiro. Trata-se de nítida divisão de competência, que não importa inversão de parte a parte”.⁷⁴⁶

Assim, ao Poder Judiciário cabe apenas, por meio do juiz togado e pelo uso da força, a operacionalização da medida urgente deferida pelo árbitro.

⁷⁴⁴- SIDNEI BENETI, “Arbitragem e tutelas de urgência”, in Revista do Advogado, p. 103. No mesmo sentido: CARLOS ALBERTO CARMONA, Arbitragem e Processo, Atlas, 2ª ed., 2004, p. 268.

⁷⁴⁵- CARLOS ALBERTO CARMONA, Arbitragem e Processo, Atlas, 2ª ed., 2004, p. 266; ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, Arbitragem, Lumen Juris, 5ª ed., 2009, p. 93.

⁷⁴⁶- CARLOS ALBERTO CARMONA, Arbitragem e Processo, Atlas, 2ª ed., 2004, p. 264.

57-**MEDIDAS URGENTES NA ARBITRAGEM: NECESSÁRIO ESCLARECIMENTO**

Nos termos da premissa estatuída no presente trabalho de que as cautelares e as medidas antecipatórias constituem, na realidade, espécies do gênero medidas urgentes, não se pode negar no âmbito da arbitragem o cabimento da fungibilidade entre ambas as tutelas, até por conta de sua finalidade comum de combater os efeitos deletérios do tempo no processo.

Assim, se mesmo no processo civil, o qual é sujeito a formalismos inerentes ao sistema de preclusões e de solução estatal de conflitos, as cautelares e as antecipações de tutela são fungíveis e é irrelevante para solução prática do caso concreto qualquer diferença ontológica eventualmente havida entre ambas, com muito mais razão na arbitragem essa mesma orientação deve ser adotada.

A tutela jurisdicional arbitral, por sua característica supranacional, necessita de uma adequação da abordagem do tema “medidas urgentes” como gênero, já que não há vinculação ao ordenamento jurídico processual nacional. Ou seja, como “o árbitro não está adstrito às prescrições do Código de Processo Civil algum, brasileiro ou estrangeiro”⁷⁴⁷, não pode ele vincular-se a disposição legal processual alguma, ainda mais para fechar as portas à tutela do bem da vida em hipóteses onde há risco de ineficácia do provimento final.

Se um dos objetivos da arbitragem é tornar o processo pela obtenção da tutela jurisdicional mais simples, desvinculado regras excessivamente formais, de modo a acelerar o procedimento em busca de uma nova ordem jurídica justa e principalmente tempestiva, “jogar o Código de Processo Civil no colo dos árbitros e exigir deles uma plena obediência àquele diploma legal significaria reduzir enormemente a utilidade da arbitragem, tornando-a excessivamente rígida, demorada, e quase tão onerosa para os interessados quanto o recurso ao Judiciário.”⁷⁴⁸

E mais, se o art. 2º, §1º, da Lei de Arbitragem, permite às partes escolherem as regras de direito substantivo e de direito processual a serem aplicadas à espécie, realmente não faz sentido impor ao árbitro a aplicação de uma interpretação

⁷⁴⁷- CLÁVIO VALENÇA FILHO, “Tutela Judicial de urgência e a lide objeto de convenção de arbitragem”, in Revista Brasileira de Arbitragem, IOB, v. 7, p. 22, jul/ago/set 2005.

⁷⁴⁸- HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, “Doze anos da Lei de Arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes”, in HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA (coord), Aspectos da Arbitragem Institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996, Malheiros, 2008, pp. 15-32, p. 26.

vetusta do Código de Processo Civil Brasileiro, muito menos do seu formalismo e rigidez inerentes a um processo preclusivo.⁷⁴⁹

Dessa forma, apesar de a tutela cautelar e a tutela antecipada serem espécies relativamente diferentes, são elas do gênero tutelas de urgência, com finalidades e pressupostos muito semelhantes a ensejar uma abordagem despida de classificações no âmbito da arbitragem. Se no sistema processual brasileiro é irrelevante a diferenciação dessas tutelas (regime jurídico das medidas urgentes – fungibilidade), sob a mesma ótica deve ser encarada no sistema mais informal e sem preciosismos procedimentais que é a arbitragem.

58- MEDIDAS URGENTES PREPARATÓRIAS À ARBITRAGEM

Segundo o art. 19 da Lei de Arbitragem, considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. Assim, a instalação do Tribunal Arbitral ocorre somente com a aceitação pelo árbitro do *múnus* por meio da sua assinatura no compromisso arbitral.⁷⁵⁰

Em atenção ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, inc. XXXV), sendo necessária a concessão de medida urgente antes do efetivo início do processo arbitral, o Poder Judiciário assume, para esse específico desiderato e curto espaço de tempo, a competência para processar e julgar as medidas urgentes exatamente para evitar denegação de justiça. E do mesmo modo que tal competência é assumida em razão de não estar ainda instituído o Tribunal Arbitral, ela imediatamente cessa após isso ocorrer, sendo transferida aos árbitros.

Assim, o Poder Judiciário tem competência residual para conhecer da medida cautelar porque, até que seja efetivamente formado o Tribunal Arbitral (com a nomeação dos árbitros e instalação do Tribunal), não é possível requerer-lhe qualquer medida urgente. Isso porque, não há ainda o que SELMA MARIA FERREIRA LEMES chama de Jurisdição Arbitral perante a qual as partes podem submeter o litígio.⁷⁵¹ Essa orientação

⁷⁴⁹- A respeito do tema processo civil preclusivo sob a ótica das novas tendências da processualística moderna, confira: MAURÍCIO GIANNICO, A preclusão no direito processual civil brasileiro, Saraiva, 2005, pp. 7-23.

⁷⁵⁰- A esse respeito, confira interessante pesquisa nos países do Mercosul em ADRIANA NOEMI PUCCI, Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul, LTr, 1997, pp. 117 e ss..

⁷⁵¹- SELMA M. FERREIRA LEMES, “A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias”, in Revista de Direito Bancário, do

recebeu guarida na jurisprudência, a qual já fixou o entendimento de que é plenamente possível requerer medidas cautelares preparatórias à arbitragem.⁷⁵²

No direito português, ABÍLIO NETO traz algumas glosas dos Tribunais de Portugal que corroboram não só a viabilidade de ajuizamento da demanda de suspensão de deliberação social perante o juiz togados, como também afirmando a competência deles para conhecer das matérias urgentes mesmo com cláusula arbitral constante do estatuto.⁷⁵³

A grande realidade é que as dúvidas a respeito das medidas urgentes antes do início do processo arbitral residem em questões periféricas.

Uma delas é aquela com relação ao prazo de 30 dias estatuído no art. 806 do Código de Processo Civil, para a propositura da ação principal à cautelar preparatória, sob pena de perda da eficácia da medida cautelar. Apesar de o árbitro não estar vinculado às regras processuais, é certo que em algumas vezes a medida urgente preparatória tem por objetivo garantir o resultado útil do processo arbitral. Nesses casos, para garantir-se a eficácia da medida urgente, não se exige que o Tribunal Arbitral esteja instituído dentro desse prazo, até porque costuma ser bem difícil que ocorram todos os

Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 20, abr/jun 2003, p. 421. No mesmo sentido: PAULO HOFFMAN, “Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir”, in EDUARDO JOBIM e RAFAEL BICCA MACHADO (coord.), *Arbitragem no Brasil – aspectos jurídicos relevantes*, Quartier Latin, 2008, pp. 302-326, p. 310: “antes de ajuizado o processo arbitral, a medida de urgência pode e deve ser conhecida pelo juiz estatal”.

⁷⁵² – “Medida cautelar. Tendo em vista a plausibilidade das razões recursais fundadas na possibilidade de o Estado-juiz processar medida cautelar de produção de provas, apesar da cláusula compromissória arbitral do contrato, evidente o periculum in mora em não se criar mecanismo que agilize a perícia. Acolhimento da medida cautelar para receber o recurso no efeito suspensivo, determinando que se iniciem os trabalhos de perícia com urgência” (TJSP, MC n.º 494.408.4, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, j. 28/06/2007). “ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL. Ausência dos requisitos do art. 273 do CPC. Não concessão. MEDIDA CAUTELAR. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. JUÍZO ARBITRAL. Extinção com fundamento no art. 267, VI do CPC. Afastamento. Embora haja cláusula compromissória para o estabelecimento de Juízo arbitral, nada obsta possa vir a parte perante o Judiciário requerer as medidas cautelares que entender cabíveis para evitar possíveis danos, devendo-se ressaltar que o Juízo arbitral não tem poder de coerção, como também não está aparelhado para recepcionar medidas preparatórias urgentes, mormente quando ainda não instalado o Juízo privado. Efetividade ao Art. 5.º, inciso XXXV, da CF. Recurso provido para anular a sentença extintiva do processo” (TJSP, MC n.º 431.916.4, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. SILVÉRIO RIBEIRO, j. 11/06/2008).

⁷⁵³ – “Apesar de, na cláusula do contrato da sociedade, qualquer litígio que ocorra entre ela e os accionistas será sujeito a um tribunal arbitral, o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais contra ela proposto por um de seu accionista é da competência do tribunal comum” (ABÍLIO NETO, *Código de Processo Civil anotado*, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, p. 603).

trâmites para tanto. O que se mostra necessário para preservar a eficácia da cautelar é que o pedido de instauração de arbitragem (se a arbitragem for institucional) já tenha sido protocolado ou que tenha comunicado o árbitro da intenção de se iniciar as arbitragens *ad hoc*.

Faz-se necessário instituir esse prazo por dois motivos. Primeiro porque se não for iniciado o processo arbitral, não pode a medida cautelar preparatória ter eficácia para sempre, já que parece ser ilógico diante da inércia das partes em promover a discussão a respeito do objeto do litígio. Lembre-se de que, nesse caso, as cautelares não têm qualquer caráter satisfativo, muito pelo contrário, são instrumentais e preparatórias por natureza. Depois porque, diante do caráter precário e provisório da medida, evita de a parte interessada escusar-se de discutir a questão em caráter *principaliter* perante o Juízo Arbitral apenas e tão-somente para valer-se de uma situação processual efêmera em detrimento dos interesses da parte contrária.⁷⁵⁴

Outra questão que merece destaque é a do art. 7º da Lei de Arbitragem, o qual trata da recusa da parte em comparecer para instaurar o processo arbitral.

Nesses casos deve a parte ajuizar medida judicial perante o Poder Judiciário para requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso. O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória e ato contínuo deverá o juiz de direito designar audiência especial para tal finalidade.

Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará conciliação, sem que isso implique em supressão da competência da Jurisdição Arbitral, já que tal previsão é contida na própria Lei de Arbitragem.⁷⁵⁵

⁷⁵⁴ - Pela inaplicabilidade à arbitragem do prazo do art. 806 do Código de Processo Civil: SIDNEI BENETI, “Arbitragem e tutelas de urgência”, in Revista do Advogado, p. 104. Tal posicionamento não é claro na medida em que mais adiante, no mesmo estudo, o Il. Ministro afirma comungar da necessidade de se iniciar o procedimento arbitral no prazo de 30 dias (p. 107). NILTON CÉSAR ANTUNES afirma, por outro lado, que “o que pode ocorrer, na verdade, dentro do trintídio legal ou antes dele, é a demonstração ao juízo estatal ... que [a parte] está promovendo as diligências necessárias para a instauração do Juízo Arbitral, extrajudicial ou judicialmente” (Poderes do árbitro, RT, 2002, p. 107)

⁷⁵⁵ - “Se ajuizada medida cautelar para estabelecimento do compromisso arbitral (LA art. 7), o juiz pode e deve tentar a conciliação entre as partes, até porque podem as partes abrir mão em conjunto da arbitragem e há previsão expressa no referido art. 7” (PAULO HOFFMAN, “Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir”, in EDUARDO JOBIM e RAFAEL BICCA MACHADO (coord.), Arbitragem no Brasil – aspectos jurídicos relevantes, Quartier Latin, 2008, p. 321).

Não sendo aceita pelas partes a conciliação, conduzirá as partes à celebração do compromisso arbitral em comum acordo. Caso isso novamente não seja possível, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, da Lei de Arbitragem. Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz de direito, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.⁷⁵⁶

É importante frisar também que se o autor, sem justo motivo, faltar à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, deve o juiz extinguir o processo sem resolução de mérito. Se o réu for o ausente, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

Na condução coercitiva de testemunhas perante o Juízo Arbitral por ocasião da instrução probatória no processo arbitral, cabe ao juiz de direito providenciar a condução da testemunha ao árbitro e não proceder à sua oitiva em audiência e se realizar no Fórum. Deve o juiz de direito, no entanto, atentar-se ao fato de que a testemunha não tem a obrigação de deslocar-se para a fora da sua Comarca.⁷⁵⁷ Nesses casos, cabe ao Tribunal Arbitral deslocar-se para operacionalizar a oitiva da testemunha, ressaltando o fato de que se for do interesse dos árbitros, a colheita do testemunho pode se dar por meio de vídeo conferência, desde que disponha meios materiais à testemunha de forma que tal oitiva não enseje deslocamento para fora de sua Comarca.

Outro assunto que tem sido objeto de discussão é com relação ao fim que deve ser dado ao processo cautelar quando instaurada a arbitragem. Comunicado ao juiz de direito (seja pelas partes, seja pelo próprio árbitro) o início do processo arbitral, deve ser o processo cautelar julgado extinto sem resolução do mérito por perda superveniente de interesse processual (perda de objeto no curso da demanda). Se isso ocorrer depois de ter havido sentença de primeiro grau (na pendência de recurso), deve-se manter a condenação da parte ao ônus da sucumbência. Caso isso ocorra antes do julgamento de primeiro grau, tais ônus devem ser distribuídos igualmente pelas partes, respondendo o autor pelas custas e despesas processuais.

Em decorrência da conclusão pela perda superveniente de interesse processual, não é correto remeter-se o autos do processo ao árbitro como já se decidiu em

⁷⁵⁶- ADRIANA NOEMI PUCCI, *Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul*, LTr, 1997, p. 94.

⁷⁵⁷- CARLOS ALBERTO CARMONA, “Das boas relações entre juízes e os árbitros”, in *Arbitragem*, Revista do Advogado, n. 51 (out/97), pp. 17-24, p. 21).

alguns julgados⁷⁵⁸, mas tão somente um ofício ao tribunal Arbitral (como se nos termos de uma certidão de objeto e pé, dando conta do ocorrido no processo e de preferência acompanhado, eventualmente, de cópias da peças necessárias constantes dos autos). Essa providência, na realidade e em atenção até mesmo ao princípio de boa-fé, deve ser tomada pelo próprio autor da medida cautelar, não só no que se refere à comunicação do árbitro acerca do destino da medida cautelar preparatória, mas principalmente ao juiz de direito quando for instaurado o processo arbitral.

Uma vez iniciado o processo arbitral, deve ser o árbitro possibilitado a rever a decisão cautelar deferida ou não pelo juiz de direito, não só para preservar a competência plena da jurisdição privada sobre o litígio, como para fazer valer o disposto no art. 22, §4º, da Lei de Arbitragem. De qualquer forma, a eficácia da decisão tomada pelo juiz de direito persiste até que esse juízo de re-ratificação seja efetuado pelo árbitro.

Cabe mencionar, por fim, que pode o árbitro rever a decisão proferida pelo Poder Judiciário independentemente de que instância tenha sido ela proferida.⁷⁵⁹ Mesmo que a decisão do juiz de direito tenha sido confirmada pelas instâncias superiores (Tribunal de Justiça ou Tribunais Superiores) por meio de recurso (agravo de instrumento, apelação ou recursos especial ou extraordinário), pode o árbitro retificar o quanto decidido.⁷⁶⁰ Não há que se falar em descumprimento de decisão do Tribunal ou de órgão jurisdicional hierarquicamente superior porque tais decisões preferidas em grau de recurso têm eficácia limitada até que seja instaurado o processo arbitral. Aqui, mais uma vez, vem à tona a noção de competência entre a jurisdição arbitral e a judicial, atuando nesses casos esta última de forma residual e precária.

⁷⁵⁸ - TJ-MG, 14ª Câm., AgReg em AI n. 1.0024.07.600275-7/002, rel. Des. ELIAS CAMILO, j. 17/1/2008. TJ-MG, AI n. 1.0480.06.083392-2/001, rel. Des. DOMINGOS COELHO, j. 14/2/2007. TJ-MG, AI n. 2.0000.00.410.533-5/000, rel. Des. ALVIMAR DE ÁVILA, j. 27/08/2003.

⁷⁵⁹ - “Agravo de instrumento. Cautelar de sustação de protesto. Juízo arbitral. Instauração. Não obstante a eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos, a ação cautelar de sustação de protesto, se ainda não instaurado o juízo arbitral, poderá ser ajuizada perante juiz estatal, que, comunicado da instauração do juízo arbitral, providenciará a remessa dos autos para a devida apreciação da manutenção ou não da tutela concedida” (TJ-MG, AI n. 410.533-5, 4ª Câm. Civil, rel. Des. ALVIMAR DE ÁVILA, 27.8.03).

⁷⁶⁰ - “depois de iniciado o processo arbitral, o árbitro pode rever a decisão cautelar do juiz estatal, mesmo se decidido pelos Tribunais ou pelo STJ” (PAULO HOFFMAN, “Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir”, in EDUARDO JOBIM e RAFAEL BICCA MACHADO (coord.), Arbitragem no Brasil – aspectos jurídicos relevantes, Quartier Latin, 2008, p. 310).

59-**MEDIDAS URGENTES INCIDENTAIS À ARBITRAGEM**

Evidentemente que, no curso da arbitragem, a competência para decidir a respeito das medidas urgentes é do árbitro. Contudo, podem ocorrer situações nas quais seja necessária a participação residual do Poder Judiciário na resolução dessas questões.

Isso se verifica quando, p.ex., não seja possível contatar o árbitro em tempo hábil a evitar a ocorrência de grave dano de difícil reparação. Como é comum na arbitragem, nem sempre os árbitros residem na mesma localidade das partes ou mesmo podem eles por algum espaço de tempo incomunicáveis em decorrência de viagens ou qualquer outra situação de fato que se mostre difícil ou muito difícil submeter a medida urgente à sua cognição.⁷⁶¹

Assim, nesses casos excepcionais a competência do Poder Judiciário se revela residual, cuja necessidade de intervenção se justifica pelo disposto no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. Recorrer ao juiz de direito nesses casos não significa renúncia nem tampouco insurgência ao Tribunal Arbitral, como bem ressalta SELMA FERREIRA LEMES⁷⁶² e já decidiram nossos Tribunais.⁷⁶³

⁷⁶¹ - Acerca dessa possibilidade, aventa também essa hipótese PEDRO BATISTA MARTINS: “duas exceções podem ocorrer: a primeira, quando a medida se faça necessária antes da instituição da arbitragem, e, a segunda, após constituído o juízo arbitral, remédio legal seja imperativo e impossível a reunião dos árbitros, em tempo hábil, de modo a garantir a eficácia da medida requerida. Contudo, em ambos os casos, é forçoso comprovar a urgência do provimento legal” (PEDRO A. BATISTA MARTINS, “Apontamentos sobre a arbitragem no Brasil”, in Revista do Advogado, n. 51, out/97, pp. 36-45, p. 45).

⁷⁶² - SELMA M. FERREIRA LEMES, “Medidas cautelares prévias à instituição da arbitragem”, in Revista de Arbitragem e Mediação, n. 20, 2009, pp. 231-252, pp. 249-250.

⁷⁶³ - “Medida cautelar. Sequestro. Descumprimento de liminar concedida em ação de exibição de documentos em que se alega a exclusão de sócio de empresa. Existência de fundada suspeita de dilapidação dos bens da sociedade e de intensa litigiosidade entre as partes. Circunstâncias que autorizam a concessão da medida. Cláusula de arbitragem que, por outro lado, não impede que o estado, por meio de seu órgão jurisdicional, conceda tutela cautelar. Liminar deferida. Recurso improvido” (TJ-SP, AI n. 240.062.4/8, 1ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. ELLIOT AKEL, j. 27.8.02). “Medida cautelar. Tendo em vista a plausibilidade das razões recursais fundadas na possibilidade de o Estado-juiz processar medida cautelar de produção de provas, apesar da cláusula compromissária arbitral do contrato, evidente o periculum in mora em não se criar mecanismo que agilize a perícia. Acolhimento da medida cautelar para receber o recurso no efeito suspensivo, determinando que se iniciem os trabalhos da perícia com urgência” (TJ-SP, MC n. 494.408.4, 4ª Câmara. Dir. Priv., rel. Des. ÊNIO ZULIANI, j. 28.6.07).

Essas situações não são a regra e se justificam apenas e tão somente se não for possível aguardar, sem causar dano irreparável ou de difícil reparação, o contato com o árbitro. Veja que em arbitragem tripartite, qualquer um dos três árbitros possui competência e poder para decidir sobre medidas urgentes, mesmo que depois essa decisão seja levada à deliberação dos demais. O que importa frisar é que a impossibilidade de contato deve ser total e insuperável, de forma que recorrer ao Poder Judiciário seja a única solução para se evitar a denegação de justiça ou o perecimento do direito.

60-

AINDA AS MEDIDAS INCIDENTAIS: PREJUDICIALIDADE ENTRE O PROCESSO DE EXECUÇÃO E O PROCESSO ARBITRAL - SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO

Em relevante precedente, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem deferir medida liminar para suspender processo de execução até julgamento final do processo arbitral pendente.⁷⁶⁴ Nesse caso, a relatora Ministra NANCY ANDRIGHI reconheceu a relação de prejudicialidade havida entre o processo arbitral e o de execução, porque naquele se discutia a exigibilidade do título executado neste.

Atualmente a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução não é mais regra, diante não só do referido art. 739-A,⁷⁶⁵ mas também da nova

⁷⁶⁴ - “Processo civil. Medida cautelar. Atribuição de efeito suspensivo a recurso especial. Contrato de compra e venda de ações de companhia. Estipulação de preço variável a inclusão de cláusula arbitral. Ausência de pagamento do preço variável, pela alegação, da compradora, de que as condições para tanto não se implementaram. Propositura, pela credora, de ação de execução. Instauração, pela devedora, de procedimento arbitral. Suspensão da execução. - É competente para decidir as questões de mérito relativas a contrato com cláusula arbitral, a câmara eleita pelas partes para fazê-lo. Tal competência não é retirada dos árbitros pela circunstância de uma das partes ter promovido, antes de instaurada a arbitragem, a execução extrajudicial do débito, perante juiz togado. - Tendo em vista a competência da câmara arbitral, não é cabível a oposição, pela devedora, de embargos à execução do débito apurado em contrato. Tais embargos teriam o mesmo objeto do procedimento arbitral, e o juízo da execução não seria competente para conhecer das questões nele versadas. - A câmara arbitral é competente para decidir a respeito de sua própria competência para a causa, conforme o princípio Kompetenz-Kompetenz que informa o procedimento arbitral. Precedente. - Estabelecida, pela câmara arbitral, sua competência para decidir a questão, a pendência do procedimento equivale à propositura de ação declaratória para a discussão das questões relacionadas ao contrato. Assim, após a penhora, o juízo da execução deve suspender seu curso, como o faria se embargos do devedor tivessem sido opostos. Medida liminar deferida” (STJ, MC n. 13.274-SP, rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Decisão monocrática proferida em 13.9.07, DJ 20.9.07).

⁷⁶⁵ - “Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja

redação do art. 791, ambos do Código de Processo Civil.⁷⁶⁶ Para que ocorra a suspensão da execução, portanto, deve haver decisão fundamentada nos autos dos embargos à execução conferindo-lhe efeito suspensivo “quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes” (CPC, art. 739-A, § 1º).

Transplantando essa lógica ao processo arbitral, restaria definir se a pendência de processo arbitral poderia ensejar a suspensão de processo de execução em curso perante o Poder Judiciário. A resposta é positiva.⁷⁶⁷

garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. § 2º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram. § 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante. § 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante. § 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento. § 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens”.

⁷⁶⁶ - “Art. 791. Suspende-se a execução: I - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A).”

⁷⁶⁷ - “Execução por título extrajudicial. Avença submetida a Tribunal Arbitral. Decisão já proferida, dependente de liquidação, e que irá interferir no ‘quantum debeatur’. Suspensão da execução enquanto se aguarda aquele delineamento. Viabilidade. Agravo provido” (TJ-SP, 10ª Cam. Dir. Priv., AI 502.816-4/9-00, rel. Des. JOSÉ CARLOS MARRONE, j. 15/01/2008). No mesmo sentido, confira importante precedente tirado de ação monitória: “Monitória. Extinção do processo. Impossibilidade de extinção do processo sem julgamento do mérito, por irregularidade na representação processual da autora-embargada. Hipótese em que o nome do patrono que subscreveu a petição inicial não constava da procuração juntada. Juíza da causa que, com suporte no art. 13 do CPC, determinou que ao advogado da autora-embargada que regularizasse tal falha, no prazo de dez dias. Determinação que foi cumprida no prazo. Inaplicabilidade ao caso em tela da penalidade prevista no parágrafo único do art. 37 do CPC. Monitória. Extinção do processo. Existência de convenção de arbitragem. Partes que, no ‘Contrato de Cooperação Técnico-Industrial’ celebrado, elegeram o juízo arbitral como forma de solucionar eventuais controvérsias que pudessem surgir, decorrentes da avença. Convenção de arbitragem que foi ratificada, posteriormente, pela ‘Alteração do Contrato de Colaboração Industrial. Cláusula compromissória que se reveste de natureza vinculante ou cogente. Extinção do processo sem a análise do mérito que se impunha. Aplicação do inciso VII do art. 267 do CPC, cuja redação foi modificada pelo art. 41 da Lei 9.307/96. Monitória. Extinção do processo. Hipótese em que o contrato e sua posterior alteração foram firmados anteriormente à entrada em vigor da Lei 9.307/96. Inexistência de óbice à aplicação da alteração determinada pelo art. 41 da Lei 9.307/96. Dispositivo legal que possuía aplicação imediata, em razão de seu caráter eminentemente processual. Precedente recente do STJ. Monitória. Convenção de arbitragem. Alegada pela autora-embargada na impugnação aos embargos, a inexistência de controvérsia entre as partes a ensejar a utilização da arbitragem. Descabimento. Autora-embargada que ingressou com a ação monitória, sob o fundamento de que a ré-embargante tornou-se inadimplente quanto à

Ressalte-se que mesmo havendo cláusula arbitral definindo a competência da arbitragem para dirimir as questões relativas ao título executivo, não é retirada a competência do Poder Judiciário para processar a sua execução forçada.⁷⁶⁸ Lembre-se de que atos executivos de força e subrogação são de competência exclusiva do juiz de direito. Por outro lado, é da competência do árbitro julgar eventual alegação de inexistência, invalidade ou qualquer outra oposição do devedor contra o título executivo havendo cláusula compromissória nesse sentido.⁷⁶⁹

Perceba-se que a simples existência de processo de execução do título executivo nunca poderia retirar a eficácia da cláusula compromissória, sob pena de não só invalidar os termos da própria Lei de Arbitragem, mas também de causar uma grave instabilidade nas relações contratuais e na segurança jurídica das partes. Não pode a cláusula compromissória estar à mercê desses óbices processuais, sob pena também de deixar seu cumprimento ao alvedrio de uma das partes somente, o que viola frontalmente o disposto nos arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei de Arbitragem.

Por outro lado, a simples existência de processo arbitral questionando o título executivo não tem o condão de suspender o respectivo processo de execução.

Como então poderia obter-se a suspensão da execução do título? Seguindo a mesma linha lógica que permeia o Código de Processo Civil, a suspensão somente é obtida se for atribuído efeito suspensivo ao processo arbitral, nos termos dos

parte do pagamento convencionado no contrato. Com o inadimplemento da ré-embargante, ocorreu o descumprimento por parte desta de cláusula contratual. Fato que caracterizou a controvérsia entre as partes. Solução judicial do conflito que deveria ser afastada. Apelo da ré-embargante provido. Medida cautelar. Arresto. Apelação interposta pela autora-embargada da sentença de improcedência da ação cautelar. Recurso que deve ser considerado prejudicado. Finalidade do processo cautelar que consiste em assegurar o resultado do processo de conhecimento ou do processo de execução, deste sempre dependente. Art. 796 do CPC. Circunstância em que, com o decreto de extinção do processo principal sem o julgamento do mérito, desapareceu o objeto da ação cautelar em exame. Apelo da autora-embargada prejudicado” (TJ-SP, Apel. n. 894.121-3, 23ª Câm. de Dir. Priv., rel. Des. JOSÉ MARCOS MARRONE, j. 22.3.06).

⁷⁶⁸ - “execução. Título extrajudicial. Extinção ou suspensão. Não cabimento. Instauração de processo arbitral visando à renegociação dos valores das parcelas. Instituição que não obsta a propositura de demanda judicial executiva. Garantia constitucional de acesso à jurisdição estatal. Árbitro. Ausência de atribuição para a prática de atos executivos. Poder de coerção exclusivo do Estado. Prosseguimento da execução. Recurso não provido” (TJ-SP, AI n. 7.118.935-2, 22ª Câm. Dir. Priv., rel. Des. ROBERTO BEDAQUE, j. 8.5.07).

⁷⁶⁹ - “Tendo as partes validamente estatuído que as controvérsias decorrentes dos contratos de credenciamento seriam dirimidas por meio do procedimento previsto na Lei de Arbitragem, a discussão sobre a infringência às suas cláusulas, bem como o direito a eventual indenização, são passíveis de solução pela via escolhida” (STJ, 3ª T., REsp nº 450.881-DF, Rel. Min. Castro Filho, j. 11.4.2003, DJU 26.5.2003, p. 360).

arts. 791 e 739-A do Código de Processo Civil. Veja que a competência para determinar a suspensão da execução não é do juiz de direito, mas do árbitro (desde que já instituído o Tribunal Arbitral), o qual deve analisar se presentes os requisitos legais para a concessão da medida no processo arbitral. Concedida ou não, cabe ao juiz de direito cumprir a medida urgente deferida pelo árbitro, de modo a levar a execução a termo ou suspendê-la, nos exatos termos do disposto no processo arbitral. É importante notar aqui um dos raríssimos casos em que o árbitro está vinculado ao Código de Processo Civil porque, mesmo sendo tal decisão do árbitro, está ele a decidir a respeito de hipóteses legalmente previstas de suspensão de um processo judicial. Ou seja, não se aplica aqui a argumentação de que o árbitro não está sujeito às normas processuais vigentes.⁷⁷⁰

E mesmo que assim não se entenda, é importante aplicar analogicamente a sistemática de equiparação dos embargos à execução e ação declaratória. O art. 585, § 1º, do Código de Processo Civil, dispõe que “a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução”. Trata o dispositivo da hipótese de ação declaratória de inexistência ou ineficácia do título executivo que a melhor doutrina há muito já equiparou em efeitos e consequências aos embargos à execução.⁷⁷¹ A discussão acerca do caráter substitutivo dos embargos à execução pela ação declaratória tinha vez quando a suspensão era a regra em decorrência da oposição dos embargos. A dúvida surgia sempre quando se questionava se a mera pendência de ação declaratória tinha o condão de suspender automaticamente a execução do título executivo ou se seria necessário opor-se embargos à execução precipuamente para essa finalidade, repetindo-se a argumentação já exposta na referida declaratória.

O Superior Tribunal de Justiça sempre se inclinou por essa desnecessidade em razão de haver manifesta litispendência⁷⁷², o que foi corretamente acompanhado pela doutrina.⁷⁷³ No âmbito da arbitragem essa discussão acerca da litispendência entre o processo arbitral e os embargos à execução já foi objeto de

⁷⁷⁰- ADRIANA NOEMI PUCCI, *Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul*, LTr, 1997, p. 155-158.

⁷⁷¹- PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Embargos à execução*, Saraiva, 1996, p. 84-85.

⁷⁷²- Confira os seguintes precedentes: RESPs nn. 1.935-MA, 2.790-MT, 2.793-MT, 7.993-CE, 162.517-RS.

⁷⁷³- TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, “Reflexos das ações procedimentalmente autônomas (em que se discute direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução”, in *Processo de execução*, RT, 2001, pp. 726-728 (ccord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier).

apreciação pela Profa. ADA PELEGRINI GRINOVER, a qual concluiu em parecer também nesse sentido, afastando a tese de prejudicialidade inicialmente sugerida pelo precedente mencionado, da lavra da Min. NANCY ANDRIGHI.⁷⁷⁴

De qualquer forma, com o advento da Lei n. 11.382/2006, tal questão ficou totalmente superada porque se extinguiu a suspensão automática do processo de execução para instituir-se o efeito suspensivo decorrente de um juízo de cognição do juiz de direito nos termos do art. 739-A, § 1º, do Código de Processo Civil. E o processo arbitral, por falta de argumentos contrários, deve funcionar da mesma forma como se opera no processo judicial.

Desperta interesse também a hipótese de a execução ser proposta perante o Poder Judiciário antes mesmo de iniciada a arbitragem. Nesses casos, parece razoável que sejam tomadas três medidas tão logo haja a citação do executado: informar o juiz de direito a respeito da existência de cláusula compromissória, informar também da intenção de se levar a discussão ao juízo arbitral e por isso comunicar que não serão opostos embargos à execução e por fim dar início ao processo arbitral.

Se antes de instituído o Tribunal Arbitral estiverem presentes os requisitos necessários para obtenção da suspensão da execução nos termos do art. 739-A do Código de Processo Civil, deverá o executado ingressar com medida cautelar preparatória de arbitragem perante o Poder Judiciário. Nela a questão da suspensão da execução será apreciada pelo juiz de direito até que, finalmente, se inicie o processo arbitral, oportunidade na qual a competência para decidir sobre a questão será assumida pelo árbitro.⁷⁷⁵

PÉRSIO THOMAZ FERREIRA ROSA afirma que essa medida de urgência possa ser deferida pelo próprio juiz de direito da execução, com base no poder geral de cautela (CPC, art. 798).⁷⁷⁶ Contudo, a própria argumentação utilizada para a

⁷⁷⁴ - “Parecer – Arbitragem: ação anulatória e embargos do devedor”, in Revista do CBAr n. 18, abr/jun 2008, pp. 154-181, p. 163 e ss..

⁷⁷⁵ - PÉRSIO THOMAZ FERREIRA ROSA, “A arbitragem e o Poder Judiciário: questão pontual sobre a harmonia entre as duas jurisdições”, in Revista Fórum CESA, ano 4, n. 10, jan/mar/2009, pp. 71-75, p. 73.

⁷⁷⁶ - Essa posição é baseada na seguinte assertiva: “eventual medida cautelar incidental, por seu turno, não parece ser a medida mais adequada, pois inexistirá ação principal em juízo, e a finalidade da ordem judicial será absolutamente efêmera, posto que, constituído o Tribunal Arbitral, sua primeira deliberação deverá ser sobre a manutenção ou revogação da liminar. Nesse diapasão, se a opção adotada for a medida cautelar incidental, deverá o juiz, após decisão dos árbitros, extinguir o feito se a resolução do mérito, posto que cumprida sua finalidade” (“A arbitragem e o Poder Judiciário: questão pontual sobre a harmonia entre as duas jurisdições”, in Revista Fórum CESA, ano 4, n. 10, jan/mar 2009, pp. 71-75, p. 73).

defesa dessa posição já justifica a propositura de medida cautelar preparatória da arbitragem porque, uma vez instituído o Tribunal Arbitral, cessa a competência do juiz de direito para transferi-la ao árbitro, extinguindo-se, por consequência, a medida cautelar sem resolução do mérito. E mais, não é correto afirmar que não existe ação principal somente porque a discussão não se dará perante o Poder Judiciário, já que a cautelar preparatória tem como finalidade garantir o resultado útil do processo arbitral. Lembre-se que o mérito da controvérsia será discutido em processo jurisdicional, só que não perante o Poder Judiciário, mas sim perante o árbitro.

Poder-se-ia ainda argumentar que a medida cautelar nesses casos nem preparatória é, mas uma verdadeira cautelar incidental ao processo de execução, pela qual o executado tentará obter a suspensão do processo executivo em razão da prejudicialidade externa (processo arbitral) e a presença dos requisitos autorizadores do art. 739-A, do Código de Processo Civil.

O fato é que, independentemente de a medida cautelar haver sido proferida incidentalmente ao processo de execução ou em medida cautelar (preparatória ou incidental), eventual medida de urgência será revista pelo árbitro, tão logo o Tribunal arbitral seja instituído.⁷⁷⁷

Na mesma linha de raciocínio, vale ressaltar a hipótese de haver propositura de ação de execução de título executivo depois de instaurado o Tribunal Arbitral. Em um primeiro momento não se vislumbra maiores questionamentos já que a competência para decidir-se a respeito da suspensão ou não da execução, como já visto, é do árbitro. Contudo, pode-se vislumbrar a hipótese de o processo arbitral já haver se encerrado em desfavor do executado. Veja que aqui não será possível repetir em embargos à execução as matérias que já foram rechaçadas pelo Tribunal Arbitral, seja por faltar competência para o juiz de direito, seja pela existência de coisa julgada material.

Contudo, se os embargos forem opostos dentro dos 90 dias de prazo que o art. 33 da Lei de Arbitragem prevê para anulação da sentença arbitral⁷⁷⁸, será

⁷⁷⁷ - No mesmo sentido: PÉRSIO THOMAZ FERREIRA ROSA “A arbitragem e o Poder Judiciário: questão pontual sobre a harmonia entre as duas jurisdições”, in Revista Fórum CESA, ano 4, n. 10, jan/mar 2009, pp. 71-75, p. 73-74.

⁷⁷⁸ - “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. § 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento. § 2º A sentença que julgar procedente o pedido: I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII; II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo

do juiz de direito a competência para suspender ou não o processo de execução. Caso sejam opostos após os 90 dias de prazo, a melhor doutrina sustenta a sua impossibilidade.⁷⁷⁹

61-

REVISÃO DA CONCESSÃO DE MEDIDA URGENTE DEFERIDA PELO ÁRBITRO

Como é inerente ao sistema das medidas urgentes, as decisões cautelares ou antecipatórias têm caráter provisório, ou seja, podem ser revistas a qualquer momento no curso do processo, desde que se verifique não estarem presentes os requisitos necessários para sua concessão.

Como não há previsão de recurso para revisão da sentença arbitral, a questão controversa reside sempre na forma em que isso pode ser feito de ofício ou somente por requerimento da parte.

Assim como nos processos judiciais, pode o árbitro rever de ofício suas decisões, já que, como não poderia deixar de ser, essas decisões a respeito das medidas urgentes são fundadas em juízo de cognição sumária e não exauriente. Portanto, nada mais natural que o árbitro possa rever seu entendimento ao tomar conhecimento de um fato ou prova novos no processo, uma argumentação jurídica nova despendida pela parte ou mesmo por haver concluído em outro sentido, após nova atividade cerebrina.

Dada a provisoriedade e precariedade das medidas urgentes, pode também a parte requerer a revisão da decisão concessiva ou denegatória aos árbitros, por meio de mero requerimento fundamentado. Nas arbitragens tripartites, nas quais cada uma das partes indica um árbitro e estes indicam um terceiro, é muito comum que tais medidas urgentes sejam proferidas por apenas um dos árbitros, já que, premido pelo tempo (*periculum in mora*), não tem ele condições de entrar em contato ou discutir acerca do pedido com seus pares, de forma a decidir em colegiado. Dessa forma, como a medida urgente é deferida apenas por um dos árbitros, há ainda a possibilidade do referido requerimento ser dirigido aos demais árbitros, os quais podem, ao final, decidir por maioria de votos.

laudo, nas demais hipóteses. § 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”.

⁷⁷⁹ - ADA PELEGRINI GRINOVER, “Parecer – Arbitragem: ação anulatória e embargos do devedor”, in Revista do CEBAr n. 18, abr/jun 2008, pp. 154-181, p. 163 e ss..

É possível também vislumbrar a revisão da decisão concessiva de medida urgente por meio de embargos de declaração, já que tal recurso é expressamente previsto na Lei de Arbitragem no art. 30, incs. I e II.⁷⁸⁰

É certo que os embargos de declaração não são recurso de caráter infringente nem tem por finalidade ensejar a reforma do julgado. Contudo, não se pode ignorar que mesmo no sistema formal do Código de Processo Civil a jurisprudência moderna vem admitindo a oposição de embargos de declaração com caráter infringente “se da correção do vício surgir premissa incompatível com aquela estabelecida no julgamento embargado”.⁷⁸¹ O recebimento de embargos de declaração com efeitos infringentes por vezes é imprescindível para sanar do vício e, em alguns casos, o juiz tem o dever de decidir novamente a respeito de determinada matéria. E ele está autorizado porque não há lei que lhe impeça. Pelo contrário, o art. 463, incs. I e II, do Código de Processo Civil, expressamente o autoriza a proceder dessa forma.

Assim, no sistema do Código de Processo Civil, nem sempre a inaptidão dos embargos declaratórios para ensejar um novo julgamento da causa é um obstáculo para que eles produzam alterações no teor da decisão embargada, porque, como afirma a melhor doutrina sobre o tema, “por vezes, é imprescindível para sanação do vício que o juiz redecida a respeito de determinada matéria e ele está autorizado a tanto”.⁷⁸²

Na arbitragem não poderia ser diferente. Em prol de uma decisão arbitral efetiva e justa, em casos excepcionais, nos quais o próprio conteúdo do julgado reste prejudicado por conta do suprimento da omissão ou do erro material, podem os embargos de declaração ser recebidos com efeitos infringentes com a alteração da decisão a respeito da medida urgente.

⁷⁸⁰ - “Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29”.

⁷⁸¹ - STJ, 3ª T., AgRg-EDcl no AI n. 568.934, rel. Min. GOMES DE BARROS, j. 13.2.07, DJ 30.4.07.

⁷⁸² - LUIS GUILHERME AIDAR BONDIOLI, *Embargos de Declaração*, Saraiva, 2005, p. 221-223. No mesmo sentido: GILSON DELGADO DE MIRANDA, *Código de Processo Civil Interpretado*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 1.801.

62-**EXECUÇÃO DAS MEDIDAS URGENTES E AS BOAS RELAÇÕES ENTRE O ARBITRO E O JUIZ**

Como visto nos itens anteriores, o árbitro não detém o poder do uso da força, este sim de competência exclusiva do Poder Judiciário. Essa questão, de verdadeira divisão de competência, não gera muitos questionamentos hoje na doutrina. É fato assente que ao árbitro não cabe a executar suas sentenças arbitrais nem tampouco fazer uso da força para garantir a imperatividade e autoridade de seus provimentos. Tais atribuições, de competência exclusiva do juiz de direito, devem ser requisitadas a este último pelo árbitro.

Nas arbitragens cuja sede não seja o Brasil, existe grande polêmica a respeito da execução das medidas urgentes lá deferidas e também quanto à forma de como devem elas ser apresentadas para cumprimento aqui. Em primeiro lugar, cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal, ao tempo que detinha competência para homologar sentenças estrangeiras, equiparou medida cautelar deferida por sentença em outro país à decisão interlocutória proferida também no estrangeiro, com fundamento no Protocolo de Las Leñas.⁷⁸³ A Convenção de Nova Iorque, segundo maioria da doutrina⁷⁸⁴, recentemente ratificada pelo Brasil, afasta essa interpretação no sentido de se reconhecer e executar no Brasil as medidas cautelares proferidas no estrangeiro. Nada obstante isso, existe posicionamento doutrinário estrangeiro minoritário em sentido contrário, cujo argumento é o de que a referida Convenção também abriga, em referências indiretas, essas medidas.⁷⁸⁵

Vale consignar que, em se aceitando a referida equiparação já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, não há dúvidas da necessidade de prévia homologação, seja de decisões interlocutórias cautelares, seja de sentenças cautelares, atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça para se pretender efetivá-las no Brasil.⁷⁸⁶

⁷⁸³ - RF 342/302.

⁷⁸⁴ - JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, "Medidas cautelares e de antecipação de tutela na arbitragem", in Arbitragem doméstica e internacional, RAFALELLA FERRAZ e JOAQUIM DE PAIVA MUNIZ (coord), Forense, 2008, pp. 229-230.

⁷⁸⁵ - ALBERT VAN DEN BERG, Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards Application: 40 years of the New York Convention, The Hague: Kluwer Law International, 1999, pp. 42-44, citado por JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ, "Medidas cautelares e de antecipação de tutela na arbitragem", in Arbitragem doméstica e internacional, RAFALELLA FERRAZ e JOAQUIM DE PAIVA MUNIZ (coord), Forense, 2008, p. 230.

⁷⁸⁶ - Nesse diapasão é importante mencionar que a homologação de sentenças estrangeiras arbitrais está prevista na Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça. Essa resolução impõe o procedimento necessário para se obter eficácia no Brasil de qualquer

sentença. Sua inovação reside no sentido de dispor em termos de provimentos judiciais, pois prevê a antecipação de tutela também em procedimentos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Há dúvidas se uma decisão de ordem cautelar proferida em processo arbitral e curso fora do Brasil seria exequível pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira sua redação: “RESOLUÇÃO Nº 9, DE 4 DE MAIO DE 2005, Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004. O PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no uso das atribuições regimentais previstas no art. 21, inciso XX, combinado com o art. 10, inciso V, e com base na alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 que atribuiu competência ao Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias (Constituição Federal, Art. 105, inciso I, alínea “i”), ad referendum do Plenário, RESOLVE: Art. 1º Ficam criadas as classes processuais de Homologação de Sentença Estrangeira e de Cartas Rogatórias no rol dos feitos submetidos ao Superior Tribunal de Justiça, as quais observarão o disposto nesta Resolução, em caráter excepcional, até que o Plenário da Corte aprove disposições regimentais próprias. Parágrafo único. Fica sobrestado o pagamento de custas dos processos tratados nesta Resolução que entrarem neste Tribunal após a publicação da mencionada Emenda Constitucional, até a deliberação referida no caput deste artigo. Art. 2º É atribuição do Presidente homologar sentenças estrangeiras e conceder exequatur a cartas rogatórias, ressalvado o disposto no artigo 9º desta Resolução. Art. 3º A homologação de sentença estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações constantes da lei processual, e ser instruída com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados. Art. 4º A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou por seu Presidente. §1º Serão homologados os provimentos não-judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença. §2º As decisões estrangeiras podem ser homologadas parcialmente. §3º Admite-se tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras. Art. 5º Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira: I - haver sido proferida por autoridade competente; II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia.; III - ter transitado em julgado; e IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil. Art. 6º Não será homologada sentença estrangeira ou concedido exequatur a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública. Art. 7º As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios. Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto. Art. 8º A parte interessada será citada para, no prazo de 15 (quinze) dias, contestar o pedido de homologação de sentença estrangeira ou intimada para impugnar a carta rogatória. Parágrafo único. A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional. Art. 9º Na homologação de sentença estrangeira e na carta rogatória, a defesa somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta Resolução. § 1º Havendo contestação à homologação de sentença estrangeira, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial, cabendo ao Relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo. § 2º Havendo impugnação às cartas rogatórias decisórias, o processo poderá, por determinação do Presidente, ser distribuído para julgamento pela Corte Especial. § 3º Revel ou incapaz o requerido, dar-se-lhe-á curador especial que será pessoalmente notificado. Art. 10 O Ministério Público terá vista dos autos nas cartas rogatórias e homologações de sentenças estrangeiras, pelo prazo de dez dias, podendo impugná-las. Art. 11 Das decisões do Presidente na homologação de sentença estrangeira e nas cartas rogatórias cabe agravo regimental. Art. 12 A sentença estrangeira homologada será executada por carta de sentença, no Juízo Federal competente. Art. 13 A carta rogatória, depois de concedido o exequatur, será remetida para cumprimento pelo Juízo Federal competente. §1º No cumprimento da carta rogatória pelo Juízo Federal competente cabem embargos relativos a quaisquer atos que

Portanto, a problemática reside mesmo em como operacionalizar esse contato entre o árbitro e juiz e em todas as decorrências daí advindas.

Na requisição de colaboração da Jurisdição Estatal na condução coercitiva de testemunhas para prestar depoimento em processo arbitral, CARLOS ALBERTO CARMONA afirma ser necessário apenas o envio pelo árbitro de “simples ofício, instruído com a cópia da convenção de arbitragem (que demonstra sua investidura)”⁷⁸⁷ ao juiz togado, comunicando sua decisão na necessária oitiva de determinada testemunha e solicitando a sua condução coercitiva em data e local predeterminados.

Esse ofício, dirigido pelo Tribunal Arbitral para o juiz de direito competente para conhecer o pedido (não fosse a convenção de arbitragem), segue um trâmite similar ao de uma carta precatória, da mesma forma quando um juiz depreca a outro juiz o cumprimento de uma ordem fora de sua jurisdição. Tanto no primeiro exemplo, como no último, trata-se de questão de repartição de competência: “o juiz que não tem competência (territorial) para praticar um ato, solicita ao juiz deprecado a realização de um ato fora de sua circunscrição; da mesma forma o árbitro, que não tem poderes coercitivos (leia-se, tem competência limitada à faculdade de conhecer da causa, decidindo-a de forma vinculante para as partes), solicita ao juiz a prática de determinados atos que requerem o emprego da força”.⁷⁸⁸

Segundo leciona SIDNEI BENETI, a relação entre árbitros e juízes de direito é de harmonização já que não há lei que disponha sobre a superioridade de um contra o outro, até porque a Constituição Federal assim não permitiria (CF, art. 5º, inc. XXXV).⁷⁸⁹

Não só por conta da repartição de competência e da harmonização que rege tal relação é que se rechaça a ideia de que o árbitro não precisa solicitar as providências necessárias de efetivação das medidas urgentes ao juiz de direito por meio de

lhe sejam referentes, opostos no prazo de 10 (dez) dias, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, julgando-os o Presidente. §2º Da decisão que julgar os embargos, cabe agravo regimental. §3º Quando cabível, o Presidente ou o Relator do Agravo Regimental poderá ordenar diretamente o atendimento à medida solicitada. Art. 14 Cumprida a carta rogatória, será devolvida ao Presidente do STJ, no prazo de 10 (dez) dias, e por este remetida, em igual prazo, por meio do Ministério da Justiça ou do Ministério das Relações Exteriores, à autoridade judiciária de origem. Art. 15 Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogados a Resolução nº 22, de 31/12/2004 e o Ato nº 15, de 16/02/2005. Ministro EDSON VIDIGAL.”

⁷⁸⁷ - CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo*, Atlas, 2ª ed., 2004, p. 264.

⁷⁸⁸ - CARLOS ALBERTO CARMONA, *Arbitragem e Processo*, Atlas, 2ª ed., 2004, p. 264.

⁷⁸⁹ - SIDNEI BENETI, *Arbitragem e tutelas de urgência*, in *Revista do Advogado*, p. 102.

ação judicial. Primeiro porque o árbitro não tem capacidade postulatória nem necessita outorgar poderes a um advogado para requisitar o uso da força ao juiz de direito. Depois porque, as relações entre as instâncias jurisdicionais (seja entre juízes de competência territorial diversas, seja entre o árbitro e o juiz de direito) não se resolvem por meio de tutela jurisdicional, mas de cooperação no âmbito da repartição de competência para a prática de determinados atos.⁷⁹⁰

Seria um *non sense* cogitar a hipótese de o árbitro vir a juízo, por meio de demanda, pleitear ao juiz a concessão de determinada medida urgente. Isso porque, falta ao árbitro legitimidade para pleitear, em nome próprio, direito que pertence à parte (CPC, art. 6º), bem como faltaria ele com a necessária imparcialidade de conduta na condução da arbitragem (Lei de Arbitragem, art. 13, §6º).

De qualquer forma, como não há regulamentação legal⁷⁹¹ para os trâmites necessários a fim de determinar a forma que requisições serão feitas pelo árbitro ao juiz de direito, o procedimento mais correto parece ser aquele que se equipara ao da carta precatória.

O árbitro, portanto, por meio de ofício dirigido ao juiz de direito competente para decidir sobre a questão (Lei de Arbitragem, art. 22, §4º), solicita a providência de força. Alguns documentos devem acompanhar esse ofício, de modo a comprovar ao juiz de direito a ordem efetiva solicitada, a existência de cláusula ou de compromisso e outros elementos que permitam uma análise estritamente formal de legalidade do requerimento.⁷⁹² Esse verdadeiro juízo de admissibilidade do juiz de direito a respeito do requerimento do árbitro resume-se às questões puramente formais, sendo

⁷⁹⁰ - “A semelhança entre a solicitação que o árbitro dirigirá ao juiz togado e o mecanismo da carta precatória não é mera coincidência: não tendo o árbitro competência para realizar o ato de força, depreca (solicita, pede, roga) a quem tem tal poder a condução coercitiva da testemunha” (CARMONA, CARLOS ALBERTO, “Das boas relações entre juízes e os árbitros”, in Arbitragem, Revista do Advogado, n. 51 (out/97), pp. 17-24, p. 20).

⁷⁹¹ - A respeito da ausência de regulamentação nos trâmites de comunicação entre os Tribunais Arbitrais e o Poder Judiciário, CARLOS ALBERTO CARMONA assevera: “enquanto não houver regulamentação para os trâmites necessários ao cumprimento da solicitação do árbitro, o melhor será o da distribuição do ofício a um dos juízes cíveis competentes para o ato. Recebido o ofício e os documentos, o juiz verificará se a documentação está em ordem e os dados recebidos permitem-lhe avaliar – sempre formalmente – se a solicitação preenche os requisitos que levarão ao seu cumprimento. Em caso positivo, determina as providências solicitadas pelo árbitro; em caso negativo, informará ao árbitro o motivo da recusa de cumprimento, devolvendo o ofício recebido” (“Das boas relações entre juízes e os árbitros”, in Arbitragem, Revista do Advogado, n. 51 (out/97), pp. 17-24, pp. 20-21).

⁷⁹² - SIDNEI BENETI, Arbitragem e tutelas de urgência”, in Revista do Advogado, p. 105.

vedada qualquer incursão no mérito da questão como, p. ex., questionamentos acerca das razões pela quais foi deferida a medida ou mesmo eventual *error in judicando*.

Em sendo positivo esse juízo de admissibilidade pelo juiz de direito, cabe a ele empreender as medidas de força solicitadas. Caso seja negativo, o juiz de direito deve devolver o ofício ao árbitro com os motivos de sua recusa. A dúvida aqui residiria quanto a como resolver esse impasse. Há quem sugira o encaminhamento do caso ao Tribunal por meio de um “requerimento semelhante ao agravo de instrumento”.⁷⁹³ A melhor solução, enquanto não regulamentada essa relação entre os juízes de direito e os árbitros, parece ser o manejo de mandado de segurança, seja pelo árbitro, seja pela parte beneficiária da medida urgente.

Pela própria lógica do requerimento por meio de ofício do árbitro ao juiz de direito para que este efetive por meio do uso da força as decisões daquele, é importante notar que não é necessária citação do executado, contraditório ou mesmo qualquer oportunidade para falar nos autos ou de impugnar o cumprimento.⁷⁹⁴ Tudo isso ou já ocorreu perante o árbitro ou perante ele deve ocorrer. O fato é que perante o Poder Judiciário apenas se operacionalizam as medidas de força, já que é de competência do Juízo Arbitral processar toda essa cognição.

Outra questão interessante e que pode ensejar controvérsia é a possibilidade de o árbitro fixar multa diária ou qualquer medida coercitiva ao cumprimento da decisão arbitral. Realmente é de se permitir ao árbitro que assim proceda porque é dele a competência para condenar a fazer ou não fazer, para entrega de coisa, *etc.*, tudo nos

⁷⁹³ - “Se o árbitro requerer, por exemplo, uma medida de urgência por ele deferida e o juiz indeferir seu cumprimento (não que ao juiz seja dado o poder de aprovar ou não a decisão arbitral, somente podendo indeferir se entendê-la ilegal ou nula, nos termos do art. 32 da Lei 9307/96), poderá o árbitro, mediante simples requerimento (se o pedido não é ação, o encaminhar do caso ao Tribunal igualmente não pode ser um recurso, mas, sim, um requerimento muito semelhante ao agravo de instrumento), levar essa situação inusitada ao Tribunal, podendo ser assistido com argumentos pela parte interessada” (PAULO HOFFMAN, “Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir”, in EDUARDO JOBIM e RAFAEL BICCA MACHADO (coord.), *Arbitragem no Brasil – aspectos jurídicos relevantes*, Quartier Latin, 2008, p. 320).

⁷⁹⁴ - “O requerimento feito pelo árbitro ao juiz estatal não é ação mas mero requerimento. Portanto, na execução dos atos de força pelo juiz estatal não há espaço ou necessidade de citação, contraditório, oportunidade para apresentação de oposição ou impugnação, recurso, etc... Toda essa cognição deve ocorrer perante o processo arbitral e dirigida ao árbitro” (PAULO HOFFMAN, “Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir”, in EDUARDO JOBIM e RAFAEL BICCA MACHADO (coord.), *Arbitragem no Brasil – aspectos jurídicos relevantes*, Quartier Latin, 2008, p. 317).

termos dos arts. 461 e 461-A do Código de Processo Civil.⁷⁹⁵ Ora, aqui novamente há confusão entre a competência para desferir atos de força contra a parte com a própria autoridade e imperatividade das decisões do árbitro. O que não pode ocorrer é o árbitro determinar à polícia que impeça a prática de algum ato pela parte ou mesmo bloquear quantia em dinheiro decorrente da fixação de astreintes.

É possível ainda ao árbitro que determine à parte o pagamento parcial, o depósito de quantia ou coisas, mas não lhe é lícito efetivá-las pelo uso da força.

Por fim, uma vez cumprida pelo Poder Judiciário a providência de força deprecada pelo árbitro por meio de ofício, não cabe a condenação em honorários advocatícios.⁷⁹⁶

63-

RESPONSABILIDADE DA PARTE E DOS ÁRBITROS NA MEDIDA URGENTE NA ARBITRAGEM

Não há razão para que na arbitragem não seja aplicada a mesma sistemática processual do processo judicial perante a Justiça Comum. Isso porque, essa consequência não é decorrente só de disposições legais inseridas no Código de Processo Civil, mas de uma interpretação sistemática da concessão de medidas urgentes, já que concedidas com base em cognição superficial e incompleta e trazem consigo uma potencialidade danosa.

Ou seja, tanto faz se no processo judicial ou arbitral, o beneficiário da medida urgente é objetivamente responsável pelos danos efetivamente causados à parte contrária, caso a medida antecipatória ou cautelar venha ao final ser revogada.

Seguindo a mesma linha dos processos perante a Justiça Comum, na qual o Estado é responsável objetivamente, juntamente com o magistrado, para casos nos quais há dolo ou má-fé (CF, art. 37, §6º c/c art. 5º, inc. LXXV), o árbitro também assume tal responsabilidade.

⁷⁹⁵- “Pode o árbitro, antes de se socorrer da intervenção do juiz estatal para fazer cumprir suas decisões urgentes, aplicar as penas do art. 461 do CPC”. (PAULO HOFFMAN, “Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir”, in EDUARDO JOBIM e RAFAEL BICCA MACHADO (coord.), Arbitragem no Brasil – aspectos jurídicos relevantes, Quartier Latin, 2008, pp. 315).

⁷⁹⁶- SIDNEI BENETI, Arbitragem e tutelas de urgência”, in Revista do Advogado, p. 105.

Ou seja, não existe muita discussão quanto à responsabilidade do árbitro quando ele não cumpre com quaisquer de seus deveres de neutralidade, imparcialidade, independência, etc., estatuídos no §6º do art. 13 da Lei de Arbitragem, p.ex., quando age em conluio com uma das partes, recebe quantia para decidir desse ou daquele jeito ou ainda atua contra uma das partes por razões de cunho pessoal ou profissional. Esses são deveres institucionais do árbitro previstos em lei, cuja responsabilidade decorre diretamente de sua função jurisdicional e de agente público (podendo incorrer, inclusive, em crime segundo o art. 17 da Lei de Arbitragem).

Dúvidas mesmo surgirão quando houver situações nas quais o ato ilícito não decorre diretamente desse poder jurisdicional, ou seja, quando não for possível identificar o dolo ou má-fé manifestos ou ainda qualquer das hipóteses do art. 13, §6, da Lei de Arbitragem. São casos, por exemplo, de violação ao dever contratual que os árbitros têm para com as partes para a solução do conflito, dever esse que deságua, invariavelmente, na obrigação de proferir uma sentença válida sob o ponto de vista da Lei de Arbitragem e da Constituição Federal.

Começemos pelas hipóteses de nulidade da sentença arbitral, estatuídas no art. 32 da Lei de Arbitragem, que assim vem redigido: “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I- for nulo o compromisso; II- emanou de quem não podia ser árbitro; III- não contiver os requisitos do art. 26 desta lei; IV- for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V- não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI- comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII- proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso II, desta Lei; VIII- forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, §2º, desta Lei”.

Uma primeira hipótese já pode ser destacada de início como sendo imune a discussões: a do inc. VI que prevê a nulidade da sentença arbitral se “comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva”. Nesse caso, é evidente a responsabilidade não só civil como criminal, já que o árbitro, no desempenho de suas funções é comparado a funcionário público.

No que se refere às hipóteses dos incs. III, IV e V do art. 32, o art. 33, §2º, inc. I, da Lei de Arbitragem, impõem-se que julgada procedente a demanda judicial proposta pela parte interessada, a consequência direta é a nulidade da sentença arbitral proferida, retirando-se qualquer eficácia.

Quanto às demais hipóteses do art. 32, incs. I, II, VI, VII e VIII, é preciso fazer uma ressalva. Apesar de o art. 33, §2º, inc. II, da Lei de Arbitragem dispor

que o Tribunal Arbitral ou o árbitro, nesses casos, deverá proferir nova sentença arbitral, é de se pressupor que a sentença proferida foi anulada e não possui qualquer eficácia. Ora, se não fosse assim, uma nova sentença arbitral não seria necessária.

Ou seja, apesar de em ambos os casos a sentença ser nula, na segunda hipótese (a dos incs I, II, VI, VII e VIII) a Lei de Arbitragem entende que o Tribunal Arbitral ou o árbitro não permanece com competência para julgar a matéria colocada na cláusula arbitral. Isso porque, nesses casos (a dos incs. III, IV e V), que não tem relação com algum vício insanável de julgamento ou relacionado à pessoa dos árbitros, a Lei de Arbitragem manda que nova sentença seja proferida, obviamente com a correção dos vícios apontados pela sentença judicial.

Partindo-se dessa premissa, para as hipóteses dos incs I, II, VI, VII e VIII, o árbitro ou Tribunal Arbitral é responsável civilmente pelas consequências decorrentes da execução da medida urgente, mas também por devolverem atualizados e acrescidos de juros, todos os valores pagos pelas partes a título de custas, despesas e honorários de árbitro, além dos lucros cessantes e das perdas e danos.

Nas hipóteses dos incs. III, IV e V, o árbitro ou Tribunal Arbitral é responsável por “refazer o trabalho”, corrigindo os vícios apontados na sentença judicial e proferindo nova sentença arbitral. Trata-se, como se vê, não de uma obrigação pecuniária, mas por obrigação de fazer.

Evidentemente que, se não cumprida a tutela específica no tempo e modo definidos em lei ou pela sentença judicial, tal descumprimento poderá ensejar a conversão da obrigação de fazer do árbitro ou Tribunal Arbitral em pagamento dos valores pagos pelas partes a título de custas, despesas e honorários de árbitro, além dos lucros cessantes e das perdas e danos causadas.⁷⁹⁷

⁷⁹⁷ - Existe ainda a hipótese de se aplicar, nesse caso específico de descumprimento da obrigação de fazer por um ou mais árbitros, o art. 16 da Lei de Arbitragem, que dispõe a assunção do múnus pelos árbitros substitutos em algumas hipóteses. Contudo, tal alternativa não se mostra correta, porque esse caso não se encaixa nas hipóteses legais nas quais o substituto deve assumir, nem tampouco eficiente, já que seria necessário reiniciar o processo novamente, com nova instrução e pagamento de custas e honorários, já que os árbitros substitutos não tiveram qualquer contato com os fatos da causa. Os prejuízos às partes, nesse caso, seriam maiores ainda, além do tempo necessário para se aguardar o transcurso de um novo processo arbitral.

64- PROCEDIMENTO PRE-ARBITRAL

Se as partes podem dispor da Jurisdição Estatal por meio da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral e também diante do fato de que os árbitros possuem poderes cautelares e a eles é permitido proferir medidas urgentes, nada mais natural que permitir também a criação de uma fase “pré-arbitral”.

Essa fase “pré-arbitral” tem como premissa tentar fazer com que, na eventual hipótese de uma das partes necessitarem de uma medida urgente antes do início da arbitragem (Lei de arbitragem, art. 19), não sejam tais questões levadas ao Poder Judiciário. Nesse sentido, SIDNEI BENETI⁷⁹⁸ assevera ser perfeitamente possível, desde que expressamente convencionado, inclusive com relação ao procedimento.

Esse instrumento, pouco usado no Brasil, visto que inexistente nos regulamentos dos principais centros de arbitragem nacionais, tem sido bem utilizado em outros países. Isso porque, como bem pondera CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, nem sempre a arbitragem e ou o juízo estatal são capazes de prover a tempo e de forma eficaz a tutela pretendida.⁷⁹⁹ Isso porque, a constituição de um Tribunal Arbitral demanda tempo e o juiz, muito embora possa providenciar decisões liminares de forma mais célere que o tempo necessário ao início do processo arbitral, nem sempre detém a especificidade necessária ou está familiarizado com as questões técnicas para melhor decidir sobre o assunto.

Sob essa problemática é que foi criado o “Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-Arbitral”, em vigor desde 1º de janeiro de 1990, estatuído pela CCI (Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional). Em uma espécie de exposição de motivos, foi dito o seguinte a respeito da pertinência e da finalidade desse referido “Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-Arbitral”: “numerosos contratos, especialmente aqueles que se referem a transações de longo prazo, geram problemas que exigem uma ação imediata. Normalmente, é impossível obter, em tempo hábil, uma decisão definitiva de um árbitro ou de um juiz. Em vista disso, a Câmara de Comércio Internacional (CCI) estabeleceu este Regulamento instituindo um procedimento cautelar pré-arbitral a fim de permitir às partes, se assim tiverem convencionado, que recorram imediatamente a uma pessoa (denominada “Terceiro

⁷⁹⁸- SIDNEI BENETI, “Arbitragem e tutelas de urgência”, in Revista do Advogado, pp. 100-108.

⁷⁹⁹- “O procedimento cautelar pré-arbitral CCI”, in Arbitragem doméstica e internacional, Rafalela Ferraz e Joaquim de Paiva Muniz (coord), Forense, 2008, p. 56.

Ordenador”) investida de poderes para determinar medidas tendentes a solucionar um problema urgente, inclusive a preservação ou a conservação de provas. Essa determinação poderá, destarte, proporcionar uma solução provisória para a controvérsia e estabelecer as bases para a sua solução final, por transação ou por qualquer outro meio. O recurso ao procedimento cautelar pré-arbitral não interfere na competência de qualquer jurisdição arbitral ou estatal competente para julgar o mérito da controvérsia.”⁸⁰⁰

No sistema da CCI, é necessário que as partes, independentemente de optarem por uma arbitragem administrada por ela, firmem expressamente um compromisso ou cláusula arbitral específicos para o procedimento “Pré-arbitral”, segundo uma cláusula padrão de redação recomendada.⁸⁰¹

Uma das disposições mais importantes desse procedimento “Pré-arbitral” da CCI é a criação da figura do Terceiro Ordenador para deliberar com autonomia a respeito de medidas urgentes antes da instituição da arbitragem. Essa pessoa é designada pelo Presidente da Corte Internacional da CCI tão logo chegue o requerimento ao conhecimento deste último e, uma vez investida de suas funções, conduzirá o processo da forma que julgar mais apropriada.

O Terceiro Ordenador no exercício de suas funções pode, dentre diversas outras providências, proferir medidas urgentes com ou sem a prestação de caução, designar audiências, solicitar laudos periciais, proceder a investigações, determinar pagamentos às partes ou a terceiros, produzir provas antecipadas, tudo no objetivo de dar uma solução ao conflito havido entre as partes até que seja efetivamente iniciado o processo arbitral (Regulamento CCI, art. 2.1, als. a, b, c, d). Esses poderes, apesar de amplos, não interferem na Jurisdição Estatal ou mesmo na Arbitral já que suas decisões devem ser revistas ulteriormente pelo Juízo competente para conhecer da questão. Por isso

⁸⁰⁰ - Publicação da Câmara de Comércio Internacional, 2006, versão em português preparada pelo Comitê Brasileiro da CCI.

⁸⁰¹ - No mesmo sentido, confira PETRÔNIO R. G. MUNIZ, “A tutela antecipatória no procedimento pré-arbitral”, in SELMA FERREIRA LEMES, CARLOS ALBERTO CARMONA e PEDRO BATISTA MARTINS (coord.), *Arbitragem – estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, Atlas, 2006, pp. 285-302. Recomenda-se que todas as partes interessadas em fazer referência ao procedimento cautelar pré-arbitral da CCI em seus contratos utilizem a seguinte cláusula padrão: “Qualquer das partes do presente contrato terá o direito de recorrer e o dever de se submeter ao procedimento cautelar pré-arbitral da Câmara de Comércio Internacional, de acordo com o Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-Arbitral.” É feita ainda a ressalva no sentido de que o âmbito de aplicação do Regulamento de Procedimento Cautelar Pré-Arbitral da CCI poderá variar em cada país, dependendo da legislação aplicável, razão pela qual convém que as partes verifiquem a compatibilidade do Regulamento com a lei aplicável ao caso concreto.

que as decisões e providências tomadas pelo Terceiro Ordenador não constituem prejulgamento da causa já que não são vinculativas.

Procedimento semelhante foi aquele adotado pela AAA – American Arbitration Association, por ocasião da criação das “Regras Opcionais para Medidas Cautelares Emergenciais de Proteção”. Da mesma forma como na CCI, as partes podem adotar aqui, por meio de compromisso específico e expresso ou na própria cláusula ou compromisso arbitrais, a instituição dessas regras para disciplinar unicamente o procedimento antes da instituição do Tribunal Arbitral. Por meio delas a AAA nomeia um árbitro de um painel especial para emergências representadas por cautelares a serem expedidas antes da constituição do painel definitivo. Este árbitro provisório, poderá proferir todas as medidas necessárias para resolução do problema por meio de decisões interlocutórias inclusive, se necessário e a seu critério, solicitar a prestação de caução para execução das medidas liminares.

Esses dois exemplos, segundo JOSÉ MARIA ROSSIANI GARCEZ, são decorrentes da criatividade e da experiência dos juristas e contratualistas internacionais. A intenção é permitir que as medidas urgentes eventualmente necessárias em uma fase pré-arbitral, sejam proferidas “no mesmo habitat, por experts da mesma ambiência, de acordo com as regras da mesma entidade que administrará a arbitragem”.⁸⁰²

65- ANTI-SUIT INJUNCTIONS

Segundo definição doutrinária, as *Anti-suit Injunctions* são medidas judiciais aforadas perante a Jurisdição estatal para suspender o andamento de um processo arbitral ou mesmo para desconstituir os atos processuais tomados pelos árbitros.⁸⁰³

Segundo SABRINA RIBAS BOLFER, as *Anti-suit Injunctions* constituem um fenômeno atual no âmbito do Direito Internacional Privado, principalmente

⁸⁰² - JOSÉ MARIA ROSSIANI GARCEZ, “Medidas cautelares e de antecipação de tutela na arbitragem”, in *Arbitragem doméstica e internacional*, RAFALELLA FERRAZ e JOAQUIM DE PAIVA MUNIZ (coord), Forense, 2008, pp. 213-230.

⁸⁰³ - THIAGO MAURINHO NUNES, “A prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro”, in *Revista do CBAr* n. 5, out/dez 2005, p. 16.

na Arbitragem Comercial Internacional.⁸⁰⁴ Segundo a autora, tais medidas podem ser utilizadas tanto a favor da arbitragem, quando um juiz estatal proíbe uma das partes na arbitragem de ingressar em uma jurisdição estatal, em violação da cláusula compromissória; quanto contra, quando o juiz proíbe um signatário de uma convenção de arbitragem de procurar o tribunal arbitral, sobre o fundamento de que a cláusula de arbitragem é nula, inexistente ou insuscetível de ser executada.

O problema na utilização desse importante instrumento reside no abuso em sua utilização, o que acarreta não somente prejuízos, mas também porque “rasgam não só a Lei de Arbitragem como os princípios mais basilares nela instituídos”.⁸⁰⁵

De todo modo, nada obstante o fato de as *Anti-suit Injunctions* poderem retirar a eficácia do processo arbitral, podem também constituir um instrumento da odiosa tendência de judicialização da arbitragem, a melhor doutrina conclui que são realmente necessárias e salutares à manutenção e desenvolvimento da arbitragem.

Nesse diapasão, já se discute a viabilidade das *Anti-anti Suit Injunctions*, cujo objetivo é fazer valer a jurisdição arbitral por meio do cumprimento da cláusula compromissória. Não é de todo mal já que essas medidas funcionam, por outro lado, como eficiente meio de “impedir o desenrolar de um processo judicial de má-fé”.⁸⁰⁶

⁸⁰⁴- SABRINA RIBAS BOLFER, Arbitragem comercial internacional e anti-suit injunctions, Juruá, 2007, pp. 120 e ss..

⁸⁰⁵- THIAGO MAURINHO NUNES, “Arbitragem Institucional, Anti-suit Injunctions e Princípio da Autonomia”, in Revista do CBAr n. 16, out/dez 2007, p. 137.

⁸⁰⁶- THIAGO MAURINHO NUNES, “Arbitragem Institucional, Anti-suit Injunctions e Princípio da Autonomia”, in Revista do CBAr n. 16, out/dez 2007, p. 136.

CAPÍTULO IX ENCERRAMENTO

**66-
PROPOSTAS**

Como bem afirma FÁBIO ULHOA COELHO a respeito da legislação de direito material, “o Brasil precisa modernizar sua legislação empresarial”.⁸⁰⁷ No campo do direito processual, normas claras e principalmente adequadas a uma correta distribuição dos interesses estabelecidos no direito material societário são também salutares. Essas regras processuais, uma vez adequadas ao direito material societário, terão consequências somente positivas, na medida em que obterão mais respeito dos agentes econômicos e mais receptividade do Poder Judiciário, na medida em que fornecerão ao empresário o cálculo mais aprimorado de seus custos e, conseqüentemente, a prática de preço mais competitivo.

O desenvolvimento econômico do país passa, portanto e necessariamente, por um necessário aperfeiçoamento das regras processuais voltadas aos conflitos societários. Diante dessa premissa e de acordo com alguns dos temas desenvolvidos no presente trabalho, algumas mudanças legislativas de âmbito processual são salutares e podem ser resumidas nas proposições abaixo:

A respeito da suspensão de deliberações sociais:

- a) instituir uma medida urgente específica que permita ao juiz impedir a realização de assembleia ou reunião de sócios, suspender o exercício do direito de voto de determinado sócio ou ainda suspender a eficácia de deliberação social;
- b) instituir um prazo exíguo com o que poderá ser requerida a suspensão, sem prejuízo da propositura da ação anulatória (que poderia ter seu prazo diminuído drasticamente)
- c) facultar o manejo dessa medida em caráter preparatório ou incidental à demanda na qual se questiona a legalidade do ato atacado
- d) condicionar, se em caráter preparatório, a eficácia da medida urgente à propositura da demanda principal no prazo legal;

⁸⁰⁷ - FÁBIO ULHOA COELHO, O futuro do Direito comercial, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 14.

- e) legitimizar no pólo ativo o acionista e o terceiro que comprove legítimo interesse e prejuízos decorrentes diretamente da deliberação;
- f) legitimizar a sociedade no pólo passivo;
- g) legitimizar a participação dos demais sócios como litisconsortes facultativos, podendo intervir no processo como assistentes litisconsorciais;
- h) condicionar o deferimento liminar do pedido à prova, pelo autor, de que o deferimento da medida causará menos danos à sociedade que o seu indeferimento e de que o prejuízo do autor não é meramente pecuniário;
- i) condicionar o deferimento de medidas urgentes irreversíveis à prestação de caução;
- j) permitir a substituição da medida urgente por uma contracautela a ser apresentada pela sociedade, em valor a ser arbitrado pelo juiz com base nos prejuízos pecuniários a serem causados ao requerente da medida urgente;
- k) permitir a fixação de medidas coercitivas para inibir o descumprimento, dentre elas a pena de ineficácia de atos e aplicação de multa;
- l) instituir o efeito *erga omnes* da sentença de anulação de deliberação social, bem como ampliar os efeitos subjetivos da coisa julgada a todos os sócios;
- m) instituir a litispendência entre demandas com a mesma causa de pedir e pedido, independentemente do autor;
- n) impor ao juiz sempre optar pela tutela reparatória quando a tutela específica causar prejuízos ou transtornos maiores à sociedade que o pagamento de indenização.

A respeito da desconsideração da personalidade jurídica:

- a) autorizar a desconsideração em qualquer processo a pedido da parte sempre depois de conferida oportunidade à defesa e ao contraditório;
- b) determinar a citação das pessoas físicas e jurídicas para que apresentem sua defesa quanto ao pedido de desconsideração;
- c) estender os efeitos de certas e determinadas obrigações da sociedade aos bens de seus sócios ou administradores ou aos bens de sociedades do mesmo grupo econômico;
- d) estender os efeitos de certas e determinadas obrigações dos sócios aos bens da sociedade ou de seu grupo econômico;

- e) autorizar a desconsideração somente se a parte executada não tiver patrimônio suficiente para satisfazer a execução;
- f) imputar a quem requer a desconsideração o ônus da prova da presença dos requisitos do art. 50 do Código Civil e inverter o ônus da prova quando esta se mostrar impossível de ser produzida pelo requerente;
- g) imputar aos sócios ou administradores o ônus de provar não haver participado nem contribuído, com ação ou omissão, com os atos que deram ensejo ao pedido de desconsideração;
- h) decidir sobre a desconsideração depois de ouvidas as partes e produzidas as provas requeridas por meio de decisão interlocutória impugnável via agravo de instrumento.

67- CONCLUSÕES

O direito societário possui peculiaridades próprias que ensejam a aplicação de diversos institutos de direito processual de forma diferenciada. No âmbito do processo civil, as controvérsias oriundas de casos societários demandam uma série de adaptações para garantir um processo justo, sob o ponto de vista constitucional, e também adequado à realização efetiva do direito material.

O processo societário pode ser erigido a uma categoria autônoma dentro direito processual, a requerer tratamento próprio a respeito de diversos institutos processuais, principalmente no que se refere às tutelas de urgência. Por isso, é imprescindível não só uma interpretação diferenciada desses institutos quando da realização do direito material no processo, como também uma reforma legislativa que, infelizmente, não está contemplada no anteprojeto e nos substitutivos apresentados até o momento no Senado Federal e na Câmara dos Deputados.

As medidas urgentes são o tema de maior sensibilidade para o direito societário e, por isso, devem ser objeto de alteração legislativa que possibilite sua disciplina no âmbito dos processos societários, mormente quanto aos pedidos de suspensão de deliberação assemblear. Os requisitos para sua concessão devem ser dispostos de forma que se possa preservar o interesse social, dada a função pública que a sociedade exerce no país.

A tutela da mera evidência no direito societário deve ser evitada, sendo imprescindível a sua tutela desde que acompanhada do requisito do *periculum in mora*. Por fim, em razão de suas peculiaridades, deve-se dar preferência às tutelas ressarcitórias nos casos em que a específica se mostrar deveras prejudicial ao interesse social.

Com relação às conclusões específicas, temos que:

1-Prevalecia no Estado Liberal a certeza da declaração do direito sobre a celeridade do processo. O séc. XX trouxe mudanças e a base para os provimentos jurisdicionais foi transferida da certeza para a verossimilhança. O conceito de segurança jurídica baseado na coisa julgada deslocou-se para efetividade, fincada na resposta provisória mas rápida do Poder Judiciário.

2-A partir da Constituição Federal de 1988 passou-se a definir processo justo como processo célere; tutela jurisdicional como tutela tempestiva; devido processo legal como aquele que confere às partes a participação em contraditório e adéqua o provimento jurisdicional às necessidades do direito material.

3-O fundamento das tutelas antecipadas ou cautelares é constitucional.

4-Para aperfeiçoar a prestação da tutela jurisdicional é preciso utilizar uma técnica processual adequada como premissa da utilização do processo como instrumento de efetivação do direito material e adotar medidas urgentes.

5-Segurança jurídica hoje não mais se relaciona a um processo de cognição exauriente nos planos vertical e horizontal e apto a obter um resultado de certeza máximo. A rapidez da resposta do Judiciário às demandas de direito material se tornou preponderante.

6-Já se esvaiu a crença na coisa julgada como principal efeito pacificador e determinante para instituição de decisões com segurança jurídica

7-A certeza pressupõe uma cognição exauriente e a celeridade uma cognição sumária.

8-O novo conceito de segurança jurídica abarca o de segurança na definição das contendas judiciais pela duração razoável do processo. Perpetuar o estado de indefinição significa instituir um verdadeiro estado de “insegurança jurídica”.

9-A técnica processual possibilita ao processo produzir todos os resultados dele esperados. Tais técnicas devem ser instituídas por via legislativa, como também extraídas por interpretação sistemática de dispositivos já existentes com os preceitos constitucionais.

10-O direito societário é dinâmico e célere por conta da própria natureza dos interesses materiais em jogo. Por isso a lentidão da justiça lhe é prejudicial e os mecanismos de aceleração dos procedimentos e de obtenção liminar da pretensão jurisdicional são determinantes para o alcance de resultados esperados por um justo processo.

11-O anteprojeto do novo Código de Processo Civil trouxe uma nítida opção político-social entre valores de modo a privilegiar a celeridade do processo e a busca de uma tutela jurisdicional justa e tempestiva.

12-A relação entre Constituição Federal e processo é uma via de duas mãos: aquela dita os princípios e garantias sob o ponto de vista político-social sob os quais o este deve ter seu curso e este serve de instrumento de atuação concreta daquela.

13-O processo civil é um ramo do direito público e está sujeito a uma série de regras e princípios, que lhe dão os contornos necessários para efetivação da tutela jurisdicional.

14-Os princípios constitucionais coexistem e são, na medida das condições do caso concreto, preponderantes um sobre os outros. Havendo colisão entre regras, sempre uma delas será válida e a outra inválida.

15-O princípio do devido processo legal é uma convergência de uma série de princípios e garantias constitucionais de processo. O perfil de processo resultante do devido processo legal processual e material é o do processo justo e equo, ou seja, processo regido por garantias mínimas de meios e de resultado.

16-É preciso tratar do processo societário à luz do princípio do devido processo legal (principalmente sob o aspecto substantivo) e do princípio da celeridade (entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável e celeridade processual). À luz das relações entre direito e economia, deve-se abarcar também o princípio da eficiência (econômica) ao processo.

17-Processo que não é justo, eficiente ou tempestivo viola o devido processo legal sob seus aspectos processual e material, havendo ausência de jurisdição.

18-A Emenda Constitucional n. 45 instituiu como princípio constitucional o direito a um processo célere e de duração razoável. A decisão é injusta quando o prazo em que a

sentença é proferida é elástico demais ou se todo o tempo levado para definição da controvérsia não guarda relação com a complexidade do objeto litigioso.

19-Para combater o problema da morosidade da justiça é preciso mudar as leis. É preciso também mudar a forma em que aquelas já existentes são hoje aplicadas e interpretadas, estabelecendo as novas prioridades da justiça e reajustando os princípios constitucionais para alcançarmos os novos valores político-sociais.

20-Acelerar o procedimento não significa buscar uma justiça fulminante. Sua duração deve ser breve, mas sem impedir que o contraditório e a ampla defesa se cumpram.

21-As relações entre direito e economia impõem que o conceito de justiça tem de estar vinculado ao de eficiência, já que agregam conceitos econômicos ao direito. Sua utilidade é a definição dos caminhos pelos quais o direito processual tem de trilhar para atender aos seus escopos e para conferir eficiência, rapidez e tempestividade ao processo.

22-A justiça é lenta e inábil para responder às necessidades do direito societário, calcado na eficiência. O Poder Judiciário aumenta os custos de transação porque não fornece condição para uma definição célere e condizente com o direito material.

23-Há necessidade de o direito societário merecer tratamento diferenciado pelo sistema processual em adequação à teoria da empresa. Sob o ponto de vista do direito processual essa necessidade decorre da estreita relação entre direito e processo. Sob o ponto de vista do direito material, é oriunda da adequação às suas características especiais, pois a sociedade e seu complexo de negócios jurídicos internos com reflexos em direitos subjetivos de terceiros também é fonte de singularidade a demandar tratamento específico no direito processual.

24-A função social que a empresa possui é também relevante sob o ponto de vista de ponderação de valores, sobretudo no que se refere à verossimilhança.

25-Encontra-se superada a visão meramente contratualista do conceito de empresa. Sua perspectiva institucionalista atende ao interesse da lei em preservar a busca dos interesses dos sócios em maximizar seus lucros, desde que respeitada a função social que a sociedade deve exercer na comunidade.

26-O interesse social, a que o controlador e o administrador estão vinculados, é identificado pela comunhão entre a maximização dos lucros e a responsabilidade social que a sociedade possui perante terceiros.

27-Como esses valores e princípios de direito material devem ser preservados quando da efetivação no processo, o direito societário é merecedor de tratamento jurídico processual específico.

28-Nada obstante as destinações diferentes que têm os provimentos cautelares e as antecipações de tutela, ambas espécies de provimento têm como objetivo evitar os males que o tempo é capaz de causar, donde resulta sua extrema semelhança.

28-O formalismo não pode impedir a parte de obter a medida de urgência necessária e adequada para a tutela de seus interesses. A fungibilidade entre as medidas urgentes impede que supostas diferenças ontológicas obstem a entrega do bem da vida e deve ser concebida como um vetor, sendo irrelevante eventual equívoco do requerente.

30-Quanto menos o Poder Judiciário interferir na vida da sociedade melhor. Contudo, não existe um salvo-conduto para as sociedades ou seus sócios procederem como quiserem e em desconformidade com a lei e o estatuto ou em fraude.

31-O Poder Judiciário não pode questionar o mérito do ato societário. Meros atos de gestão ou administração não podem ser questionados em juízo e os poderes do juiz se resumem à investigação da legalidade do ato, sem questionamentos de ordem material.

32-A complexidade da matéria societária demanda juízos especializados, mas não uma limitação quanto aos juízos sumários.

33-Algumas peculiaridades do direito societário devem ser levadas em conta quando da análise das medidas urgentes: a natureza do contrato de sociedade, a irreparabilidade do prejuízo causado, a velocidade com que os atos societários ocorrem é superior à do processo; na lei de sociedades por ações o abuso do poder de controle é preferencialmente sancionado por indenização pelas perdas e danos; a necessidade de o direito societário se valer das medidas urgentes ainda mais do que os demais ramos do direito.

34-A garantia do contraditório se mostra atendida quando é dada à parte a oportunidade efetiva de reagir, influenciar, desenvolver a argumentação ou colocar suas considerações sobre as questões de fato e de direito controversas na causa.

35-O juiz não pode decidir questões de fato e de direito – mesmo questões de ordem pública sem dar oportunidade às partes ao contraditório.

36-O contraditório é violado quando se profere julgamento com surpresa para as partes. A regra de vedação à surpresa no processo vale não só para autor e réu, mas para um ou outro isoladamente também.

37-As circunstâncias que autorizam a postificação do contraditório são extremamente excepcionais.

38-Os interesses da sociedade (interesses sociais) se sobrepõem ao do sócio contrariado (interesses individuais). A prioridade é da sociedade e não do sócio. Nessas oportunidades, sucumbindo o interesse do sócio ao da sociedade, deve-se aguardar o contraditório para análise da medida urgente.

39-Sopesando os eventuais prejuízos que poderão ocorrer do deferimento da medida urgente, deve-se preservar a sociedade e não o sócio.

40-É preferível permitir a instalação da assembléia e a tomada das deliberações tomadas, e depois suspender-lhes os efeitos do que impedir a sua realização. Isso preserva os interesses da sociedade e mantém a postura de mínima intervenção do Poder Judiciário na vida da sociedade.

41-É importante definir se o dano é irreversível ou de difícil reparação. Em condições normais, sendo irreversível o dano a que estaria sujeito o requerente da medida urgente, é forçoso não deferir a medida *inaudita altera parte*. Caso contrário, não.

42-Os reflexos negativos de ordem patrimonial para o sócio sempre podem ser resolvidos em perdas e danos pela sociedade, seja pela própria capacidade econômica presumida da sociedade, seja pela inversão de valores no caso de se fazer prevalecer o interesse de um sócio ao interesse da maioria.

43-Danos ou prejuízos sem primordiais reflexos patrimoniais no âmbito da sociedade ganham relevo nas medidas urgentes, que podem nesse caso ter o contraditório diferido.

44-As astreintes buscam conferir efetividade à satisfação do direito pleiteado no âmbito societário mas não possuem finalidade sancionatória ou reparatória. O limite para fixação dos valores será o da razoabilidade. O reajuste do valor da multa tem eficácia *ex nunc*. No âmbito das medidas urgentes societárias ela é de titularidade da parte beneficiária.

45-Em caso de descumprimento da ordem de fazer ou não fazer o juiz civil não possui competência para ordenar a prisão de sócio ou administrador de sociedade.

46-É possível impor caução para a concessão da medida urgente sempre que: houver a possibilidade de prestação de garantia, a medida seja irreversível e se houver conteúdo patrimonial envolvido. A sociedade pode oferecer uma contracautela à medida urgente deferida para evitar transtornos sociais na suspensão de eficácia da deliberação.

47-Nega-se a concessão de tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade da medida. Para mitigá-la, um bem jurídico maior deve prevalecer à negativa de concessão de medidas urgentes irreversíveis. No âmbito das contendas societárias essa premissa, equivocada ou não, assume dimensões mais complexas, já que não há qualquer relação de hipossuficiência ou vidas em jogo, mas sim direitos que, ao final, se resumem a bens eminentemente patrimoniais em uma esfera estritamente mercantil, de negócios.

48-Tendo em vista a prevalência dos interesses sociais aos interesses de seus acionistas e a função social da sociedade empresária é muito difícil que haja interesses mais relevantes do que estes a autorizar o deferimento de medida urgente irreversível. Se se verificar que a medida concedida mostrou-se depois irreversível, o beneficiário deverá sempre arcar com as perdas e danos daí decorrentes.

49-A decisão judicial concessiva de medida urgente não antecipa a própria tutela, mas seus efeitos práticos, fazendo com que a parte beneficiária possa usufruir, nos limites do pedido e do que foi concedido em caráter provisório, de todas as consequências e decorrências da própria tutela jurisdicional.

50-Na antecipação dos efeitos da tutela meramente declaratória, antecipa-se, não só seus efeitos práticos, como também a própria existência ou inexistência da relação jurídica.

51-Na tutela constitutiva, efetivar ou antecipar efeitos significa antecipar a própria modificação jurídica no mundo do direito e traduzir no mundo dos fatos os efeitos concretos dessa modificação. Essa modificação é feita em regime provisório e em caráter reversível, sem o qual a antecipação não poderá se operar, senão pelo trânsito em julgado.

52-Na ação condenatória, como nos casos de tutela inibitória (com mais relevância para as medidas urgentes no processo societário), pretende-se evitar a prática de um ilícito ou a descontinuidade dele.

53-Na antecipação de efeitos meramente declaratórios ou constitutivos é possível antecipar seus efeitos principais e secundários. É possível antecipar-se efeitos práticos e secundários da sentença meramente desconstitutiva, a fim de obter-se resultados de cunho condenatório.

54-Na suspensão de deliberação social o primeiro efeito antecipado contido na medida urgente é a própria suspensão da eficácia da deliberação assemblear independente de qualquer atitude das partes. O primeiro efeito secundário é então a subsequente invalidade ou ineficácia de qualquer nova deliberação ou ato de administração social

decorrente diretamente dela ou tomado com base naquela cujos efeitos foram suspensos, bem como a impossibilidade de a sociedade executar a referida deliberação.

55-Não há porque pressupor uma ordem ou mandamentalidade incutida nas decisões de natureza desconstitutiva de deliberação assemblear para emprestar efetividade a esta última, por se tratar de efeito secundário da sentença.

56-O caráter executivo em sentido lato dos efeitos secundários da tutela constitutiva não se confunde com ordem ou comando, características típicas das tutelas condenatórias, nem com necessidade de processo de execução para sua efetivação.

57-Havendo conexão material entre a deliberação objeto da medida urgente e as deliberações dela decorrentes (ou que dela tenham seu pressuposto de eficácia de conteúdo ou de efeitos) serão estas últimas também ineficazes.

58-Não se vincula a eficácia das antecipações dos efeitos da declaração ou constituição a uma ordem inibitória.

59-A ação de anulação de deliberação assemblear é tratada como medida indistintiva para o acionista questionar a validade das deliberações sociais nulas e anuláveis.

60-O regime das nulidades no Direito Societário é diferente daquele que prevalece no Direito Civil, tendo em vista a necessidade de se preservar a estabilidade dos negócios realizados pelas companhias, que afetam não apenas elas próprias e seus acionistas, mas também um grande número de terceiros. Esse distanciamento possibilita as convalidações desses atos inquinados de eficácia sob a ótica do direito civil, impedindo sua retroatividade.

61-As medidas urgentes no âmbito societário são necessárias para obstar a deflagração de efeitos de deliberação viciada. Deve-se dar preferência à recomposição do dano ao invés da tutela específica em casos nos quais a medida urgente por algum motivo não foi obtida liminarmente.

62-Deve-se admitir a suspensão dos efeitos de deliberação nula de pleno direito ou inexistente, seja pela capacidade de produzir efeitos na vida real, alguns deles gerando danos concretos, seja para afastar a mera aparência de legalidade.

63-A tutela de urgência é baseada existência do perigo de dano irreparável e na verossimilhança das alegações, estabelecendo uma relação de interdependência.

64-O termo tutela da evidência, por se tratar de uma criação doutrinária ainda em construção, é vago e ávido por uma regulação legislativa que venha a delimitar seus contornos.

65-Atualmente verifica-se uma valorização da tutela da evidência e sua consequente desvinculação do *periculum in mora*, caracterizada pelo afastamento da necessidade de urgência como um passo a mais do *fumus boni iuris*. O perigo de dano estaria incutido na própria necessidade de se aguardar o desfecho do arco procedimental de um processo judicial.

66-A tutela somente da evidência constitui abandono da *ordinariedade* como paradigma central do sistema processual civil brasileiro, adotando-se uma nova forma de se identificar o requisito do *periculum in mora*, próxima da noção de dano marginal do processo

67-O desconforto na espera de um procedimento em contraditório é o preço a ser pago pela efetivação da garantia do devido processo legal.

68-Pela regra geral do atual ordenamento jurídico brasileiro o dano marginal do processo não é suficiente para dar ensejo à às hipóteses concretas de antecipação da tutela com base na verossimilhança. A cláusula do devido processo legal é que impõe essa situação.

69-Em caráter excepcional e de acordo com relação ao direito material envolvido, o legislador previu hipóteses nas quais o dano marginal seria tutelado e instituiu a antecipação do provimento com base apenas na verossimilhança das alegações. Assim, as exceções ao sistema da *ordinariedade* se fundam em elementos que possam justificá-las: ou na urgência, como fator de abreviação do iter procedimental, ou na escolha legislativa a respeito de determinados direitos que por suas peculiaridades prescindem da urgência.

70-A mera evidência pode ser tutelada desacompanhada do requisito da urgência, mas desde que prevista expressamente em lei. No âmbito do direito societário, apesar de salutar, essa hipótese não está tipificada.

71-As formas de pagamento e de cálculo na sentença de dissolução parcial de sociedade nunca poderão permitir que o regular funcionamento da sociedade seja prejudicado por conta desse desembolso ao sócio, mas também não pode implicar uma verdadeira moratória.

72-O juiz deve decidir no interesse social pela manutenção da legalidade, garantindo assim a preservação da sociedade e de seus fins sociais, prestigiando a tutela reparatória em detrimento da específica.

73-Será desconsiderada a personalidade jurídica quando houver abuso da forma, ou melhor, quando a autonomia da personalidade jurídica for utilizada para obstar a aplicação da lei, para se eximir de alguma obrigação contratual ou legal ou ainda para prejudicar interesses ou direitos de terceiros por meio de fraude.

74-É desnecessária ação autônoma para reconhecimento da fraude ou do abuso do direito para autorizar a desconsideração da personalidade jurídica.

74-É preciso conceder direito de defesa prévio à desconsideração, mas o contraditório pode ser postergado a um segundo se houver perigo de ineficácia dos atos executivos constitutivos sobre o patrimônio dos sócios. É possível ao juiz inverter o ônus da prova dos mas nesse caso deverá efetivar o contraditório primeiro.

76-É possível a desconsideração da personalidade jurídica inversa, por meio da qual se imputa à sociedade obrigação que formalmente seria do sócio.

77-O projeto do novo código de processo civil contempla um incidente de desconsideração da personalidade jurídica e prevê a tutela da evidência sem o requisito da urgência

78-A suspensão da deliberação pode conter eficácia condenatória e consiste na obrigação de não fazer seu objetivo com o objetivo de impedir a ocorrência iminente de uma ilegalidade. Nesse caso a deliberação assemblear ainda não ocorreu.

79-A suspensão da deliberação pode conter também eficácia constitutiva e consiste na suspensão dos efeitos da deliberação. Nesse caso a deliberação pode ou não ter ocorrido.

80-Se já houve deliberação e, assim, já existe uma situação jurídica que enseje extinção ou modificação por meio de uma tutela desconstitutiva, o pedido será de suspensão seus efeitos.

81-Todo pedido de suspensão voltado às deliberações sociais tem como premissa a ocorrência de uma ilegalidade. A demonstração e prova dessa ilegalidade no âmbito da medida urgente é condição para suprimimento do requisito da verossimilhança das alegações.

82-Deliberação social é de ser entendida em sentido amplo, como a deliberação da sociedade, de seus órgãos ou de seus sócios, administradores, conselheiros, etc. Basta que a deliberação esteja apta a deflagrar efeitos no mundo jurídico.

83-Suspender a eficácia de um ato significa tirar do ato a sua capacidade de deflegrar efeitos e não legitimar ações com base nele. Na suspensão das deliberações sociais é preciso centrar-se no conceito de suspensão da eficácia da deliberação, sem adentrar ao mérito de se tais decisões necessitam de execução em concreto ou não. Ao se suspender a eficácia da deliberação social, está a se impedir que os efeitos que lhes são próprios se produzam, impedido sua deflagração.

84-Deve-se indeferir a medida urgente se com a suspensão do ato forem causados mais prejuízos que a sua não suspensão. Por outro lado, deve-se deferir a medida urgente se prejuízos forem causados à própria sociedade com a execução da deliberação. Portanto, é necessária a análise dos prejuízos à sociedade com a suspensão dos efeitos da deliberação e ao acionista com o cumprimento da deliberação.

85-Nos casos em que os efeitos já foram deflagrados, isso não obsta o deferimento da medida urgente. Nesses casos, estão suspensos os efeitos do que já foi feito de concreto e do que vier a ser feito no futuro.

86-A legitimidade para ajuizar demanda de suspensão de deliberação assemblear é dos acionistas que votaram contra a deliberação independente de sua participação no capital, do acionista que se abstém de votar ou não comparece ao conclave, do acionista sem direito a voto, do Ministério Público e do novo e ex-acionista em determinadas situações, do acionista que votou por procuração, dos administradores e conselheiros, dos credores em determinadas situações, do acionista de holding, do usufrutuário e do nu proprietário. Não tem legitimidade para requerer a suspensão de deliberação social o acionista que vota a favor da deliberação,

87-A legitimidade passiva será sempre da sociedade.

88-Podem os sócios figurar como litisconsortes ativos ou passivos na ação que visa a suspender ou anular a deliberação social, por se tratar de litisconsórcio unitário-facultativo.

89-Há extensão dos efeitos da sentença de improcedência para os acionistas que não participaram da demanda de anulação de deliberação social.

90-É cabível produção antecipada de provas em dissolução parcial para apuração de haveres, sendo necessária a comprovação da urgência. É possível cumular esse pedido com o de busca-e-apreensão de documentos.

91-Em se tratando de pedido incontroverso, é possível a antecipação dos haveres na dissolução parcial, sendo imprescindível a demonstração de *periculum in mora*. Nesse caso, o juiz não pode se olvidar de decidir sempre em benefício da preservação da empresa, da continuidade dos negócios sociais e na saúde financeira de sua economia.

92-É cabível o afastamento de sócio (administrador ou não) da sociedade. Como corolário, é possível impedir sua permanência física na sociedade, suspender suas atividades de representação da sociedade, afastá-lo da condução direta dos negócios sociais e impedi-lo de votar nas assembleias a respeito de determinadas deliberações.

93-Em afastamento de administrador, deve o juiz indicar administrador de sua confiança e determinar que seu trabalho será desempenhado pelo tempo que for necessário para a assembleia ser convocada e novo administrador ser eleito temporariamente pelos acionistas.

94-No âmbito do direito societário o arrolamento pode servir de meio para se inventariar o acervo patrimonial da empresa, universalmente considerado, com o objetivo de obter um apanhado de sua situação patrimonial.

95-Na exibição de livros e documentos no direito societário cabe a aplicação de multa, sendo inaplicável a Súmula n. 372 do STJ.

96-A arbitragem é importante válvula de escape para solução dos conflitos empresariais, pela necessidade de uma resolução rápida e especializada.

97-São cabíveis medidas urgentes na arbitragem em razão do poder cautelar do árbitro.

98-O poder cautelar do árbitro decorre da jurisdição que ele exerce. A ausência de poder de império, exclusivo do juiz togado, não implica ausência de poder jurisdicional, mas o árbitro não pode usar a força para fazer valer suas decisões. Caso as partes não se sujeitem às decisões arbitrais, cabe ao árbitro (ou a própria parte prejudicada) pleitear perante o juiz sua efetivação e o cumprimento coercitivo pela parte recalcitrante.

99-São cabíveis medidas urgentes preparatórias à arbitragem, direcionadas ao juiz togado. Uma vez iniciado o processo arbitral, deve ser o árbitro possibilitado a rever a decisão cautelar deferida ou não, sendo que a eficácia da decisão tomada pelo juiz togado persiste até que esse juízo de re-ratificação seja efetuado na arbitragem.

100-Há relação de prejudicialidade havida entre o processo arbitral e o de execução, se naquele se discute a exigibilidade do título executado neste.

101-A existência de processo de execução do título executivo cuja validade se discute na arbitragem não tira a eficácia da cláusula compromissória nele contida.

102-É possível que a medida urgente deferida na arbitragem seja revista pelos próprios árbitros, pela mesma sistemática que rege a das medidas urgentes perante o Poder Judiciário.

103-Ao árbitro não cabe a executar suas sentenças arbitrais nem tampouco fazer uso da força para garantir a imperatividade e autoridade de seus provimentos. Tais atribuições, de competência exclusiva do juiz de direito, devem ser requisitadas a este último pelo árbitro.

104-Na arbitragem é aplicada a mesma sistemática processual do processo judicial no que se refere à responsabilidade objetiva do beneficiário da medida urgente.

105-As partes podem conferir aos árbitros poderes cautelares autorizando-os a proferir medidas urgentes em uma fase “pré-arbitral”, permitindo que aquelas eventualmente necessárias sejam proferidas no seio arbitral e por árbitros, afastando por completo a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário.

106-São cabíveis medidas judiciais para suspender o andamento de um processo arbitral ou mesmo para desconstituir os atos processuais tomados pelos árbitros.

<p style="text-align: center;">CAPÍTULO X BIBLIOGRAFIA</p>
--

**68-
OBRAS CITADAS**

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. A contrariedade na instrução criminal, , São Paulo, Saraiva, 1937.
- ALMEIDA, L. P. Moitinho de. Anulação e Suspensão de Deliberações Sociais, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- ALVARES, Samantha Lopes. Ação de dissolução de Sociedades, São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- ANDOLINA, Italo. “Cognizione” ed “execuzione forzata” nel sistema della tutela giurisdizionale, Milano, Giuffrè, 1983.
- _____. e Giuseppe Vignera. Il modelo costituzionale del processo civile italiano, Turim, Giapichelli, 1990.
- ADAMEK, Marcelo Vieira Von. Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas, São Paulo, Saraiva, 2009.
- ALBANO, Ângelo; FIORI, Pietro. FIORELLI, Gaetano Iorio; e MANNINO, Vincenzo. Il Nuovo Processo Societario, Napoli, Simone, 2003.
- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, São Paulo, Malheiros, 2008, trad. Virgílio Afonso da Silva.
- _____. “Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos no Estado de Direito Democrático” *in* Revista de Direito Administrativo n. 217, I-VI, 1999.
- _____. “Direitos fundamentais no estado constitucional democrático” *in* Revista de Direito Administrativo, vol. 217, julho/setembro 1999.
- ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das Sociedades Comerciais, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.
- ANTUNES, Nilton César. Poderes do árbitro, São Paulo, RT, 2002.
- ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, 21ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

- ARIETA, Giovanni; DE SANTIS, Francesco; MONTESANO, Luigi. Corso base di diritto processuale civile, 3ª ed., CEDAM, Padova, 2008.
- ARMELIN, Donaldo. Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro, São Paulo, RT, 1979.
- _____. “Perdas e danos – responsabilidade pelo ajuizamento de cautelar inominada e por litigância de má-fé – forma mais adequada de liquidação – indenização fixada pelos índices da ORNT”, in Revista de Processo, ano X, n. 39, jul-set., 1995.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo, “A raiz constitucional da antecipação de tutela”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, coord. Donaldo Armelin.
- ARRUDA ALVIM NETTO, “Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas)”, in Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 1996.
- _____. Manual de direito processual civil, 13ª ed., São Paulo, RT, 2009.
- _____. “Notas sobre a disciplina da antecipação de tutela na Lei 10.444, de maio de 2002, in Inovações sobre o direito processual civil: tutela de urgência, Rio de Janeiro, Forense, 2003, coord. Eduardo Arruda Alvim e José Manuel de Arruda Alvim.
- _____. “A evolução do direito e a tutela de urgência”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, coord. Donaldo Armelin).
- ASCARELLI, Tulio. Problemas das sociedades anônimas e de direito comparado, Saraiva, São Paulo, 1945.
- _____. “Inesistenza e nullità”, in Rivista di diritto processuale, 1956.
- ASSIS, Araken de. Cumulação de ações, 3ªed., São Paulo, RT, 1998.
- _____. O direito comparado e a eficiência do sistema judiciário, in Revista do Advogado n. 43, São Paulo, 1994.
- _____. “O *contempt of court* no direito brasileiro”, in Revista de Processo n. 111.
- _____. “Antecipação de tutela” in Aspectos Polêmicos da antecipação de tutela, São Paulo, RT, 1997, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier.
- ASSIS, Carlos Augusto, A Antecipação da tutela, São Paulo, Malheiros, 2001.
- ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Novas luzes sobre a destinação da multa prevista no art. 461, §4º, do CPC, in Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, São Paulo, RT, 2007, coord. Araken de Assis (et al.).

- ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica no direito tributário – entre permanência, mudança e realização, tese apresentada para o concurso de titularidade na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.
- BAINBRIDGE, Stephen M.. “Abolishing veil piercing”, *in* The Journal of Corporation Law, 2000-2001, vol. 26.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. “A antecipação de tutela na recente reforma processual”, *in* Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo, Saraiva, 1996, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira.
- BARBI FILHO, Celso. Dissolução parcial de sociedades limitadas, Belo Horizonte, Mandamentos, 2004.
- BARBOSA FILHO, Marcelo Fortes. Sociedade anônima atual, São Paulo, Atlas, 2004.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da duração dos processos, premissa para uma discussão séria, *in* Temas de direito processual: nona série, São Paulo, Saraiva, 2007.
- _____. Notas sobre o problema da efetividade do processo e da técnica processual, *in* Temas de direito processual, Sexta série, São Paulo, Saraiva, 1997.
- _____. Notas sobre o problema da efetividade do processo, *in* Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques, São Paulo, Saraiva, 1982.
- _____. Litisconsórcio unitário, Borsói, Rio de Janeiro, 1972
- _____. “Coisa julgada: extensão subjetiva”, *in* Direito processual civil, Borsói, Rio de Janeiro, 1971
- _____. “Antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil”, *in* Revista de Processo, 81, 1996.
- _____. “O futuro da justiça: alguns mitos”, *in* Revista de Processo, v. 102, abr.-jun. 2001.
- BASILICO, Giorgetta; CIRULLI, Massimo. Le condanne antitipate nel processo civile di cognizione, Giuffrè, Milano, 1998.
- BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph. Einführung in das Staatsrecht, 3ª ed., Heidelberg, 1991.
- BAUR, Fritz. Tutela jurídica mediante medidas cautelares, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1985, Trad. Armino Edgar Laux.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Código de Processo Civil Interpretado, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2008 (coord. Antônio Carlos Marcato).

- _____. Direito e processo, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995.
- _____. Direito e processo, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.
- _____. Direito e Processo, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.
- _____. Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.
- _____. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006.
- _____. Efetividade do processo e técnica processual, São Paulo, Malheiros, 2006.
- _____. Efetividade do processo e técnica processual, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006.
- _____. Código de Processo Civil Interpretado, 3ª ed., Atlas, 2008, coord. Antônio Carlos Marcato.
- BERMUDES, Sérgio. A reforma do Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995.
- BESSIERE, Véronique, COISPEAU, Olivier. L'évaluation des entreprises, Ontario, Séfi, 1992.
- BENETI, Sidnei. "Arbitragem e tutelas de urgência", *in* Revista do Advogado n. 87, São Paulo, AASP, setembro de 2006.
- BERG, Albert Van Den. Improving the Efficiency of Arbitration Agreement and Awards Application: 40 years of the New York Convention, The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- BETTINI, Romano; e PELLEGRINI, Fulvio. Circolo vizioso giudiziario o circolo vizioso legislativo? La durata dei procedimentnti giudiziari in Italia, *in* Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, 2007.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Nova lei de recuperação e falências comentada, 3ª ed., São Paulo, RT, 2005.
- _____. Nova lei de recuperação e falências comentada, 6ª ed., São Paulo, RT, 2009.
- BIANQUI, Pedro Henrique Torres, Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil, Saraiva, São Paulo, 2011.
- BIELSA, Rafael, e GRÑA, Eduardo, Tiempo y proceso, *in* Revista del Colegio de Abogados de La Plata, La Plata, 55, 1994.
- BONACCORSI, Domenico. La tutela cautelare d'urgenza contro le delibere assembleari, Le Società 5, Milão, 1988.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. O novo CPC – a terceira etapa da reforma, São Paulo, Saraiva, 2006.

- _____. Embargos de Declaração, São Paulo, Saraiva, 2005.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais, Atlas, São Paulo, 2006.
- BOLFER, Sabrina Ribas. Arbitragem comercial internacional e anti-suit injunctions, Curitiba, Juruá, 2007.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. “A coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor”, in Processo civil – 20 anos de vigência, Saraiva, São Paulo, 1995, coord. José Rogério Cruz e Tucci.
- _____. “A crise do judiciário e o processo”, in Teses, estudos e pareceres de processo civil, vol. 1, RT, 2005, São Paulo.
- BOVE, Mauro. “Art. 111 cost. e ‘giusto processo civile’”, in Rivista di Diritto Processuale, anno LVII, n. 2, aprile-giugno, 2002, CEDAM, Milano.
- BRAGA, Paula Sarno, Aplicação do devido processo legal nas relações privadas, Jus Podivum, São Paulo, 2008.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. Breves considerações sobre o princípio do contraditório e da ampla defesa no processo civil, in Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, RT, São Paulo, 2007, coord. Araken de Assis (et al.).
- BULGARELLI, Waldírio. O novo direito empresarial, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.
- _____. Regime Jurídico da proteção às minorias nas S/A, Renovar, Rio de Janeiro, 1990.
- _____. Sociedades Comerciais. São Paulo, Atlas, 1998.
- _____. Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A: de acordo com a reforma da Lei 6404/76, Renovar, Rio de Janeiro, 1998
- _____. “Anulação de assembleia geral de sociedade anônima”, in RT 514/63.
- _____. “A falácia do dividendo obrigatório”, in Estudos e pareceres de direito empresarial (o direito da empresas), RT, São Paulo, 1980
- BULOW, Oskar Von. Teoria das exceções e dos pressupostos processuais, 2ª ed., LZN, Campinas, 2005.
- BUZAID, Alfredo. Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1956.
- CALABRESI, Guido, The costs of accidents – a legal and economic analysis, Yale University Press, London, 1970.
- CALAMANDREI, Piero. “La condanna genérica ai danni”, in Studi sul processo civile, vol. II, Pádua, CEDAM, 1934.

- _____. Verità e verosimiglianza nel processo civile”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1955.
- _____. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares, Servanda, Campinas, 2000, trad. Carla Roberta Andreasi Bassi.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem, *Lumen Juris*, 5ª ed., 2009.
- _____. Redução do valor da astreinte e efetividade do processo, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo, RT, 2007, coord. Araken de Assis (et al.).
- CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo código civil, 6ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2005.
- _____. “A dissolução da sociedade anônima por impossibilidade de preenchimento de seu fim”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, n. 3, 1995
- CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant, Acesso à justiça, Sergio Antônio Fabris editor, Porto Alegre, 1988, trad. Ellen Gracie Northfleet.
- CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem no processo civil brasileiro, Malheiros, 1993.
- _____. Arbitragem e Processo, Atlas, 2ª ed., 2004
- _____. “Das boas relações entre juízes e os árbitros”, in *Arbitragem*, Revista do Advogado, n. 51 (out/97).
- CARNELUTTI, Francesco. Diritto e Processo, Napoli, Morano, 1953-1958.
- _____. “Eccesso di potere nelle deliberazioni dell’assemblea delle anonime”, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1926
- CARNEIRO, Athos Gusmão. “Arbitragem. Cláusula Compromissória. Cognição e Imperium. Medidas Cautelares e Antecipatórias. Civil Law e Common Law. Incompetência da Justiça Estadual”, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 3, IOB, jul/set 2004.
- _____. Da antecipação de tutela, 6ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, pp. 1 e ss.
- CARRATTA, Antonio. Profili sistematici della tutela anticipatoria, Giappichelli, Torino, 1997.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Tratado Geral da Arbitragem, Mandamentos, 2000.
- CARVALHO, Fabiano. Execução da Multa (Astreinte) prevista no artigo 461 do CPC. *Revista do Processo*, n. 114.
- CARVALHO, Rodrigo Benevides de. Técnica processual e controvérsias derivadas da lei das sociedades por ações, Tese de doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

- CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 3º vol., 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2003.
- _____. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 1º vol., 5ª ed., Saraiva, São Paulo, 2011.
- _____. Comentários ao Código Civil, vol. 13, Saraiva, São Paulo, 2003.
- _____. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, v. 4, t. I, Saraiva, 1998.
- _____. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, v. 4, t. II, Saraiva, 2009.
- _____. Direito Econômico, RT, São Paulo, 1973.
- CAVALCANTI FILHO, Theófilo. O problema da segurança no direito, RT, São Paulo, 1964.
- CAVALLINI, Cesare. “Questioni rilevabili d’ufficio e processo societario”, *in* Rivista di Diritto Processuale, anno LX, n. 3, luglio-settembre, CEDAM, Milano, 2005 (cattolica del Sacro Cuore)
- CCI, Publicação da Câmara de Comércio Internacional, 2006, versão em português preparada pelo Comitê Brasileiro da CCI.
- CHAINAIS, Cécile. La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil em droit français et italien, Dalloz, Paris, 2007.
- CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione, Revista de Processo n. 152, São Paulo, 2007.
- _____. Il rito societário a cognizione piena: um modello processuale da sopprimere”, *in* Rivista Trimestrale di Procedura Civile, anno LX, n. 3, settembre, 2006.
- CHIAVASSA, Tércio, Tutelas de urgência cassadas – a recomposição do dano, São Paulo, Quartier Latin, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1969 (trad. J. Guimarães Menegale, notas Enrico Tullio Liebman).
- _____. Instituições de Direito Processual Civil, vol. I, 2ª ed., Bookseller, Campinas, 2000, Trad. Paolo Capitanio;
- _____. Principii di diritto processuale civile, Napoli, Jovene, 1965.
- CHRISTIE, George C., “The model of principles”, *in* Duke Law Journal 17 (1968).
- Conselho Nacional de Justiça, “Relatório Justiça em Números – sumário executivo”, 2010, disponível em www.cnj.jus.br.
- COASE, Ronald, H., The firm, the market and the law, The University of Chicago Press, Chicago, 1988.
- _____. The nature of the firm, *in* The firm, the market and the law, The university of Chicago Press, Chicago, 1990.

- _____. The problem of social cost, *in* The firm, the market and the law, The university of Chicago Press, Chicago, 1990.
- _____. The New Institucional Economics, *The American Economic Review*, Vol. 88, No. 2, Papers and Proceedings of the Hundred and Tenth Annual Meeting of the American Economic Association. (May, 1998).
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, 5ª ed., vol. 2, São Paulo, Saraiva, 2003.
- _____. A Sociedade Limitada no Novo Código Civil, São Paulo, Saraiva, 2003.
- _____. O futuro do Direito comercial, Saraiva, São Paulo, 2011.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e giusto processo, modelli a confronto, Revista de Processo n. 90, São Paulo, 1998.
- _____; e VEDOVA Paolo Della. Lineamenti di Diritto Processuale Societário, Milano, Giuffrè, 2006.
- COMMONS, John R., Legal foundations of capitalism, The Law Book Exchange, New Jersey, 2006.
- COMPARATO, Fabio Konder. O poder de controle na sociedade anônima, Forense, Rio de Janeiro, 1983.
- _____. O poder de controle na sociedade anônima, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993.
- _____. “Sociedade anônima – Ações ao portador, inexistência de quase-usufruto, limites ao exercício dos direitos do usufrutuário”, parecer, in RT 507/45.
- CONTE, Riccardo. L’ordinanza di ingiunzione nel processo civile, CEDAM, Padova, 2003.
- COOTER, Robert; ULEN, Tomas, Law and Economics, Pearson Addison Wesley, 2004.
- COSTA, Guilherme Recena. “Entre função e estrutura: passado, presente e futuro da tutela de urgência no Brasil”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010.
- COSTANTINO, Giorgio. “La partecipazione del giudice al processo societario”, in Revista di Diritto Processuale, anno LVIII, n. 2, aprile-giugno, 2003, p. 430
- COSTA E SILVA, Paula, “A sobrevivência do Summ Quique tribuere: fungibilidade de tutela de meios na tutela cautelar civil”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, coord. Donaldo Armelin.
- CUNHA, Luciana Gross, Juizado especial cível – criação, instalação, funcionamento e a democratização do acesso à justiça, Saraiva, 2008.
- CUNHA BARBOSA, Henrique. A exclusão do acionista controlador na sociedade anônima, Rio de Janeiro, Campus/Elsevier, 2009.

- DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão, *Revista de Processo* n. 65, São Paulo, 1992.
- DENTI, Vittorio. “Inesistenza degli atti processuali civili”, n. 2, *in* *Novissimo digesto italiano*, vol. VIII, Utet, Torino, 1962.
- _____. “Crisi della giustizia della società, *in* *Rivista di Diritto Processuale*, 1983, p. 591
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa, Tese apresentada perante Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1990.
- DIAS, Jean Carlos. Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade, Juruá, Curitiba, 2003.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Direito processual civil, vol. 1, 6ª ed, Juspodivm, Salvador, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Instrumentalidade do processo, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998.
- _____. Instrumentalidade do processo, 7ª ed., Malheiros, São Paulo, 1999
- _____. Instituições de direito processual civil, vol. I, Malheiros, São Paulo, 2001.
- _____. Instituições de direito processual civil, vol. III, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.
- _____. Instituições de direito processual civil, vol. II, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- _____. Execução Civil, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. A reforma da reforma, São Paulo, Malheiros, 2003.
- _____. A reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 1996.
- _____. “Litisconsórcio necessário – Controle jurisdicional do ato administrativo”, *in* *Revista Forense* 333/179.
- _____. “O Regime jurídico das medidas urgentes”, *in* *Nova era do processo civil*, Malheiros, 2003.
- _____. Relendo princípios e renunciando a dogmas, *in* *Nova era do processo civil*, Malheiros, São Paulo, 2003.
- _____. O futuro do processo civil brasileiro, *in* *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000.
- _____. Aceleração de procedimentos, *in* *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000.
- _____. Efetividade do processo e poderes do juiz, *in* *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, vol. I, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000.

- _____. O princípio do contraditório e sua dupla destinação, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol. I, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000.
- _____. Inflação e processo: evolução histórica e realidade atual, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol. I, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000.
- _____. Direito e Processo, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol. I, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000.
- _____. Litisconsórcio, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.
- _____. “Processo civil comparado”, *in* Fundamentos do processo civil moderno, vol. II, 3ª ed., Malheiros, 2000.
- _____. Inflação e processo: evolução histórica e realidade atual, *in* Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol. I, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000.
- _____. “Momento de eficácia da sentença constitutiva”, *in* Fundamentos do processo civil moderno, vol II, 3ª ed., Malheiros, São Paulo, 2000.
- _____. CARLOS ALBERTO CARMONA, A arbitragem no processo civil brasileiro, Malheiros, 1993(prefácio).
- DOBBS, Dan B., “Contempt of court: A survey”, *Cornell Law Review*, vol. 56, 1971.
- DUARTE, Ricardo Quass, O tempo inimigo no processo civil brasileiro, São Paulo: LTr, 2009.
- DUARTE, Ronnie Preuss, Garantias constitucionais do processo e o procedimento nas entidades privadas – uma hipótese de eficácia horizontal dos direitos processuais fundamentais?, *in* Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, RT, São Paulo, 2007, coord. Araken de Assis (et al.).
- DWORKING, Ronald, Taking rights seriously, 2ª ed., Duckworth, London, 1978.
- ESSER, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen fortbildung des privatrechts, 3ª ed., Mohr, Tübingen, 1974.
- ESTRELLA, Hernane. Apuração de haveres de sócio, 5ª ed., , Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- EIZIRIK, Nelson. Sociedades Anônimas - jurisprudência, Tomo III, vols. I e II, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. A Lei das S/A comentada, vols. I, II e III, São Paulo, Quartier Latin, 2011.
- ETCO, Instituto, “Direito e Economia – percepções sobre a justiça”, (www.etco.org.br/user_file/Pesquisa_ETCO_DireitoEconomia_2009.pdf).
- FABIANI, Massimo. “Il rito cautelare societário (contraddizioni e dubbi irrisolti)”, *in* Rivista di Diritto Processuale, anno LIX, n. 1, gennaio-marzo, CEDAM, Milano, 2004.

- _____. “La partecipazione del giudice al processo societario”, *in* Rivista di Diritto Processuale, anno LIX, n. 1, gennaio-marzo, CEDAM, Milano, 2004.
- FARBER, Daniel A., e FRICKEY, Philip P., Law and public choice – a critical introduction, The University of Chicago Press, Chicago, 1991.
- FAZZALARI, Elio, Istituzioni di diritto processuale, CEDAM, Padova, 1994.
- FERRAZ, Shéri da, Acesso à justiça – uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil, Editora FGV, 2010.
- FERRAZ JR, Tércio Sampaio, “Irretroatividade e jurisprudência judicial”, in Efeitos ex nunc e as decisões do STJ, 2ª ed. São Paulo, Manole, 2009, coord. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Roque Carrazza e Nelson Nery Jr.).
- FERRI, Corrado, “I procedimenti cautelari ed urgenti in matéria di società commerciali”, in Processo civile e società commerciali, Giuffrè, Milano, 1995.
- _____. Profili del accertamento costitutivo, CEDAM, Padova, 1970.
- FINZI, Enrico. “Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria”, in Rivista di diritto processuale, Padova, CEDAM, 1926.
- FUIANO, Mario Pio. “L’estinzione del processo societario”, *in* Rivista di Diritto Processuale, anno LXI, n. 2, CEDAM, Milano, 2006.
- FONSECA, Joaquim Taveira da, Deliberações sociais: suspensão e anulação, CEJ, Porto, 1994.
- FONSECA, Priscila M. P. Correa da. Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio, Atlas, São Paulo, 2002.
- _____. Suspensão de deliberações sociais, Saraiva, São Paulo, 1986.
- FORGIONI, Paula Andrea, Os fundamentos do antitruste, RT, São Paulo, 1998.
- _____. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 54, 2005.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes, “Ilegitimidade de parte e falta de interesse processual da companhia para requerer a anulação das próprias deliberações”, *in* Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa, Malheiros, São Paulo, 2009.
- _____. Legitimação do sócio da sociedade controladora para pleitear a anulação de assembléia da controlada subsidiária integral, *in* Temas de direito societário, falimentar e teoria da empresa, São Paulo: Malheiros, 2009.

- _____. “Legitimação do sócio da sociedade controladora para pleitear a anulação de assembleia da controlada subsidiária integral”, in *Revista de Direito Mercantil* n. 129, 2003.
- _____. *Invalidez das deliberações de Assembleia das S/A*, Malheiros, São Paulo, 1999.
- _____. “Lineamentos da reforma do direito societário italiano em matéria de invalidez das deliberações assembleares”, in *Revista de Direito Mercantil* n. 134, abril-julho 2004.
- FURTADO, Paulo; e BULOS, Uladi L.. *A Lei de Arbitragem Comentada*, São Paulo: Saraiva, 1997.
- FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, Saraiva, São Paulo, 1996.
- GAINO, Itamar, *Responsabilidade dos sócios na Sociedade Limitada*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009.
- GARCEZ, José Maria Rossani. “Medidas cautelares e de antecipação de tutela na arbitragem”, in *Arbitragem doméstica e internacional*, FERRAZ, Rafaella; e MUNIZ Joaquim de Paiva (coord), Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GARRIGUES Joaquín; URÍA, Rodrigo. *Comentario a la ley de sociedades anónimas*, vol. 1, 3ª ed., Madrid, 1976.
- GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da reforma do processo civil*, vol, IV, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOMES, Orlando, *Introdução ao direito civil*, 10ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1993.
- GONNET, Gabriella Rampazzo. *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, CARPI Federico; e TARUFFO Michele (coord), 3ª ed., CEDAM, 1994.
- GORGA, Érica Cristina Rocha. *Direito Societário Brasileiro e desenvolvimento do mercado de capitais: uma perspectiva de “Direito e Economia”*, Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.
- GRAU, Eros Roberto Grau; FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, a empresa e o contrato*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Parecer – Arbitragem: ação anulatória e embargos do devedor”, in *Revista Brasileira de Arbitragem* n. 18, IOB, abr/jun 2008.

- _____. O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo, *in* O processo em sua unidade, Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. As garantias constitucionais do direito de ação, RT, São Paulo, 1973.
- _____. Coisa julgada e terceiros, *in* Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, RT, São Paulo, 2007, coord. Araken de Assis (et al.).
- _____. O sistema de nulidades processuais e a Constituição, *in* Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, EIJ, 1993.
- _____; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. Participação e Processos, RT, São Paulo, 1988.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. Princípio da Proporcionalidade no processo civil, São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil, Barcelona: Labor, 1936 (trad. Leonardo Prieto Castro, notas Niceto Alcalá-Zamora Castillo).
- GOMMELLINI, Alberto. “Sulla sospensione dell’esecuzione delle delibere assembleari”, *in* Rivista del Diritto Commerciale 1, 1987.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo, Aide, Rio de Janeiro, 2001.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. “Os Paradoxos da Certeza do Direito”, *in* Revista DireitoGV 3, v. 2, n. 1, jan-jun 2006.
- GONNET, Gabriella Rampazzo. Commentario breve al Codice di Procedura Civile, 3ª ed., Milano: CEDAM, 1994, (coord. Federico Carpi e Michele Taruffo).
- GRAZIANI, Alessandro. Diritto de la società, 5ª ed., Morano, Napoli, 1963.
- GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo, Revista Jurídica n. 305, São Paulo, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. “*Liquidação e interpretação da sentença*”, *in* Atualidades sobre liquidação de sentença, São Paulo: RT, 1997 (coord. Tereza Arruda Alvim Wambier).
- GUIMARÃES, Flávia Lefrèvre. Desconsideração da personalidade jurídica no código do consumidor - aspectos processuais, Max Limonad, São Paulo, 1998.
- GÜNTER, Klaus, Teoria da Argumentação no direito e na moral: justificação e ampliação, Landy, São Paulo, 2004, trad. Cláudio Moltz.
- HAZARD JR., Geoffrey C.. TARUFO, Michele. American civil procedure – an introduction, Yale University Press, New York, 1993.

- HENDRIKSEN, Eldon S.; VAN BRED, Michael F.. *Accounting theory*, 5ª ed., Illinois: Richard D. Irwing, 1992.
- HERRMANN JR., Frederico. *Contabilidade superior: teoria econômica da contabilidade*, São Paulo: Atlas, 1972.
- HOFFMAN, Paulo. “Arbitragem: algumas dúvidas processuais práticas quando o juízo estatal é chamado a intervir”, in JOBIM, Eduardo; e MACHADO Rafael Bicca (coord.), *Arbitragem no Brasil – aspectos jurídicos relevantes*, São Paulo, Quartier Latin, 2008.
- _____. O direito à duração razoável do processo e a experiência italiana, in *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004*, RT, São Paulo, 2005, coord. Teresa Arruda Alvim.
- _____. *Razoável duração do processo*, São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- HUGHES, Graham. “Policy and decision making”, in *Yale Law Journal* 77 (1968).
- IRTI, Natalino. *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, Padova, 1998.
- _____. Teoria generale del diritto e problema del mercato, *Rivista di diritto civile*, Padova, v. 46, Laterza, Padova, 1998.
- _____. Teoria general del diritto e problema del mercato, in *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma, 2003
- _____. “Economia di mercato e interesse pubblico” in *Rivista Trimestrale Di Diritto e Procedura Civile*, Milano Dott. A. Giuffrè Editore, 2000.
- JOMMI, Alessandro. *Il référé provision*, Giappichelli, Torino, 2005.
- KANE, Mary Kay. *Civil procedure*, Thompson/West, St. Paul-MN, 2007.
- LA CHINA, Sergio. *L’arbitrato – il sistema e l’esperienza*, Milano: Giuffrè, 1995.
- _____. *L’esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Giuffrè, Milano.
- LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, Forense, Rio de Janeiro, 1980.
- LAGRASTA, Caetano, “A quem interessa a arbitragem?”, in *Revista do IASP*, ano 12, n. 23, janeiro/junho 2009.
- LARENZ, Karl, *Richtiges Recht*, Beck, München, 1979.
- LAZZARESCHI NETO, *Lei das Sociedades por Ações anotada*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- LEÃES, Luiz Gastão de Barros. *Pareceres*, vol. II, Singular, São Paulo, 2004.
- LEAL, Rogério Gesta, *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*, ENFAM, Brasília, 2010.

- LEMES, Selma M. Ferreira. “Medidas cautelares prévias à instituição da arbitragem”, *in* Revista de Arbitragem e Mediação, n. 20, 2009.
- _____. “A inteligência do art. 19 da Lei de Arbitragem (instituição da arbitragem) e as medidas cautelares preparatórias”, *in* Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 20, abr/jun 2003.
- LENER, Raffaele “Provvedimenti d’urgenza e società per azioni, Rivista di Diritto Civile n. 2, 1985.
- LEONEL, Ricardo de Barros, Manual do Processo Coletivo: de acordo com a Lei 10.444/02, RT, São Paulo, 2002.
- _____. “Direito processual civil francês”, *in* Direito processual civil europeu contemporâneo, Lex, São Paulo, 2010, p. 131, coord. José Rogério Cruz e Tucci
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. Saraiva, São Paulo, 1946.
- _____. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada, 4^a ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, atualização de Ada Pellegrini Grinover.
- LOBO, Carlos Augusto da Silveira. “O procedimento cautelar pré-arbitral CCI”, *in* Arbitragem doméstica e internacional, FERRAZ, Rafaella; e MUNIZ Joaquim de Paiva (coord), Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- LOBO, Jorge Joaquim. “A empresa: novo instituto jurídico”, *in* Revista de Direito Mercantil n. 125, p. 32, jan./mar. 2002
- LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, Tutela antecipada sancionatória, São Paulo, Malheiros, 2006.
- LOPES, João Batista, Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil, Revista de Processo n. 116, São Paulo, 2004.
- _____. Princípio da proporcionalidade e efetividade do processo civil, *in* Estudos de Direito Processual Civil, Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, São Paulo, RT, 2006.
- _____. Antecipação de tutela e o art. 273 do CPC, *in* RT 728/72.
- _____. Condomínio, 10^a ed., RT, São Paulo, 2008.
- _____. “Contraditório e abuso do direito de defesa na execução”, *in* Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira RT, São Paulo, 2006, p. 332, coord. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier
- LUCENA, José Waldecy. Das sociedades limitadas, 6^a ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- LUCENA DE MENEZES, Paulo. “Acordo de acionistas”, in *Acontece nas grandes famílias*, Saraiva, São Paulo, 2008, coord. Paulo Lucena de Menezes e Marcelo Melo.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Embargos à execução*, Saraiva, São Paulo, 1996.
- _____. *Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas*, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, coord. Araken de Assis (et al.).
- _____. *Garantia do tratamento paritário das partes*, in *Garantias constitucionais do processo Civil*, São Paulo: RT, 1999, José Rogério Cruz e Tucci (coord.).
- _____. “Devido processo legal substancial”, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, v. II, 2002. Cfr. tb. http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6, acesso em 2/11/2011).
- MACIEL, Adhemar Ferreira, “O devido processo legal e Constituição brasileira de 1988”, in *Revista de Processo*, n. 85, 1997.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, São Paulo, 1996.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*, vol. III, 6ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.
- _____. *Diritto Processuale Civile*, vol. IV, 19ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2007.
- MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: RT, 2001.
- _____. *A função dos pressupostos processuais no processo civil contemporâneo*, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, coord. Araken de Assis (et al.).
- _____. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995
- _____. *A antecipação da Tutela*, 11ª ed., São Paulo, RT, 2009.
- _____. *A antecipação da Tutela*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.
- _____. *A antecipação de tutela*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

- _____. Tutela inibitória, 2ª ed., São Paulo, RT, 2001.
- _____. Técnica processual e tutela de direitos, 3ª ed, RT, 2010, São Paulo.
- _____. “Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição”, *in* Garantias constitucionais do processo Civil, RT, São Paulo, 1999, coord. José Rogério Cruz e Tucci.
- _____; e MITIDIERO, Daniel, O projeto do CPC – críticas e propostas, RT, 2010, São Paulo.
- _____; e MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado artigo por artigo, São Paulo, RT, 2008.
- _____; e ARENHART, Curso de Processo Civil, v. 4: processo cautelar, São Paulo, RT, 2008.
- MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil, vol. II, Forense, Rio de Janeiro, 1966.
- _____. Instituições de direito processual civil, vol IV, Saraiva São Paulo, 1969.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. “A contribuição de Klauss Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios”, *in* Revista DireitoGV 3, v. 2, n. 1, jan-jun 2006.
- MARTINS, Pedro A. Batista. “Apontamentos sobre a arbitragem no Brasil”, *in* Revista do Advogado, n. 51, out/97.
- MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MAZZARELA, Ferdinando e TESORIERE, Giovanni. Corso di Diritto Processuale Civile, 2ª ed., Padova: CEDAM, 2007.
- MECHELLI, Stefano. “Sull’opportuno combinarsi di misure cautelari tipiche ed atipiche in tema di impugnazione di deliberazioni assembleari”, *in* Rivista del Diritto Commerciale 7-8, 1996
- MELLO, Maria Tereza Leopardi. “Direito e Economia em Weber”, *in* Revista DireitoGV 4, v. 2, n. 2, jul-dez 2006.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. O responsável executivo secundário – a defesa do fiador, sócio, cônjuge e congêneres, São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MELLO FRANCO, Vera Helena de. “Dissolução parcial e recesso nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Legitimidade e procedimento. Critério e momento de apuração de haveres”, *in* Revista de Direito Mercantil, vol. 75.

- MENDES, Gilmar Ferreira, “Significado do direito de defesa”, in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos, São Paulo, out./99 (Informativo CONSULEX - 13.9.93).
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. I, 5ª ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1954.
- MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar, Princípio constitucional da duração razoável do processo, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, coord. Araken de Assis (et al.).
- MERCURO, Nicholas, e MEDEMA, Steven G., *Economics and the Law – from Posner to Post-Modernism*, Princeton University Press, Princeton, 1997.
- MIRANDA, Gilson Delgado de. *Código de Processo Civil Interpretado*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONOBE, Massanori. Contribuição à mensuração e contabilização do goodwill não adquirido. Tese de doutoramento na Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo-USP, 1986.
- MONTESANO, Luigi. *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Cacucci, Bari, 1981.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. “Desconsideração da personalidade jurídica e grupos de sociedades”, in *Revista de Direito Mercantil* n. 134, abril-julho 2004.
- MUNIZ, Petrônio R. G.. “A tutela antecipatória no procedimento pré-arbitral”, in LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; e MARTINS, Pedro Batista (coord.), *Arbitragem – estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares*, São Paulo: Atlas, 2006.
- NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 42ªed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- _____. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 40ªed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 39ªed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 34ªed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*, 31ª ed., Saraiva, 2000
- NEIVA, Raimundo Alelaf. *Valor de mercado da empresa*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 10ª ed., RT, São Paulo, 2010.

- NETO, Abílio, Código de Processo Civil anotado, 22ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009.
- NEVES, Celso. Estrutura fundamental do processo civil, Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações probatórias autônomas, Saraiva, São Paulo, 2008.
- _____. “Tutela antecipada e tutela cautelar”, in Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio Baptista da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, coord. Donaldo Armelin.
- NICOLÒ, Trocker. “Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali”, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, junho, 2001, Giuffrè, Milano.
- _____. NICOLÒ TROCKER, Processo civile e costituzione, Giuffrè, Milano, 1974,
- NORTH, Douglas C., The political economy of merchant empires, Cambridge University Press, New York, 1991.
- _____. Institutions, institucional change and economic performance, Cambridge University Press, New York, 1990.
- NUNES, Thiago Maurinho. “A prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro”, in Revista Brasileira de Arbitragem n. 5, IOB, out/dez 2005.
- _____. “Arbitragem Institucional, Anti-suit Injunctions e Princípio da Autonomia”, in Revista Brasileira de Arbitragem n. 16, IOB, out/dez 2007.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.
- _____. Do formalismo no processo civil, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009.
- _____. “Garantia do contraditório”, in Revista da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008, vol. 15.
- _____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais, Revista de Processo, n. 113, São Paulo, 2004.
- _____. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo II, Forense, Rio de Janeiro, 1998.
- OLIVEIRA, Maria Rosynete, Devido processo legal, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1999.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Constituição, processo, e o princípio do due process of law, in Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim, RT, São Paulo, 2007, coord. Araken de Assis (et al.).

- ORNELAS, Martinho Maurício Gomes de. *Avaliação de Sociedades*, São Paulo: Atlas, 2001.
- PARÁ FILHO, Tomás Francisco de Madureira, *Estudo sobre a sentença constitutiva*, lael, São Paulo, 1973.
- PASSARELA, Daniela. *Processo Civile e Processo Societário: Riti a Confronto*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.
- PÉNE, Didier. *Évaluation et prise de contrôle de l'entreprise*, vol. 2, Paris: Economica, 1993.
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Dissolução e Liquidação de sociedades*, Brasília: Brasília Jurídica, 1995.
- PEREIRA, Luiz Fernando C., *Medidas urgentes no direito societário*, São Paulo, RT, 2002.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes, *O princípio do devido processo legal substantivo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2005.
- PERONI, Francesco. "Giusto processo e doppio grado di giurisdizione nel merito", *in* *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVI, n. 3, luglio-settembre, 2001, CEDAM, Milano.
- PETRILLO, Chiara. "La tutela degli interessi collettivi e dei individuale omogenei nel processo societario", *in* *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXI, n. 1, gennaio-marzo, 2006, CEDAM, Milano.
- PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, Max lemond, São Paulo, 1996.
- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene, 1994.
- _____. *I provvedimenti anticipatori di condanna*, Foro Italiano, 1990.
- POLICHUK, Renata *Segurança Jurídica dos atos jurisdicionais*, dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2011.
- PONTES, Aloysio Lopes. *Sociedades Anônimas*, v. II, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1957.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo IX, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, 3ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1997.
- _____. *Comentários à Constituição de 1946*, 3ª ed., Borsoi, Rio de Janeiro, 1960.
- _____. *Tratado de direito privado*, V, 3ª ed. (reimpr.), RT, São Paulo, 1980.

- _____. História e prática do habeas corpus (direito constitucional e processual comparado), tomo I, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 1979.
- PORTANOVA, Raul, Princípios do processo civil, 5ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.
- POSNER, Richard, The future of the Law and Economics movement in Europe, *International Review of Law and Economics on Law*, vol. 17, 1997.
- _____. The economics of justice, Harvard University Press, 1983.
- PRADO, Vinícius de Andrade. “Medidas cautelares no procedimento arbitral”, *in* Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação, série Grupos de Pesquisa n. 1, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.
- PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul, São Paulo: LTr, 1997.
- QUATRARO, Bartolomeo, e TOSI, Emilio, Il controllo giudiziario delle società: rassegna critica di dottrina e giurisprudenza sull’art. 2409 C.C., 2ª ed., Giuffrè, Milano, 1997.
- REALE, Miguel, Revogação e anulamento do ato administrativo, 2ª Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1980.
- REDENTI, Enrico. Il giudizio civile con pluralità di parti, Giuffrè, Milano, 1960, n. 42.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1995;
- _____. Abuso de Direito e Fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine), *in* RT n. 410, 1969.
- _____. “Projeto de Código Civil. Apreciação crítica sobre a parte Geral e o Livro I (das obrigações)”, *in* RT 477/11-27, jul. 1975, p. 19-20
- RESTIFFE, Paulo Sérgio. Dissolução de sociedades, Saraiva, São Paulo, 2011
- _____. “Tutela jurisdicional direfenciada no direito societário”, *in* Temas atuais das tutelas diferenciadas – Estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin, Saraiva, São Paulo, 2009, coord. Mirna Cianci, Rita Quartieri, Luiz Eduardo Mourão e Ana Paula C. Giannico.
- RIBEIRO, Manuel de Almeida, Um debate sobre a morosidade da justiça, Almedina, Coimbra, 2009.
- RIBEIRO, Renato Ventura. Exclusão de sócios nas sociedades anônimas, São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- RICCI, Edoardo, “A evolução da tutela urgente na Itália, *in* Tutelas de urgência e cautelares – estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva, Saraiva, São Paulo, 2010, coord. Donaldo Armelin.

- RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Celeridade processual versus segurança jurídica, *Revista de Processo* n. 120, São Paulo, 2005.
- ROMERO, Anna Paula Bernes, “As restrições verticais e a análise econômica do direito”, in *Revista de Direito da GV*, vol. II, n. 1, jan-jun 2006.
- ROPPO, Vincenzo, *O contrato*, Coimbra, Almedina, 1988.
- ROSA Alexandre Morais da, e LINHARES, José Manuel Aroso, *Diálogos com a Law & Economics*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- ROSA, Pêrsio Thomaz Ferreira. “A arbitragem e o Poder Judiciário: questão pontual sobre a harmonia entre as duas jurisdições”, in *Revista Fórum CESA*, ano 4, n. 10, jan/mar/2009.
- ROSAS, Roberto, “Garantias processuais”, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, coord. Araken de Assis (et al.).
- ROSEMBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, tomo II, Buenos Aires, ediciones jurídicas Europa-america, 1955, pp. 27 e ss SADDI, Jairo, *O poder e o cofre*, Textonovo, São Paulo, 1997.
- SALETTI, Achille. “Il procedimento sommario nelle controversie societarie”, in *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVIII, n. 2, aprile-giugno, 2003, CEDAM, Milano.
- SALLES, Marcos Paulo de Almeida. “A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual”, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 119, p. 107, jul./set. 2000.
- SALOMÃO FILHO, Calixto, *Notas – O poder de controle na sociedade anônima*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- SAMORI, Gianpiero, “La tutela cautelare dichiarativa”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 38, 1995.
- SANTOS, Ernane Fidelis dos, *A evolução do sistema processual brasileiro e as técnicas atuais de cautelaridade e antecipação, no prelo*.
- SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*, vol. II, Rio de Janeiro: Borsoi, 1973 (trad. Luiz Autuori).
- SERIK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica (Rechtsform und realität jurisdicher Personen)*, Milano: Giuffrè, 1966 (trad. Marco Vitale).
- SICHES, Luís Recaséns. *Tratado general de filosofia del derecho*, 9ª ed., Mexico: Porrúa, 1986.
- SILVA, João Paulo Hecker da. *Embargos de terceiro*, Saraiva, São Paulo, 2011.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

- _____.; Apresentação, in Estudos de direito processual constitucional – Homenagem brasileira a Hector Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito, Malheiros, 2009, coord. Eduardo Ferrer Mac-Gregor e Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, v. III, RT, São Paulo, 1993.
- _____. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, in Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, v. 1, 2003.
- SILVA JR., Lino Fernandes da. Convenção Arbitral: cláusula arbitral e compromisso arbitral, Tese de Láurea na Faculdade Autônoma de Direito-FADISP, 2006;
- SIMONIUS, August, “Über bedeutung, herkunft und wandlung der grundsätze des privatrechts”, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 71 (1952).
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto, O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SOUZA, André Pagani de. Desconsideração da personalidade jurídica – aspectos processuais, Saraiva, São Paulo, 2009.
- SPINELLI, Luís Felipe, “A teoria da firma e a sociedade como organização: fundamentos econômico-jurídicos para um novo conceito”, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, 2007, vol. 46.
- STEINMETZ, Wilson Antônio, Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STUMM, Raquel Denize, Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- SUANNES, Adauto, Os fundamentos éticos do devido processo penal, 2ª ed., RT, São Paulo, 2004.
- SZTAJN, Rachel, Os custos provocados pelo direito, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 36, 1998.
- _____. Ensaio sobre a natureza da empresa: organização contemporânea da atividade, São Paulo: Mimeo, 2002.
- _____. Ensaio sobre a natureza da empresa: organização contemporânea da atividade, Tese para concurso de titularidade do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001.
- TABOSA, Fabio. Código de Processo Civil interpretado (coord: Antonio Carlos Marcato), 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

- TALAMINI, Eduardo. Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e não Fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, art. 461 e 461-A, CDC, 84), 2ª ed., RT, São Paulo, 2003.
- _____. Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer, RT, São Paulo, 2001.
- TARDIN, Luiz Gustavo, Fungibilidade das tutelas de urgência, RT, São Paulo, 2006.
- TARUFFO, Michele, I metodi della giustizia civile, CEDAM, 2000, Milano, texto “Giudizio: processo, decisione”.
- _____. “Giudizio: processo, decisione”, in **I metodi della giustizia civile**, CEDAM, Milano, 2000.
- _____. HAZARD JR., Geoffrey C.. American civil procedure – an introduction, Yale University Press, New York, 1993.
- TARZIA, Giuseppe, Lineamenti del Processo Civile di Cognizione, 3ª ed., Milano: Giuffrè, 2007.
- _____. “L’art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile”, in *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVI, n. 1, gennaio-marzo 2001, CEDAM, Milano.
- TAVARES, Fernando Horta. “Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo”, in *Constituição e Processo – a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, Del Rey, Belo Horizonte, 2009, coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado.
- TAVARES BORBA, José Edwaldo. Direito Societário, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda; e GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Das sociedades anônimas no direito brasileiro, v.1, Rio de Janeiro: J. Bushatsky, 1979.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A arbitragem no sistema jurídico brasileiro”, in *Revista do Advogado*, n. 51, out/97.
- THEODORO JR., Humberto. Processo Cautelar, 24ª ed., Leud, São Paulo, 2008.
- _____. Processo cautelar, 23ª ed., Leud, São Paulo, 2006.
- _____. Curso de direito processual civil, 39ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. Tutela jurisdicional de urgência – Medidas cautelares e antecipatórias, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001.
- _____. “Danos acarretados pelas medidas de urgência: cautelares e antecipatórias”, in *Constituição e Processo – A resposta do constitucionalismo à banalização do terror*, Del Rey, Belo Horizonte, 2009, coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado.

- _____. “Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil”, in *Constituição e Processo – a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, Del Rey, Belo Horizonte, 2009, coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Felipe Daniel Amorim Machado.
- TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni sul Processo Societário*, Roma: Aracine, 2005.
- _____. *I provvedimenti d’urgenza. Struttura e limiti della tutela anticipatória*, CEDA, Padova, 1983.
- TORRENTE, Andrea, e SCHLESINGER, Piero, *Manuale di diritto privato*, 13^a ed., Giuffrè, Milano, 1990.
- TRAMONTANO, Luigi. *Codice di Procedura Civile Spiegato*, 5^a ed., Piacenza: CELT, 2007.
- TROCKER, Nicolò, *Processo civile e costituzione*, Milano: Giuffrè, 1974.
- _____. “Il nuovo articolo 11 della costituzione e il ‘giusto processo’ in matéria civile: profili generali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, anno LV, n. 2, giugno, 2001, Giuffrè, Milano (Firenze).
- TUCCI, José Rogério Cruz, *Garantias constitucionais do processo Civil*, RT, São Paulo, 1999.
- _____. *Garantias da prestação jurisdicional sem as dilações indevidas, como corolário do devido processo legal*, revista de Processo, São Paulo, v. 17, n. 66, abr./jun. 1992.
- _____. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*, RT, São Paulo, 1997.
- _____. *Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF)*, in *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, São Paulo, 2007, coord. Araken de Assis (et al.).
- _____. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, RT, São Paulo, 2007.
- _____. *A causa petendi no processo civil*, RT, São Paulo, 1993.
- _____. “Garantia do processo sem dilações indevidas”, in *Garantias constitucionais do processo*, RT, São Paulo, 1999.
- TUCCI, Rogério Lauria, e TUCCI, José Rogério Cruz e *Constituição e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*, Saraiva, São Paulo, 1989.
- _____. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, RT, São Paulo, 1993.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*, v. II, 2^a ed, Forense, Rio de Janeiro, 1953.

- VASCONCELOS, Ronaldo, *Direito Processual Falimentar*, Quartier Latin, São Paulo, 2008.
- VALENÇA FILHO, Clávio “Tutela Judicial de urgência e a lide objeto de convenção de arbitragem”, *in* Revista Brasileira de Arbitragem, IOB, v. 7, jul/ago/set 2005.
- VALLE, Anco Márcio, *O direito do consumidor à desconsideração da personalidade jurídica, em caso de falência da sociedade fornecedora*, vol. II, Ajuris, Porto Alegre, 1998.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. “Doze anos da Lei de Arbitragem: alguns aspectos ainda relevantes”, *in* VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc (coord), *Aspectos da Arbitragem Institucional – 12 anos da Lei 9.307/1996*, São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Curso de Direito comercial*, vol. 3, Malheiros, São Paulo, 2008.
- VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica della società di capitali nella ‘common law’ e nella ‘civil law’*, Milano: Giuffrè, 1964.
- VILLAR, Wilard de Castro. *Processo de execução*. São Paulo: RT.
- VUITTON, Jacques, e VUITTON, Xavier, *Les referes*, 2ª ed., Litec, Paris, 2006.
- WACH, Adolf, *Conferencias sobre la ordenanza processal civil alemana*, EJEa, Buenos Aires, 1958, trad. Ernesto Krotoschin.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Reflexos das ações procedimentalmente autônomas (em que se discute direta ou indiretamente, a viabilidade da execução) na própria execução”, *in* *Processo de execução*, RT, 2001 (ccord. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier).
- _____. “Litispêndência em ações coletivas”, *in* *Tutela coletiva*, Atlas, São Paulo, 2006, coord. Paulo Henrique dos Santos Lucon.
- WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. *Responsabilidade dos Sócios – Crise da limitação e a teoria da desconsideração da personalidade jurídica*, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, RT, São Paulo, 1987.
- XAVIER, Vasco da Gama Lobo, *Anulação de deliberação Social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1998.
- _____. “O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais”, *separata* *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, 1978.
- YARSHELL, Flávio Luiz, *A reforma do judiciário e a promessa de ‘duração razoável do processo’*, *Revista do Advogado* n. 75, São Paulo, 2004.
- _____. *Tutela Jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo, DPJ Editora, 2006

- _____. Efetivação da tutela antecipada: uma nova execução civil?, *in* Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira, coord: Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo, RT, 2006.
- ZACLIS, Lionel, Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais, RT, São Paulo, 2007.
- ZANINI, Carlos Klein. A dissolução judicial da sociedade anônima, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ZANITELLI, Leandro Martins, “O efeito da dotação (Endows Ment Effect) e a responsabilidade civil”, *in* Revista Direito GV, v. 2, n. 1, jan-jun 2006.
- ZAVASCKI, Teori Albino. “Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais”, *in* Reforma do Código de Processo Civil, Saraiva, São Paulo, 1995, coord. Sálvio Figueiredo Teixeira;
- _____. A Antecipação da Tutela, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

CAPÍTULO XI ANEXOS

**69-
RESUMO**

A tese trata do tema das tutelas de urgência e da evidência nos processos societários e está dividida em dez partes. A primeira parte aborda a tutela de urgência e tutela da evidência no contexto da tempestividade da tutela jurisdicional, sempre sob a égide da celeridade do processo, da segurança jurídica e da técnica processual e as propostas para o Novo Código de Processo Civil. A segunda, trata do devido processo legal e o do contraditório, da análise econômica do direito, das relações entre direito e processo e do regime jurídico das medidas urgentes.

A terceira parte aborda os limites do controle judicial, as medidas *inaudita altera parte*, as *astreintes*, o descumprimento, a contracautela, a irreversibilidade; a relação entre a medida urgente nas eficácias da sentença e seu reflexo no regime das nulidades em direito societário. A quarta parte trata da tutela da evidência no direito societário, abordando a quebra da ordinariiedade do sistema processual brasileiro atual, alguns conflitos societários e as propostas para o Novo Código de Processo Civil.

A quinta parte contém desdobramentos da tutela da evidência e da tutela de urgência nas deliberações sociais. A sexta e a sétima partes tratarão das tutelas de urgência e demais questões societárias (produção antecipada de provas, a antecipação de haveres, afastamento de sócio, arrolamento, exibição de livros e documentos societários).

A oitava parte diz respeito à arbitragem em matéria societária e as relações entre juízes togados e árbitros. A nona parte conterà propostas legislativas e as conclusões da tese. A décima e última parte trará a bibliografia utilizada.

Palavras-chave: Brasil, Tutela de urgência, tutela da evidência, medidas urgentes, tutela antecipada, tutela cautelar, processo societário, sociedade anônima.

70- ABSTRACT

This thesis focuses the subject of interim measures and injunctive relief in corporation litigation and is divided in ten parts. The first part addresses interim measures and injunctive relief in the context of judicial relief's opportune timing, always taking into account readiness, legal security and procedural technique, as well as the proposals for a new Code of Civil Procedure. The second addresses procedural due process and participation in the proceedings, law and economics, the relations between substantive and procedural law, and the legal regime of interim measures.

The third part approaches the limits of judicial review, *inaudita altera parte* relief, contempt of court fees, noncompliance, counter-guarantee, irreversibility, the relationship between the interim measure in the final award's effects and its impact in the regime of nullity defects in corporate law. The fourth part discusses interim measures based on preponderance of evidence in corporate law, bracing the fracture of ordinary proceedings in the current Brazilian Procedural system, some corporate disputes, and the proposals for the New Code of Civil Procedure.

The fifth part contains the unravelling of interim relief based on preponderance of evidence and urgent relief regarding the corporation's decisions. The sixth and seventh parts will engage in the matters of urgent relief and other remaining corporate issues (anticipated disclosure of evidence, anticipated payment of shareholders' assets, termination of shareholders, probate proceedings, disclosure of business records and other company documents).

The eight part focuses arbitration in corporate law and the relationship between state judges and arbitrators. The ninth part contains proposals for statute drafts and the conclusions of the thesis. The tenth and last part shall bring the bibliography utilised.

Key-words: Brazil, Interim relief, relief based on preponderance of evidence, interim measures, anticipated relief, corporate litigation, corporation.

71- RIASSUNTO

La tesi affronta il tema dei provvedimenti d'urgenza e di evidenza nelle procedure societarie ed è divisa in dieci parti. La prima parte affronta i provvedimenti d'urgenza e di evidenza nel contesto della tempestività della tutela giurisdizionale, sempre sotto l'egida della celerità processuale, della sicurezza giuridica, della tecnica processuale e delle proposte per il Nuovo Codice di Procedura Civile. La seconda affronta il giusto processo, il contraddittorio, l'analisi economica del diritto, i rapporti tra diritto e processo e il regime giuridico dei provvedimenti d'urgenza.

La terza parte affronta i limiti del controllo giudiziario, le misure *inaudita altera parte*, gli *astreintes*, l'inosservanza, la contro cautela, l'irreversibilità e il rapporto tra provvedimenti d'urgenza nell'effetti della sentenza e il suo riflesso sulle norme in materia di nullità nel diritto societario. La quarta parte affronta la tutela di evidenza nel diritto societario, la rottura dell'ordinarietà del sistema processuale civile brasiliano corrente, alcuni conflitti societari e le proposte per il Nuovo Codice di Procedura Civile.

La quinta parte affronta sviluppi delle tutele d'urgenza e di evidenza nelle deliberazioni sociali. Le sesta e settima parti affrontano le tutele d'urgenza e altre questioni societarie (procedimenti di istruzione preventiva, anticipazione dei guadagni, esclusione di un socio, iscrizione dei beni, ispezioni dei libri e altri documenti sociali).

L'ottava parte affronta l'arbitrato in materia societaria ed i rapporti tra giuduci e arbitri. La nona parte conterrà proposte legislative e la conclusione della tesi. La decima e ultima parte porterà la bibliografia utilizzata.

Parole chiave: Brasile, provvedimenti d'urgenza, provvedimenti di evidenza, misure urgenti, provvedimenti ingiuntivi, procedura societaria, Società per azioni.