

LUIZ FERNANDO PEREIRA

TUTELA DE URGÊNCIA NO DIREITO SOCIETÁRIO

Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do Grau de Mestre.

Curso de Pós-Graduação em Direito,

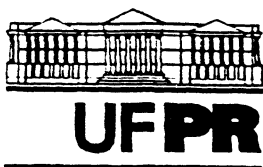
Setor de Ciências Jurídicas,

Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. LUIZ GUILHERME
MARINONI.

CURITIBA

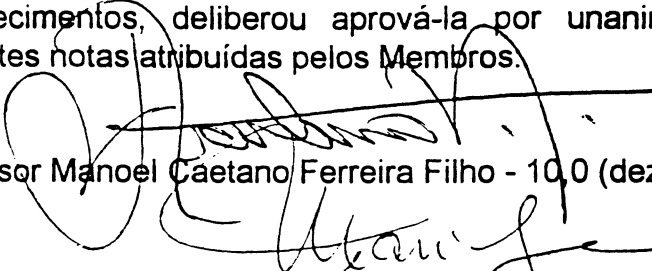
2000

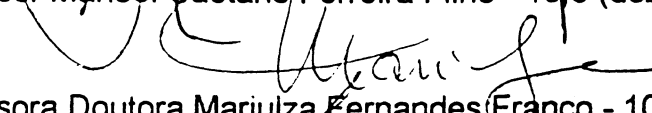


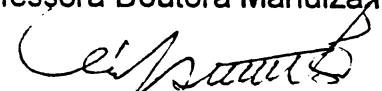
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas
Programa de Pós Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado
Praça Santos Andrade, 50 - 3º andar - CEP 80020-300 Curitiba - Paraná
Fone/Fax: (041) 310-2685 - www.ufpr.br/direito - posjur@barigul.ufpr.br

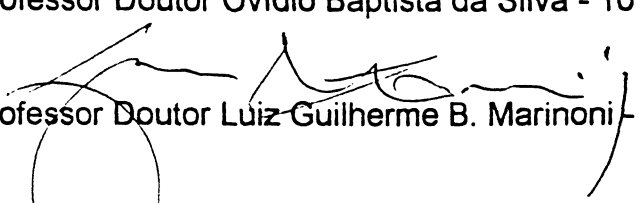
PARECER

A Comissão Julgadora da Dissertação apresentada pelo Mestrando **Luiz Fernando Casagrande Pereira**, sob o título "**Tutela de Urgência no Direito Societário**", após argüir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-la por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros.


Professor Manoel Caetano Ferreira Filho - 10,0 (dez inteiros)


Professora Doutora Mariulza Fernandes Franco - 10,0 (dez inteiros)


Professor Doutor Ovídio Baptista da Silva - 10,0 (dez inteiros)


Professor Doutor Luiz Guilherme B. Marinoni - 10,0 (dez inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Mestre em Direito** ao candidato **Luiz Fernando Casagrande Pereira**.

A Comissão Julgadora do mesmo modo delibera recomendar ao Colegiado do Programa, a atribuição de 23 créditos em favor do candidato por ocasião do Doutorado.

É o parecer.
Curitiba, 16 de junho de 2000

TUTELA DE URGÊNCIA NO DIREITO SOCIETÁRIO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre em Direito das Relações Sociais, no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:

Professor Doutor LUIZ GUILHERME MARINONI

Professor

Professor

AGRADECIMENTOS

Ao Professor LUIZ ALBERTO MACHADO, pela constante compreensão e estímulo, indispensáveis não apenas à dissertação, como ao exercício da profissão de advogado.

Ao Professor LUIZ GUILHERME MARINONI, pela paciente e dedicada orientação.

Dedico a ANA LUISA, razão de todo e qualquer esforço meu.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	RESISTÊNCIAS AOS JUÍZOS SUMÁRIOS	15
2.1	Fatores que conspiram contra os juízos sumários em geral	15
2.1.1	Jurisdição como declaração	23
2.1.2	Negativa de caráter jurisdicional ao processo executivo	28
2.1.3	Ordem apenas com vínculo de <i>natura publicista</i>	32
2.1.4	<i>Sommario esame delle circostanze</i>	35
2.1.5	Coisa julgada e busca da verdade	41
2.1.6	Análise sumária da generalização da ação condenatória	45
2.1.7	A segurança jurídica	46
2.2	Considerações finais da primeira parte	48
3	JUÍZOS SUMÁRIOS NO DIREITO SOCIETÁRIO	54
3.1	Resistência aos juízos sumários no Direito Societário	54
3.2	Limites do controle jurisdicional no Direito Societário	58
3.3	O Direito Societário e a necessidade da tutela de urgência	60
4	TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA COM REFERÊNCIA AO DIREITO SOCIETÁRIO	66
4.1	Inconvenientes da codificação da antecipação de tutela	66
4.2	Traços distintivos das tutelas cautelar e antecipatória	73
4.2.1	A estrutura como fator não determinante da natureza do provimento de suspensão	73
4.2.2	A satisfatividade como fator determinante da natureza do provimento de suspensão de deliberação social	80
4.2.3	Referibilidade e outros traços de distinção e semelhança	86
4.2.4	<i>Periculum in mora</i> e <i>fumus boni iuris</i> na distinção entre tutela cautelar e antecipatória	87

4.2.5	Provisório e temporário na distinção entre tutela cautelar e antecipatória	92
4.3	Situações limítrofes na distinção entre tutelas de urgência	93
4.4	Antecipação de declaração e constituição	98
4.4.1	Só se antecipa o que é passível de confirmação ao final	102
4.4.2	Óbices técnicos da doutrina às constituições e declarações sumárias	107
4.4.3	A efetividade ou inefetividade das declarações e constituições sumárias	113
4.4.3.1	A urgência não define a efetividade do provimento	126
4.4.4	Antecipação de tutela, de conteúdo ou de efeitos?	131
4.5	As constituições e declarações sumárias que valem em si mesmas	141
4.6	O uso equivocado da cautelar	145
5	SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÃO SOCIAL	150
5.1	A suspensão de deliberação social é, <u>em regra</u> , antecipação de tutela	150
5.1.1	A necessidade de demanda cumulada	165
5.2	A abordagem do direito comparado e a previsão do anteprojeto Buzaid	175
5.3	O interesse tutelado na suspensão de deliberação social	176
5.4	O objeto da suspensão de deliberação social	178
5.4.1	Suspensão de deliberação social e assembléia	178
5.4.2	A suspensão da eficácia da deliberação — suspensão de deliberação já executada	182
5.5	A legitimidade <i>ad causam</i>	190
5.5.1	A legitimidade ativa	190
5.5.2	A legitimidade passiva	198
5.6	Requisitos necessários à concessão da deliberação social	199
5.6.1	<i>Periculum in mora</i> e irreversibilidade	199
5.6.2	<i>Fumus boni iuris</i> e momento da concessão da antecipação de suspensão	205
5.7	Suspensão de deliberações nulas anuláveis ou inexistentes	213

5.7.1	Juízo de legalidade ou juízo de mérito	219
6	DEMAIS HIPÓTESES DE TUTELA DE URGÊNCIA NO DIREITO SOCIETÁRIO ..	224
6.1	A nova ação de obrigação de fazer e não fazer — natureza executiva e mandamental. Fundamento legal, em regra, da tutela de urgência no direito societário. Atuação execução do provimento de urgência	224
6.2	A suspensão de convocação de assembléia	234
6.3	A convocação urgente de assembléia	242
6.4	Antecipação de soma em dinheiro na apuração de haveres	246
6.5	Exibição e busca e apreensão de livros de sociedade	251
6.6	A cautelar nas desconstituições de deliberações societárias	263
6.6.1	Depósito judicial de valores excessivos de <i>pro labore</i>	263
6.6.2	Voto em separado	265
7	INTERVENÇÃO URGENTE EM SOCIEDADE	267
7.1	Introdução — Manifestações da doutrina e jurisprudência no Brasil	267
7.2	Óbices à intervenção	270
7.2.1	A perspectiva liberal como óbice à intervenção	270
7.2.2	Ausência de previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro e previsões do direito comparado	275
7.3	Interesse tutelado na intervenção judicial	282
7.4	Sistematização das modalidades de intervenção	284
7.4.1	Intervenção para a atuação de provimento de urgência	285
7.4.2	A intervenção como ação cautelar	293
7.4.3	Antecipação de remoção e nomeação	300
7.5	Momento da intervenção judicial	309
7.6	Formas de intervenção	314
7.6.1	Interventor observador	317
7.6.2	Interventor co-gestor	320

7.6.3	Interventor administrador	322
7.6.4	A alteração da forma de intervenção	324
7.7	A pessoa do interventor — possibilidade e forma de impugnação	325
7.7.1	Honorários do interventor — despesas da intervenção	329
7.8	O decreto de intervenção — duração e limites da intervenção	331
8	CONCLUSÕES	334
9	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	345

Há tempos vem se falando em tutela de urgência, mais especificamente, a partir da introdução da antecipação de tutela na reforma do Código de Processo Civil. Com a expressa previsão de tutela antecipada, a tutela cautelar e esta nova modalidade passaram a ser denominadas tutelas de urgência, por representarem decisões materialmente sumárias — urgentes.

A vigência da reforma do Código fez também ressurgir o debate sobre a tutela propriamente cautelar, além da natural polêmica ditada pela codificação da antecipação de tutela. Esses provimentos de divergentes naturezas devem ser tratados de forma sistemática e sua implicação teórica em diferentes campos do direito merece referência especial. Por isso se dissertará sobre a tutela de urgência no direito societário. Neste trabalho, serão abordados vários provimentos urgentes, cautelares ou satisfativos, no âmbito do direito societário.

Entretanto, não se deve falar, necessariamente, em direito processual societário, enquanto área separada e autônoma do direito processual civil. A questão é muito mais singela, posto que se quer apenas estudar o conjunto dos provimentos urgentes no âmbito societário como forma de apontar os pontos de congruência e divergência que facilitem o estudo da matéria. Por direito societário se pretende abordar a diversidade de aspectos oferecidos pelas sociedades e suas múltiplas implicações quando se fala em provimentos judiciais emitidos *in limine litis*.

Há quem já tenha escrito sobre a tutela de urgência no direito de família, no direito tributário, no direito do consumidor, enfim, em vários ramos do direito, nada, no entanto, no direito societário, pelo menos de forma sistemática.

Versar sobre a tutela de urgência num campo específico do direito facilita a compreensão da matéria. Esta noção sistemática da tutela de urgência no direito societário, na mesma proporção do que ocorre em outros campos do direito, é fundamental para quem se propõe a entender a matéria. Além disso, o direito societário, muito mais do que outros ramos, não se coaduna com um processo ordinário e reclama, por isso, uma tutela de urgência.

Por essas razões o assunto eleito.

Este assunto — tutela de urgência no direito societário — pressupõe uma delimitação bastante ampla do tema, uma vez que se faz necessário definir as posições gerais quanto à proposição da tutela de urgência, considerando que sobre ela há pouco consenso na doutrina especializada, em especial depois da recente reforma do Código de Processo Civil.

O dissenso da doutrina incide em quase todos os temas que devem ser abordados para que se permita tratar especificamente da tutela de urgência no direito societário. Por esta razão é preciso passar por todos estes temas, definindo posições que formarão a base conceitual sobre a qual serão classificados e tratados todos os provimentos urgentes do direito societário.

Evitou-se versar sobre assuntos que não encontram qualquer divergência na doutrina especializada, pois que o trabalho — por certo — não se propõe a esgotar o amplo tema da tutela de urgência em geral, mas tão-somente tematizar sobre aquilo que não é consenso e serve ao estudo específico da tutela de urgência no direito societário. Assim, não se fala, por exemplo, da necessidade de se fundamentar decisão sumária, porque nisso o consenso é absoluto. Sobre a possibilidade de declaração sumária, por outro lado, não há qualquer consenso na doutrina, além de ser tema que interessa especificamente aos provimentos urgentes no direito societário.

Este o método de delimitação do tema.

Isso conduz o trabalho a abordar — porque aqui também não há consenso, além de interessar ao tema do trabalho — as resistências doutrinárias aos juízos sumários, assim como especificamente aos juízos sumários no direito societário.

É mais do que necessário, por este mesmo método de delimitação, abordar a distinção entre tutela cautelar e tutela antecipatória — matéria de inquestionável contencioso. Aqui optou-se por fazer a distinção tendo como referência, sempre enquanto exemplos maiores, os provimentos urgentes no direito societário, em especial — por sua significativa importância — a suspensão de deliberação social. Isso facilitou o caminho da posterior definição da natureza dos provimentos sumários abordados.

Definidos os conceitos e as posições sobre todos os temas gerais da tutela de urgência, passou-se então a tratar especificamente dos provimentos urgentes no direito societário. O primeiro deles, não aleatoriamente, é a suspensão de deliberação social. Por muito tempo se imaginou que todas as liminares, no âmbito do direito societário, fossem liminares cautelares de suspensão de deliberação societária. Isso, no entanto, mostrou-se equivocado.

Para fixar o campo próprio e específico da suspensão de deliberação social, separando hipóteses que com esta suspensão não se confundem, é que este provimento foi sistematicamente abordado e profundamente tratado.

Mesmo sem a amplitude que lhe outorgava a doutrina e a jurisprudência, em especial antes da reforma do Código, a suspensão de deliberação ainda é a modalidade de tutela de urgência no direito societário mais utilizada. É também o provimento sobre o qual até hoje mais se escreveu, entre todos os sumários do âmbito societário. Por este motivo mereceu especial atenção

do trabalho. Além disso, muito do que será dito acerca da suspensão de deliberação social serve à compreensão e ao manejo de todos os outros provimentos urgentes sobre os quais se versou no trabalho.

Definidos a natureza, os requisitos, o objeto e a legitimidade e dissertado sobre os aspectos fundamentais da suspensão de deliberação social, passaram a ser abordadas as outras possibilidades de tutela de urgência no direito societário, sem, contudo, a pretensão de esgotar todas as hipóteses concretas que poderiam merecer proteção liminar neste específico campo do direito, mas tão-somente abordar o maior número possível de hipóteses com as quais seja viável conceber e classificar as demais não tematizadas.

O certo é que a maioria absoluta das hipóteses que vem sendo objeto de debate na doutrina ou de decisão na jurisprudência foi analisada. Neste intento é que se falou, ao lado da suspensão de deliberação social, da suspensão de convocação de assembléia, da convocação urgente de assembléia, da exibição urgente de livros da sociedade, da antecipação de soma em dinheiro na apuração de haveres, do voto em separado em deliberação social e do depósito judicial de valores excessivos de *pro labore*. Os demais casos possíveis, pois que não se esgotaram as possibilidades, podem ser concebidos a partir das hipóteses abordadas; pois, além dos casos específicos, a dissertação tratou de demonstrar como veiculam-se, em regra, as pretensões urgentes no direito societário, criando premissas gerais que poderão ser invocadas no trato das hipóteses acerca das quais particularmente não se versou.

Para pôr fim à delimitação do tema, procedeu-se, então, à abordagem da questão da intervenção urgente em sociedade, matéria inexplorada na doutrina nacional, embora a jurisprudência a venha admitindo com regular freqüência. Os autores nacionais dedicam poucas páginas ao assunto, em sentido contrário do que vem sendo feito no direito comparado, onde a matéria tem tratamento privilegiado.

Da perplexidade em se constatar que assunto de tal dimensão dispõe de abordagem tão incompleta na doutrina nacional, nasce a importância de sobre ele se dissertar, na mesma proporção que o risco da originalidade por certo impõe.

Essa intervenção urgente em sociedade pode configurar cautelar, antecipação de tutela ou apenas meio de atuação de um provimento liminar. Por isso pode ser contida no título da dissertação — tutela de urgência no direito societário.

Na última parte do trabalho, procurou-se sistematizar a matéria, abordando os eventuais óbices à intervenção urgente, suas diferentes modalidades e formas, assim como o maior número de questões que envolvem doutrinariamente o assunto.

Assim delimitou-se o tema da dissertação. Essa delimitação apontada, por outro lado, suscita uma série de dúvidas que este trabalho se propõe a analisar.

Neste sentido, é apontado o aparente conflito entre as resistências aos juízos sumários no direito societário, na mesma proporção que a necessidade de tutela de urgência neste campo do direito. Ainda neste raciocínio o questionamento quanto à validade das premissas que conspiram contra os juízos sumários em geral.

O dissenso doutrinário quando se trata de distinguir tutela cautelar de antecipatória é objeto de discussão durante toda a dissertação, considerando que a conceituação e a classificação de todos os provimentos urgentes no direito societário dependem da tomada de posição neste debate.

Nisso a importância primária da investigação quanto às declarações e constituições sumárias, em exemplo. Supôs-se por muito tempo que as ações declaratórias e constitutivas eram sempre ações pertinentes às questões do direito societário. Em verdade, constatou-se que estas ações apenas serviam de instrumento, para a obtenção da verdadeira tutela buscada, veiculada sempre através de uma “ação cautelar”, que de cautelar nada tinha. Isso gerou o “uso equivocado da cautelar”, como foi batizado um dos capítulos da dissertação.

Este aparente apego ao formalismo é logo afastado quando se constata o grande número de decisões que vêm indeferindo liminares em razão de terem sido requeridas em cautelares, quando no entendimento do juiz tratavam-se de antecipatórias. Há também decisões, igualmente referidas no trabalho, que negam liminares em ações declaratórias e constitutivas. Enfim, este inconveniente prático da introdução da antecipação de tutela só pode ser afastado com uma definição conceitual o mais clara possível.

Foi assim e por esta razão que a dissertação percorreu todo o debate doutrinário que estas questões vêm gerando. Apenas desta forma foi possível uma tomada de posição que indicou o caminho para fundamentar, conceituar e classificar os provimentos urgentes do direito societário.

Também deste debate nasceu a conclusão de que a maioria das liminares — tutelas urgentes — no direito societário devem ser requeridas no corpo da nova ação de obrigação de fazer ou não fazer, concebida pela inovação do artigo 461 do Código de Processo Civil (previsão legal de boa parte dos provimentos urgentes no direito societário). Às ações cautelares restou um espaço muito pequeno, sendo correto concluir que ficarão em estado de convalescença assim que a amplitude das liminares antecipatórias for integralmente compreendida.

Em síntese, este dissenso doutrinário em saber se uma medida é cautelar ou antecipatória — se é lícito antecipar em ação declaratória e constitutiva; se é possível antecipar mais do que será concedido ao final na sentença; se as declarações e constituições sumárias são efetivas ou não; e se há margem residual às verdadeiras cautelares — é o que foi tematizado e que informa e serve na íntegra ao capítulo que trata dos provimentos urgentes do direito societário.

Este debate também empresta utilidade à parte final do trabalho, à discussão acerca da intervenção urgente em sociedade. Aqui também havia uma miscelânea que conduzia a doutrina a supor que todas estas intervenções eram “ações cautelares de intervenção em sociedade”, quando hoje se vê que estas intervenções têm naturezas diversas e definitivamente não se confundem.

Apenas porque se percorreu todo o caminho do debate referido é que foi possível separar as modalidades de intervenção urgente, conceituando-as e classificando-as à luz das conclusões gerais indicadas.

O certo é que esta dissertação poderá ser acusada de se equivocar ao versar sobre alguns assuntos novos e outros polêmicos, mas não poderá ser tida como mera reprodutora de conceitos.

2. RESISTÊNCIAS AOS JUÍZOS SUMÁRIOS

2.1 FATORES QUE CONSPIRAM CONTRA OS JUÍZOS SUMÁRIOS EM GERAL

Antes de entrar especificamente na resistência à tutela de urgência no Direito societário, é preciso analisar o caldo de cultura em que ela está inserida, procedimento que não passa apenas pela análise dos óbices doutrinários aos juízos materialmente sumários, mas também pela resistência que as ações

sincréticas como a nova ação do artigo 461 do Código de Processo Civil enfrentam na doutrina tradicional. Estes óbices estão insertos num conceito de jurisdição atrasado e comprometido com valores que impõem um processo notadamente inefetivo.

Na obra “Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica”¹, o professor Ovídio Baptista SILVA levanta, através de uma profunda pesquisa, as origens do conceito de jurisdição que impedem uma visão moderna do Direito Processual Civil. Assim, encontrar pontos que realmente interfiram e construam impedimentos de ordem teórica contra um conceito de jurisdição que sustenta um processo civil absolutamente inefetivo é o primeiro ponto a ser abordado.

Inúmeras posições doutrinárias são trazidas pelo professor gaúcho para justificar um conceito de jurisdição altamente comprometido, por exemplo, com o processo ordinário, sucedâneo, como restará demonstrado, do procedimento da *actio romana*, o *ordo judicorum privatorum*. Essa concepção obsta não só uma visão moderna dos juízos sumários, como também gera resistência a uma interpretação moderna da nova ação do artigo 461 do Código de Processo Civil, como ressaltado.

Entretanto, realizada uma pesquisa na doutrina nacional e estrangeira acerca do conceito de processo de jurisdição que está sob o manto de um paradigma², na expressão multicitada pelo referido autor, nota-se uma profunda distância entre a justificativa feita pelo trabalho e as manifestações dos processualistas ditos envolvidos, insertos no paradigma.

1 SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2.ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.

2 “...De um lado indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos

É o que pode traduzir uma manifestação do professor BARBOSA MOREIRA, considerado por Ovídio BAPTISTA como um processualista “contaminado” pelo paradigma:

...justifico essa opção sem que ela envolva, faço questão de frisar, nenhuma adesão à tendência, tão agudamente criticada pelo meu prezado amigo e eminente professor Ovídio Baptista da Silva, a tendência à *ordinariedade*. Eu não sou fanático da *ordinariedade*. Esteja tranqüilo, professor Ovídio Baptista, no particular.³

Nesta passagem, BARBOSA MOREIRA resume, de certa forma, a angústia gerada ao se tentar encontrar um nexo de causalidade a ligar a posição muito bem colocada por Ovídio BAPTISTA, com manifestações inequívocas da doutrina nacional ou estrangeira, de adesão ao paradigma

Para tal, é necessário: a) a análise do multicitado paradigma, aqui com a exposição da convergência conceitual dos autores nacionais e estrangeiros acessíveis ao paradigma estudado; b) a construção doutrinária que diverge do paradigma e raciocina processualmente sem as amarras que o dogmatismo incontestado, sempre abordado no trabalho, impõe; c) apresentar, ou propor, uma conclusão que, ainda que considerando o *paradigma conceitual* contestado, apresente uma perspectiva moderna, independente dos conceitos que sustentam o modelo descrito.

É evidente que não se pretende nesta dissertação fazer um longo estudo sobre a jurisdição, numa perspectiva histórica; para tal, mais fácil é remeter o leitor à obra de Geraldo Uchoa CINTRA⁴.

restantes quebra-cabeças da ciência normal." (KHUN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo : Perspectiva, Col. Debates, 1962, p. 218.)

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, nº 74, 1994, p. 128.

⁴ CINTRA, Geraldo Uchoa. *Jurisdição*. Rio de Janeiro: Lux, 1958.

É significativa a colocação de Ovídio BAPTISTA, citando determinada posição de um processualista brasileiro, de que fica muito satisfeito quando constata uma “confissão tácita” que revele, ainda que pontual, adesão ao paradigma. Eis um dos grandes problemas que se encontra ao enfrentar o primeiro ponto acima citado: são poucas as confissões expressas ou tácitas dos processualistas; o que se pode notar em algumas manifestações é uma incongruência conceitual.

Em palestra proferida por Humberto THEODORO JUNIOR, no Congresso Brasileiro de Direito Processual, em Brasília, verificou-se que o professor procedeu a uma verdadeira apologia da coisa julgada e do princípio da *nulla executio sine titulo* para, em seguida, falar da antecipação, ainda que rapidamente, sem atentar nem explicar a antecipação frente aos conceitos definidos e defendidos na palestra⁵.

Explica-se: na antecipatória, o juiz não verifica “*la verità dei fatti alegati*”, rompendo com a máxima da necessidade de precedência da cognição sobre a execução, conforme princípio dito absoluto para CALAMANDREI, justamente o princípio da *nulla executio sine titulo*, tão estimado pelo processualista acima citado. A contradição apresenta-se clara:

O princípio da *nulla executio sine titulo*, que ampara o réu impedindo que sua esfera jurídica seja invadida antes da formação da coisa julgada material e, portanto, antes da realização integral do princípio do contraditório e do conseqüente encontro da ‘plena certeza jurídica’, não se concilia com as novas necessidades de tutela e com a recente descoberta de

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. A ação rescisória em posterior declaração de inconstitucionalidade. Palestra proferida no Congresso Brasileiro de Direito Processual, Brasília - Distrito Federal, 19 a 22 de junho de 1995. Mais tarde o próprio autor admitiu a incompatibilidade dos conceitos, ao reconhecer que “superou-se, com o novo instituto processual, a inflexibilidade do princípio romanístico do *nulla executio sine titulo*, já que se inseriu no processo de conhecimento a possibilidade de executar medidas práticas em favor do direito da parte antes da formação do título executivo sentencial, fundado em cognição provisória e não exauriente” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas. *Revista dos Tribunais*, v. 763, São Paulo, p. 14).

que o tempo do processo não é um ônus que deva ser suportado unicamente pelo autor.⁶

Para Ovídio BAPTISTA, essa é a prova de que a recente reforma só ocorreu porque os processualistas não se aperceberam do que significa a antecipação, porque não a situaram conceitualmente. Ainda neste mesmo sentido, Sérgio Sahione FADEL, que integrou a comissão de reforma do Código, aponta: "Um rompimento com a tradição romano-canônica, que revestiu o processo civil brasileiro e que só tornava possível qualquer medida satisfativa com a sentença definitiva, ato final do juiz no processo de cognição que, por isso mesmo, tinha de ser exauriente"⁷.

O que resta da pesquisa acerca da busca da incompatibilidade doutrinária, a incompatibilidade de uma visão moderna com o paradigma que hoje é colocado, é que pouco se dedica ao estudo dos problemas conceituais que a adoção de posições que conflitam com o paradigma causam; a contingência impõe a criação de tutelas diferenciadas que importam em superação do paradigma e os processualistas criam sem apego aos problemas conceituais que a criação pode gerar e, efetivamente, gera.

O problema conceitual da superação do paradigma deveria preocupar mais os processualistas; alguns mostram-se impelidos a encontrar as justificativas doutrinárias para poder, na expressão de Victor MARINS, "fechar o sistema"⁸. Tentam evitar uma "quebra de coerência de seus próprios sistemas", como diria Cândido DINAMARCO⁹.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (Individual e Coletiva)*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 149.

7 FADEL, Sérgio Sahione. *Antecipação da tutela no Processo Civil*. São Paulo : Dialética, 1998, p. 15.

8 MARINS, Victor A. A. B. *Tutela cautelar, teoria geral e poder geral de cautela*. Curitiba : Juruá, 1996.

9 DINAMARCO fala de *quebra de coerência* ao citar as resistências em emprestar-se caráter jurisdicional ao processo de execução: "*Reina, por isso, quase unânime concordância sobre a natureza jurisdicional da execução, e mesmo aqueles que postulam a unidade do ordenamento jurídico*".

Resume-se tudo a um problema de contingência, ou seja, o paradigma só merece alterações cosméticas porque a contingência assim impõe, e nunca porque deve ser superado, porque equivocado, incompatível com uma visão moderna de processo instrumental.

Assim, a crise, para estes, não é do paradigma, mas da mera contingência; o problema não é conceitual, é circunstancial.

É evidente que a discussão da superação do paradigma dominante não seria importante, no mínimo menos importante, se a tal contingência não tivesse obrigado os processualistas a espezinharem os dogmas até então vigentes, como única forma de salvar o processo. Entretanto, é fundamental elucidar quais são os conceitos espezinhados e se são verdadeiros e válidos como se supunha¹⁰.

É preciso, a partir do brilhante livro do professor Ovídio BAPTISTA, definir se a construção do conceito que hoje é tido como paradigmático é válida, definir se o legado genuíno verdadeiro, um legado que justifica a adoção de todo um sistema jurídico, mormente no âmbito do direito processual, que não se presta à efetividade, na consagrada expressão.

Isso porque a contingência não pode determinar, desprovida de uma base conceitual, qual é a posição doutrinária mais correta, sem embargo do

acabaram por reconhecê-la, ainda que arbitrariamente, ou mediante quebra de coerência de seus próprios sistemas." Exemplifica Candido DINAMARCO com o exemplo de CARNELUTTI e MORTARA: "É o caso de MORTARA e CARNELUTTI, seguidores da teoria unitária do ordenamento jurídico; o último, certamente por não ter adaptado seu raciocínio à idéia da jurisdicionalidade da execução, continua a falar desta em oposição à jurisdição, como fazia antes". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973, p. 69).

10

Kazuo WATANABE aponta a contingência como fundamento da necessidade de superação do sistema, baseado, por exemplo, no princípio da executabilidade forçada dependente da cognição completa ao afirmar que "semelhante sistema poderia, certamente, ser havido como adequado em tempos outros em que o ritmo da vida era bem mais calmo e a sociedade era menos conflituosa" (WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. In: *Reforma do Código de Processo Civil*, Coord. Sálvio de F. Teixeira, São Paulo : Saraiva, 1996, p. 29).

posicionamento de se pensar a ação na perspectiva de direito material, como posteriormente será abordado; através de tutelas diferenciadas, até como corolário do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional - artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal¹¹. Evidentemente, vale a ressalva, que pensar a ação na perspectiva de direito material como corolário do citado artigo da Constituição está muito longe de representar a posição dominante da doutrina nacional¹².

Contingência há¹³, independentemente da superação de conceitos doutrinários pré-estabelecidos:

*Se ha tratado, en realidad, simplemente, de intentar un remedio al creciente atasco de asuntos contenciosos ante el Consejo de Estado. Las cifras eran ya catatróficas: 25.000 asuntos pendían de sentencia; se vienen flando unos 7.000 recursos al año, lo que es enorme, pero el retraso, lejos de reducirse, se acumulaba porque entraban en el mismo período 9.000 recursos nuevos. A su vez, los Tribunales administrativos (primeira instancia, equivalentes a nuestras Salas de Audiencia Territorial) tenían pendientes de sentecia casi 100.000 recursos.*¹⁴

A contingência crítica do contencioso administrativo francês, não conceitual, mas de simples acúmulo de processos, não pode ser suficiente para

11 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p. 20.

12 "Como outro princípio de relevância atinente à jurisdição, devemos referir a indeclinabilidade da prestação jurisdicional (vide artigo 5º, XXXV da CF, e artigo 126), já referida de passagem, correspondente ao direito de ação como direito público subjetivo que é conferido a qualquer pessoa. Se o inciso XXXV do artigo 5º da CF dá a todos os que estão sob a égide da jurisdição brasileira, direito de a ela terem acesso, segue que esta há sempre de manifestar-se sobre os pedidos que lhe sejam endereçados...). (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*, 4ª ed., v. 01, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992, p. 98.)

13 "Essa permanente necessidade de adaptação da tutela jurisdicional e de seus instrumentos à sua finalidade vê-se, no presente, exarcebada pela constância e crescimento do indesejável fenômeno da demora da prestação jurisdicional, o qual, não adstrita apenas ao nosso país, repercute negativamente na efetividade de tal prestação, impondo a adoção de várias medidas direcionadas à sua atenuação, em sendo impossível a sua total erradicação". (ARMELIN, Donaldo. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. *Revista de Processo*, nº 65, São Paulo, 1991, p. 45.).

14 DE ENTERRIA, Eduardo G. La crisis del contencioso-administrativo francés el fin de un paradigma. *Revista de Direito Público*, v. 91, São Paulo, p. 5.

ensejar a "revolución científica", o "cambio de paradigma" do qual fala Garcia de ENTERRIA ao citar Thomas S. KHUN.

Ora, ainda que a efetividade do processo seja imperativo de sua instrumentalidade¹⁵, não pode ser uma circunstância fática que ordenará a falência da base conceitual que sustenta o paradigma. Mais ou menos o que sustenta Maria Pia Calderon CUADRADO; *"el desajuste histórico de muchas de las leyes procesales va a impedir dar una respuesta técnicamente correcta para los cada vez más numerosos y acuciantes problemas de una sociedad que vive rápidamente sin poder someterse a detenciones o largas paradas. Esta exigencia va a motivar la aparición de una forma de tutela que si no nueva sí intenta configurarse unitariamente, la anticipación."*¹⁶

É preciso dizer que o modelo de processo atual não se sustenta ainda que houvesse uma solução para a crise circunstancial, equívoco agora dado a conhecer pela sempre citada crise de que trata o artigo do professor Garcia de ENTERRIA. Em síntese, não é porque, os órgãos jurisdicionais estão com processos acumulados para julgamento que será necessário romper com um processo comprometido com a ordinariedade. É preciso que uma construção doutrinária acompanhe este rompimento, porque, ainda hoje, a contingência que impõe um rompimento do paradigma é absolutamente superável, sem qualquer perturbação, sem qualquer catarse conceitual. Muitos são os exemplos, ainda que isolados, de soluções ao acúmulo de processo, à lenteza no julgamento imposto por esse mesmo acúmulo.

É isso que definitivamente deve ser esclarecido. Resolvido o problema de contingência, inexistente no início do século, estaria confirmada, apenas hipoteticamente, a impossibilidade de aceitar-se a antecipação de tutela,

15 *"Il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire"* CHIOVENDA.

16 CUADRADO, Maria Pia Calderon. *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*. Madrid : Civitas, 1992, p. 73.

impossibilidade que, para Ovídio BAPTISTA, estaria ligada à concepção de segurança jurídica construída pelos iluministas.¹⁷

Não há qualquer problema em superar aquilo que sempre se teve como verdade, porém, é necessário fazê-lo de forma doutrinariamente consistente, como tenta demonstrar o professor Ovídio BAPTISTA ao revelar as origens dos conceitos que compõem o paradigma. Pouco importa, entretanto, se essa superação se dá através de correções pontuais que rompam gradualmente, desde que se rompam na totalidade, ou através do *cambio de paradigma*.

Se necessário, reverte-se o paradigma; entretanto, esta reversão deve vir acompanhada de uma justificativa doutrinária e conceitual reveladora, capaz de romper definitivamente com aquilo que se acreditava verdadeiro.

2.1.1 JURISDIÇÃO COMO DECLARAÇÃO

É raciocínio do professor Ovídio BAPTISTA: “no direito romano havia dois instrumentos de proteção e defesa do direito; vale dizer, a *actio* e os *intedictos*. A *actio* desenvolvia-se através do procedimento do *ordo judiciorum privatorum*, possuindo natureza jurisdicional”.

Ressalva o professor, antes de prosseguir na análise de seu silogismo, que o conceito de *jurisdictio*, no direito romano primitivo, talvez fosse mais amplo que no direito romano clássico. E isso, como se verá, é uma distorção, imposta pelos romanistas, que perdura até hoje, sustentando um conceito de jurisdição que não guarda uma relação tão direta com o conceito romano de *jurisdictio*, como supõem alguns.

¹⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. op.cit, p.102.

Ovídio BAPTISTA explica, ainda, que havia uma clara oposição entre *imperium* e *jurisdiction*, relegando à jurisdição uma concepção estreita de simples declaração do direito. Assim, ordenar não era faculdade ou poder que se incluísse no conceito de jurisdição; e mais, o magistrado, nos interditos, ordenava com base num direito *non ancora accertato*, ou seja, sem composição definitiva do conflito. Isto é confirmado por Roger PERROT, para quem “o jurista, e o processualista em particular, pensou por longo tempo que sua tarefa se encerrasse com a prolação da sentença, considerada como a meta final de suas reflexões doutrinárias. Dito o direito, a execução efetiva da decisão judicial parecia-lhe coisa secundária, pertencente a outro mundo: o do *imperium*, estranho à ciência processual e confiado já não ao Judiciário, senão aos agentes da coisa pública.”¹⁸

Está colocada, nestas pequenas referências às posições do professor Ovídio BAPTISTA, a primeira, e provavelmente a mais significativa face do paradigma, ao qual se vinculam os processualistas modernos, compondo, assim, a premissa maior do silogismo do processualista gaúcho. Esta construção doutrinária tem óbvia e incontestável repercussão na interpretação que se dá ao novo artigo 461 do Código de Processo Civil, uma ação que rompe com a *ordinariedade* ao autorizar cognição e execução numa mesma ação — *sincrética*¹⁹.

Como restará demonstrado, pretende afirmar Ovídio BAPTISTA que a tendência à *ordinariedade* é decorrência evidente e clara da conceituação romana de *jurisdictio*, qual seja: é jurisdicional apenas o processo ordinário, que contenha somente declaração, excluindo, por conseguinte, ordem, e tenha composição definitiva do conflito. O Poder Judiciário não imiscuia-se no terreno odioso da aplicação dos julgados, limitando sua ação ao campo *del diritto* (V. FOSCHINI).

¹⁸ PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. *Revista de Processo*, nº 91. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 211.

¹⁹ A expressão é de DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987, p. 230.

Para o autor gaúcho é a vinculação à conceituação romana de *jurisdictio* que levou Francesco CARNELUTTI, já em 1936, a considerar jurisdicional somente o processo declaratório. É essa posição de CARNELUTTI que inspira ainda hoje, muitos processualistas ditos modernos.

A posição do italiano, citada por Ovídio BAPTISTA, está muito bem ilustrada pelo *Diccionario de Derecho Processal Civil*, de Eduardo PALLARES, na transcrição que segue:

...Carnelutti es original en sus doctrinas sobre la jurisdicción. Basandose en la etimología de la palabra, sostiene:

a) Que en los procesos ejecutivos, no actua la jurisción.

...

f) Que en los procesos cautelares a los que dan nacimiento las acciones, también cautelares, no se ejerce la jurisdicción²⁰.

E mais adiante define o tal *diccionario*: “(...)Desde el punto de vista linguístico, *legislacio* y *jurisdicción* dicen, en substancia, la misma cosa. En el ‘*jus dicere*’ de *resuelve* el ‘*legam ferre*’, y *viceversa*”.²¹

Revela-se do consubstanciado na transcrição acima uma clara adesão de CARNELUTTI ao conceito de paradigma construído por Ovídio BAPTISTA.

Comparar a função jurisdicional à função legislativa significa “manifestar adesão ao paradigma”, porque isso implica em vinculação do processo jurisdicional unicamente ao processo de conhecimento, este à declaração, e esta, por fim, à coisa julgada.

²⁰
1960, p. 442.

PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Mexico : Porrúa,

²¹
Ibid., p. 442-443.

Portanto, também demonstra adesão ao paradigma o uruguaio Enrique VESCOVI, na linha de argumentação de CARNELUTTI, quando afirma:

Es decir que, en el campo jurídico, el Estado no cumple solamente con la producción y el reconocimiento de las normas jurídicas, pues los individuos pueden desconocer los mandatos de éstas y no siendo posible la paz social y la convivencia sin la obediencia a ellos, se ve constreñido a integrar la función normativa con otra, de segundo grado, o complementaria. Esta función, continuadora de la normativa, que tiene por objeto la conservación del Orden Jurídico cuando éste es desconocido y el particular reclama protección, es la función jurisdiccional²².

O mesmo professor uruguaio, agora invocando expressamente CARNELUTTI, fundamenta a assertiva:

Hemos partido de la base de que el acto legislativo consiste en el dictado de normas generales y abstractas y el jurisdiccional en normas especiales y concretas. La sentencia, al decir de Moretti, inspirado en Carnelutti, es un madamiento específico, nominativo (en cuando se refiere a sujetos concretos) y determinado, que concreta la voluntad general legislativa²³.

No conceito do dicionário jurídico mexicano depreende-se não só a negação de CARNELUTTI em emprestar caráter jurisdiccional ao processo executivo, mas também, confirmando outro pressuposto do paradigma, a exclusão dos processos cautelares da jurisdição, como resta evidente na segunda parte da citação do dicionário. Moitinho de ALMEIDA, neste mesmo sentido, cita acórdão da relação de Lisboa de 1981 que não considera as “providências cautelares” como verdadeiras ações²⁴.

²² VESCOVI, Enrique. *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Montevideo : Ediciones Idea, 1974, p. 12-13.

²³ Ibid., p. 151-152.

²⁴ “O acórdão da Relação de Lisboa, de 21 de julho de 1981 (B. M. J., 314, p. 368), entende que o artigo 144 do Código de Processo Civil apenas abrange as verdadeiras ações, já não as providências cautelares, que não podem considerar como verdadeiras ações”

Aqui em CARNELUTTI, como também em VESCOVI, uma confissão que tanto satisfaz Ovídio BAPTISTA, por constituir uma inequívoca confissão de adesão ao paradigma. Resta estabelecer o nexo de causalidade que estaria ligando a *jurisdictio* romana a CARNELUTTI e este a, como exemplo, Sérgio BERMUDES, para quem a jurisdição tem a prioritária finalidade de 'dizer o direito'.²⁵

É intenção desta primeira parte da dissertação, encontrar manifestações e nexo de causalidade a ligá-las, tarefa árdua, até porque, como sempre lembra Ovídio BAPTISTA, as confissões de adesão ao paradigma são raras, aqui provavelmente porque satisfazem ao processualista gaúcho quando as encontra. É o alerta feito pelo referido professor ao autor da presente dissertação:

...Realmente - e isto é um fenômeno natural, porque a 'pre-compreensão', formadora do paradigma teórico, não é, por ser paradigma, tematizada e assim tornada consciente - dificilmente iremos encontrar obras sistematizadas tratando do assunto; obras que tenham por objeto principal o questionamento do paradigma em sua integralidade²⁶.

A dificuldade maior reside na inexistência de um autor inserto no paradigma na totalidade de sua manifestação, em todos os conceitos que o formam; há, entretanto, diversas manifestações isoladas, capazes de ilustrar e de referendar o silogismo de construção do paradigma vinculante do conceito moderno de direito processual.

Vale lembrar, ainda que seja absolutamente evidente, que a concepção atual de jurisdição não é uma decorrência pura e simples do conceito romano de *actio*, como poderia vislumbrar um leitor menos atento; entretanto, é

(ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Anulação e Suspensão de Deliberações Sociais*. Coimbra : Coimbra Editora, 1983, p. 163).

²⁵ BERMUDES, Sérgio. *Iniciação ao estudo do Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro : Editora Liber Juris, 1973, p. 15-21.

²⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. Em fax enviado ao autor, em maio de 1997.

inegável que a quase incontestada separação que se faz entre julgamento e ordem tem um claro nexo de causalidade com as concepções romano-canônicas de jurisdição; aqui, o porquê da importância que esta primeira parte oferece à dissertação.

Se as premissas, ainda que não exclusivamente determinantes, influenciam as concepções ditas modernas de direito processual, deve-se determinar se são válidas, pois não deve ser o processo autopoiético do direito o fator determinante da base conceitual que ainda hoje vige.

2.1.2 NEGATIVA DE CARÁTER JURISDICIONAL AO PROCESSO EXECUTIVO

A primeira parte das assertivas de CARNELLUTTI, trazidas claramente pelo dicionário mexicano, é a de que a jurisdição, como reforça Sérgio BERMUDEZ, serve para declarar, dizer o direito; por isso nega-se caráter jurisdicional ao processo executivo.

Ordenar representa ato de vontade, e não de inteligência, portanto, fora do conceito paradigmático de jurisdição. A citação do texto de Ovídio BAPTISTA que melhor ilustra esta posição é a de MARTINO:

Per gli interdetti non vede alcuna prova specifica delle fonti che li referisca alla iurisdiction. Non occorre rievocare i molti dissensi intorno alla natura, all'origine ed alla funzione degli interdetti. Che essi racchiudano un comando o un divieto, condizionati all'esistenza di presupposti di fatto, non ancora accertati [sem grifo no original] ma da accertarsi in caso di contestazione o violazione dell'interdetto, è indubitabile. Che questo atto di volontà del magistrato (novamente sem grifo no original) non rientri nella iurisdiction, a parte il nessun riferimento delle fonti, mi sembra derivare dal fatto che l'interdetto pone un vincolo giuridico, di natura pubblicista, delle parti di fronte al magistrato, mentre le norme del diritto privato, come da tempo si è giustamente osservato, rappresentano il riconoscimento di un diritto originariamente appartenente ad un pater familias,

*cioè ad un titolare di sovranità, non assorbito nella più vasta soveanità statale. Il diritto privato non dice: io ti ordino o ti vieto di far questo; ma io riconosco in te l'esistenza di questo potere*²⁷.

Neste sentido, DINAMARCO tenta arrolar as justificativas históricas para a negação de caráter jurisdicional ao processo de execução:

Por outro lado, também o desenvolvimento das teorias monísticas do ordenamento jurídico veio a reforçar essa idéia de *juízo* e concentrar no processo de cognição as atenções dos teóricos que entendiam que o Direito do caso concreto nasce com a sentença. De fato, era natural que a jurisdição não poderia abranger as atividades executórias, para juristas ligados a sistemas que considerassem a função jurisdicional como dirigida à justa composição da lide, à aplicação de sanções, à emissão de juízos, à produção de comandos concretos, ao acertamento de relação jurídica, à resolução de controvérsia, à descoberta da verdade (escopos esses que, pelos próprios enunciados, seriam atingidos com o simples processo de conhecimento).²⁸

Entretanto, é certo que são os mesmos fundamentos que ainda hoje resistem em emprestar caráter jurisdicional ao processo executivo que retardaram a sua inclusão, aceitação como atividade jurisdicional. E, inobstante superado o pressuposto de exclusividade jurisdicional do processo de conhecimento, os fundamentos, estes mesmos arrolados por DINAMARCO, persistem, sob nova roupagem, para agora, como restará esclarecido adiante, justificar a jurisdicionalidade do próprio processo de execução.

Assim, é interessante notar que embora hoje poucos neguem o caráter jurisdicional do processo executivo, o integram ao conceito de jurisdição sob os mesmos fundamentos que impediam CARNELLUTTI, também ilustrados por DINAMARCO, de emprestar-lhe este caráter.

Explica-se. Se há cognição, há jurisdição, o que justifica o raciocínio de que a função jurisdicional, substitutiva, destina-se à solução de um conflito de interesse, sob a forma de lide. A declaração da vontade concreta da lei, ou, como denominam outros, justa composição da lide, é o fim da jurisdição.

Por isso não há como emprestar caráter jurisdicional ao processo de execução, já que nele não há lide, assim, não há contraditório ou nada há a declarar, portanto, jurisdição não há. Execução é ordem, portanto, para o paradigma, estaria fora da jurisdição.

Entretanto, ao vislumbrar-se atividade cognitiva (ato de inteligência) no processo de execução, tem-se a saída; o processo de execução é jurisdicional porque contém cognição. Só com ordem, não se pode falar em jurisdição. Afinal, o Poder Judiciário não se imiscuia no terreno odioso da aplicação dos julgados, limitando sua ação ao campo *del diritto*.

É a citação de CARMONA: “Disso decorrem algumas distorções que advêm da errônea compreensão de lições como a de SATTA, que alega não ter o processo de execução estrutura contraditória”²⁹. E mais adiante, o mesmo autor:

Confunde-se, porém, *contraditório* com *mérito*: na execução, é verdade, não se pode mais abordar as questões de mérito previamente resolvidas. Mas o contraditório vai além da mera contestação (entendida, aqui, como negação, pelo devedor, do direito contra ele alegado pelo credor), abrangendo, isso sim, o *direito de reação*, bem mais amplo, de tal sorte que apenas uma espécie do gênero de reação (a saber, a contestação do direito material alegado pelo credor) estaria impedida no processo executivo (a situação aqui seria de preclusão, já que a oportunidade do devedor de

28 DINAMARCO, *Execução Civil*. op. cit., p. 67-68.

29 CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do Processo de Execução*, In: *Processo Civil, evolução 20 anos de vigência*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 15.

apresentar sua defesa de mérito ter-se-ia esgotado com o término do processo de conhecimento)³⁰.

Na primeira parte da acima transcrita posição de CARMONA, o autor invoca o processualista Salvatore SATTA. Em edição mais antiga que a da obra citada, o *professore ordinario nell'università di Roma*, confirma a assertiva do brasileiro, referenciando, assim, este aspecto do paradigma: "*Il processo di esecuzione è pertanto essenzialmente un processo senza contraddittorio*"³¹.

Desta premissa, responsável pela aludida exclusão, consubstanciada principalmente na doutrina de CARNELLUTTI, da execução do conceito de jurisdição, nasce a sua própria negação. Ou seja, a base conceitual que excluía da jurisdição o processo executivo, agora, o incorpora.

Conclui-se que a execução é jurisdicional porque contém, ainda que pequena, manifestação cognitiva; assim não fosse, não seria jurisdicional. Permanece a premissa ("*Il diritto privato non dice: io ti ordino o ti vieto di far questo; ma io riconosco in te l'esistenza di questo potere.*"), a mesma que foi invocada para impedir o mandado de segurança contra particulares e hoje tenta impor uma visão atrasada à nova ação do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Nisto uma indicação clara de que tem razão Ovídio B. SILVA quando afirma a necessidade de revisão do paradigma como um todo, pois, mantido, ainda que com "concessões", os conceitos que o sustentam impedem novos avanços.

Aqui uma clara manifestação de adesão ao paradigma. Há, ainda hoje, quem sustente que o processo executivo não é jurisdicional, como advertem DINAMARCO, CINTRA e GRINOVER:

30 Ibid., p. 17.

31 SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale Civile*. Padova : Cedam, 1959. p. 428.

Autores, há, contudo, que vislumbram na execução forçada mera *atividade administrativa*. Outros ainda, ligados à idéia de lide ao centro do sistema processual, reconhecem no processo de execução o exercício de função jurisdicional, mas não admitem ali a existência de lide. E há quem, limitando a jurisdição ao processo de conhecimento, no qual se diz o direito (*juris-dictio*), sustentam que na execução forçada tem-se uma função que se chama *juris-satisfativa* e não *juris-dicional*.³²

Portanto, quem *permite emprestar* caráter jurisdicional ao processo executivo, o faz porque vislumbra cognição, porque há, ainda que minoritário, ato de inteligência.

O certo é que não há separação a ser feita: *actio* e *interdictos* são jurisdicionais.

A resistência — jurisdição não é para dar ordem (LIEBMAN) —, é que fez constar do COT (Código de Organización de los Tribunales Uruguayo) a expressão "*hacer ejecutar lo juzgado*", como explica VESCOVI:

Nuestro COT incluye, en su definición de la Jurisdicción ambas potestades. En realidad no dice 'ejecutar' sino 'hacer ejecutar lo juzgado', lo que podría dar a entender que el poder deber jurisdiccional no alcanza la propia ejecución, sino la tarea de vigilar que otra función (administrativa) la realice." (sem os grifos no original)³³.

2.1.3 ORDEM APENAS COM VÍNCULO DI NATURA PUBBLICISTA

32 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1993, p.250-266.

33 VESCOVI, op. cit., p. 154.

Há, entretanto, outra resistência que a pré-compreensão do paradigma impõe na negativa, ainda que muitas vezes não explícita, de se emprestar caráter jurisdicional ao processo executivo.

Este, como já se disse, não pode ser considerado um processo jurisdicional puro, porque não contém apenas declaração; contém, predominantemente, ordem.

Explica-se novamente: aceita-se ordem no paradigma, no conceito puro de jurisdição, apenas quando o vínculo for "*di natura publicista*". LIEBMAN define este posicionamento: "não é função do juiz expedir ordens às partes, mas **unicamente declarar** qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente"³⁴. Esta posição, é óbvio, confronta radicalmente com a interpretação moderna que se quer dar ao novo artigo 461 do código de processo, previsão legal de boa parte dos provimentos urgentes no direito societário, como já foi dito.

A posição de LIEBMAN é reveladora, sobretudo perante uma jurisdição publicista como a brasileira. Impressionaria menos na França do contencioso administrativo.

A dificuldade de se encontrar nexos de causalidade a ligar esta formação primitiva romano-canônica à base conceitual paradigmática que hoje vige é, neste ponto, superada pelo professor Ovídio BAPTISTA, na observação da resistência do mandado de segurança contra particular:

É interessante comparar estas duas premissas, por meio das quais limita-se o conceito de jurisdição apenas à função declaratória, como o que acontece no direito contemporâneo, particularmente no direito brasileiro, por exemplo com o mandado de segurança que, não obstante ser reconhecido e elogiado como um instrumento de alto valor prático, em

³⁴ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de Execução*. 4ª ed., São Paulo : Saraiva, 1980, p. 35. [Sem grifo no original]

nossa experiência judiciária, não foi capaz de estender seu campo de incidência às relações jurídicas privadas, entre particulares. E são amplamente conhecidas as dificuldades com que se debateram nossos primeiros doutrinadores para incluir o mandado de segurança dentre as ações. Para muitos, ele seria apenas um 'remédio' ou, no máximo, uma forma de proteção de natureza administrativa, inconfundível com as verdadeiras ações, pois também para a concepção moderna, a jurisdição não produz ordens — como a produz a sentença de procedência no mandado de segurança -, mas apenas declarações³⁵.

Como se infere da assertiva de Ovídio BAPTISTA, o mandado de segurança — também a nova ação do artigo 461 do código de processo —, estritamente dentro das concepções paradigmáticas, não poderia ser considerado jurisdicional, pois, para aquele sistema, jurisdição não produz ordem (quando muito com vínculo *di natura publicista*), como produz a sentença de procedência do mandado de segurança ou agora a do artigo 461 do Código de Processo Civil. Entretanto, na esteira do que se convencionou chamar, neste trabalho, “concessão” destes processualistas, aceita-se como jurisdicional o mandado de segurança, porque, para manter o paradigma, exclui-se a ordem do conteúdo da sentença, considerando-a mero efeito da sentença de procedência. É a conclusão de BUZAID, transcrita no texto por Ovídio BAPTISTA, após excluir da decisão, a ordem, considerando-a mero efeito, fechando o sistema ou evitando uma quebra de coerência:

Das considerações que acabam de ser feitas, decorre que o mandado de segurança é uma ação de conhecimento, que começa com uma petição inicial (Lei 1.533, artigo 6º) e termina por uma sentença que põe termo ao processo, julgando ou não o mérito (Lei 1.533, artigos 8º e 12º). O que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o pedido formulado pelo impetrante, que pode ser: a)meramente declaratório; b)constitutivo; ou c)condenatório”³⁶.

35

SILVA, *Jurisdição e execução ...*, op. cit., p. 27.

36

SILVA, *Jurisdição e execução ...*, op.cit., p. 39-40.

Revela-se novamente a imperiosidade de rompimento com o paradigma, o *cambio de paradigma* de Thomas KHUN, pois a sua manutenção, ainda que com “concessões,” possibilita, sempre, que ele seja restaurado para impedir novos e necessários avanços ao processo.

2.1.4 SOMMARIO ESAME DELLE CIRCOSTANZE.

Apresentou-se, até o momento, duas características do paradigma tendentes à ordinariedade, quais sejam, a jurisdição como ato de inteligência, apenas cognição pura — declaratória —, e a segunda, decorrente da primeira, a impossibilidade de ordem, mais especificamente, como acabou de ser tratado, ordem a particulares.

Igualmente se tratou da impossibilidade de julgamentos sumários. Os *interdictos* não poderiam ser considerados jurisdicionais porque o magistrado ordenava com base num direito *non ancora accertato*, sem composição definitiva do conflito.

Sempre citando LUZZATTO, Ovídio BAPTISTA explica que “transparece com suficiente clareza” o fato de a doutrina recusar a natureza jurisdicional dos interditos por serem eles decretos dos magistrados com base num “*sommario esame delle circostanze*”, capaz de permitir apenas um “*accertamento istruttorio*”.

A relação de jurisdição com coisa julgada, como assinala Alvaro RAGONE, é a razão da exclusão do caráter jurisdicional dos juízos sumários, pois “*todas las tutelas de urgencia tienen un elemento em común, quedan fuera de la órbita de la cosa juzgada material. Essa precisamente es el problema, ya que uno de los principios*

*tradicionales — prejuicios — es identificar res iudicata com jurisdiccionalidad y hasta con presupuesto necesario para la satisfacción de derecho pretendido*³⁷.

Para este mesmo jurista, “*nada más errado en nuestro criterio*”³⁸.
Novamente invocando LUZZATTO³⁹, conclui Ovídio BAPTISTA:

A grossa difficoltà encontrada por LUZZATTO para equiparar o interdito a uma decisão, ou a uma sentença, o que para a doutrina seria a mesma coisa, posto que somente há verdadeira decisão na sentença definitiva, está na qualidade do ‘*accertamento compiuto dal magistrato nella fase in iure*’. Como um tal *accertamento* é produto de um juízo de verossimilhança, capaz de ser revisto no procedimento subsequente, então não poderá ele ser uma decisão e nem possuir caráter jurisdicional⁴⁰.

De tal se revela mais um claro nexo de causalidade a ligar as origens do paradigma ao conceito atual de alguns institutos de direito processual. É que pelo argumento que se nega caráter decisório aos interditos — produto de um juízo de mera verossimilhança — confunde-se, ainda hoje, sentença definitiva com sentença final. A partir deste pressuposto, a doutrina estabelece a impossibilidade de sentenças liminares que *definam*, ainda que provisoriamente, o *meritum causae*.

Assim, só há sentença com decisão e só há decisão com juízo de veracidade, nunca com juízo de verossimilhança. Portanto, e só por isso, define-se uma impossibilidade conceitual das decisões provisórias sobre o *meritum causae*.

37 RAGONE, Alvaro J. D. P. Introducción al estudio de la tutela anticipatoria. *Revista de Processo*, v. 81, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 136.

38 Ibid, loc. cit.

39 “*Quest’ultima constatazione - refere-se Luzzatto justamente à riserva di discrezionalità por meio da qual o magistrado subordina o provimento a um preventivo accertamento istruttorio -, a sua volta, “richiamando la profonda diversità che contraddistingue, nei presupposti e nei limiti, l’accertamento compiuto dal magistrato nella fase in iure, da quello compiuto dal giudice in sede di pronuncia della sentenza, sembra porre una grossa difficoltà, che non sembra essere stata avvertita della dottrina, che vede nell’interdetto una pronuncia definitiva, compiuta dal magistrato in veste di organo giudicante”.* (SILVA, *Jurisdição e execução ...*, op. cit., p. 35).

Ovídio BAPTISTA também escreveu sobre o tema, sem, entretanto, ligá-lo diretamente ao texto agora abordado. Ao transcrever citação de CHIOVENDA, em artigo para a Revista de Processo, o processualista gaúcho ilustra muito bem a questão:

É verdade que CHIOVENDA (...) não chega a sugerir que uma decisão deste tipo seja uma interlocutória, mas é certo que o compromisso de seu pensamento com a ideologia da *ordinariedade*, impede que ele conceba uma *pronúncia* sobre o direito que não seja: a) apoiada em elementos probatórios que ensejem um juízo de veracidade, nunca em simples *verossimilhança*, como seria o caso das sentenças liminares; b) que, por força deste pressuposto, seja ela uma sentença *final* sobre o mérito daquilo que fora decidido. Não pode haver, portanto, *sentenças liminares*, posto que estas, dando lugar a controvérsia subsequente sobre o ponto *provisoriamente resolvido*, não se *pronunciam* sobre o direito de modo definitivo, não podendo, então, serem tidas como verdadeiras *decisões*.

E mais:

CHIOVENDA foi claro: - sentença definitiva não é apenas a que *define*, mas aquela que, além de definir (pronunciar-se) sobre a *questão principal*, o faz para encerrar, *nessa parte*, a controvérsia sobre o que fora decidido, seja pela extinção da relação processual, seja pela definitividade do julgamento sobre uma das ações cumuladas, ou sobre uma porção de uma delas⁴¹.

É de bom alvitre, — ainda que já se tenha aludido à matéria nesta dissertação, quando se afirmou a evidência de que a concepção atual de jurisdição não é decorrência pura e simples do conceito romano de *actio*, — dizer que o conceito de jurisdição como declaração não é absoluto. Entretanto, muitos juristas insertos no paradigma, embora não neguem caráter jurisdicional ao processo executivo ou ao processo cautelar como o fez CARNELLUTTI, forçam um sistema de

40 Ibid., p. 36.

41 SILVA, Ovídio Baptista da. Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares. Revista de Processo, nº 61, São Paulo, 1991, p 11.

conceitos jurídicos para que as “concessões” feitas à margem da ordinariade não prejudiquem o sistema.

Afinal, sem as adaptações conceituais necessárias, o “sistema não fecha”, como diria o ilustre professor paranaense Victor MARINS. É ilustrativa a justificativa que estes processualistas encontram para explicar a antecipatória, uma vez que neste tipo de ação o juiz julga o mérito com base em verossimilhança, e esta sentença permite a realização do direito e, se a execução, como adverte MARINONI, tem por fim a realização do direito no plano dos fatos, não há como conceituá-la como cautelar; e então, para aqueles, a realização no plano da realidade social não configura realização-satisfação do direito.

Determinante para eles é a declaração da existência do direito no plano processual. Não há, para estes autores, possibilidade de satisfação ou realização provisória do direito. A relação é simples: onde só existia jurisdição quando houvesse declaração do direito, agora, “para fechar o sistema”, admite-se a antecipatória, embora, sem representar realização do direito, porque esta, só com declaração, e declaração só com juízo de veracidade. Estes conceitos vão acompanhar toda a dissertação e só por isso aqui são abordados com certa profundidade.

Daí a separação, muito bem traduzida por Victor MARINS, entre satisfatividade fática e satisfatividade jurídica⁴²; a antecipação é provisória,

42 “A característica da provisoriedade não explica a que se relaciona a ‘satisfação’ do auto na eventualidade da improcedência do pedido inicial. Indaga-se: terá havido nesse caso satisfação por quê? Poderá ocorrer em razão de um sentimento, de uma vontade, ou até de um proveito material (provisório), mas, parece óbvio, tal satisfação não interessa ao direito. Só a satisfação de interesse jurídico pode ser objeto da ciência, que estuda direito, pretensão, ação exceção. Explica-se melhor. A partir da necessidade de intervenção jurisdicional para a solução do conflito de interesses, somente a sentença dirá do interesse lesado ou ameaçado de lesão. Da propositura da ação até o julgamento final será necessário certo espaço de tempo, durante o qual ninguém saberá se o direito alegado, efetivamente, existe. Somente a sentença dirá da sua existência ou não. É curial reconhecer que as decisões tomadas no curso do processo de conhecimento (interlocutórias) não atuam diretamente sobre o interesse (satisfativo) em conflito, até porque instrumentalizam o processo a fazê-lo por meio da sentença, agora sim, pronunciamento judicial definitivo. Destarte, os atos processuais

portanto não satisfaz; só satisfaz para aqueles que *confundem* satisfatividade fática com jurídica. Luiz Guilherme MARINONI repele esta dicotomia, ao contestar os autores que falam em mera antecipação de efeitos práticos ao tratarem da antecipação de tutela:

O artigo 273 fala em antecipação parcial ou total dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial. Importa saber, portanto, do que está falando o legislador. Não é o caso de se pensar que a antecipação tem conteúdo apenas fático, e não jurídico, como gostaria a doutrina que enxergava na tutela cautelar uma simples sistematização de fato de controvérsia, ou a doutrina perfilhada por Baur, que vê na satisfação do interesse do requerente da ordem judicial de prestação (medida provisória) uma mera satisfação fática. Na verdade, a idéia que foi vulgarizada na ciência processual, no sentido de que a tutela de cognição sumária não poderia dar outra satisfação que não uma satisfação fática, possui profundas raízes na tese chiovendiana de uma ação cautelar como 'mera ação'. Para a atribuição da qualidade 'jurídica' aos efeitos produzidos pela tutela antecipatória, pouco importa o fato de que a tutela antecipatória supõe a existência de um direito que pode ser negado na sentença de cognição exauriente.⁴³

Assim, para aqueles autores, mantém-se o paradigma (só há jurisdição com declaração final, só há satisfação do direito com declaração final) sem agredir a lógica como seria, ao dogmatizar sem ressalvas a assertiva de CARNELLUTTI, transcrita no dicionário mexicano, negar caráter jurisdicional aos provimentos antecipatórios.

interlocutórios não podem satisfazer pretensão objeto do conflito a que não estão preordenados a dirimir. Com a prolação do julgamento da lide, se de procedência, haverá satisfação da posição de vantagem postentada pelo autor; se de improcedência, não haverá satisfação jurídica do autor, pois houve, em favor do réu, a declaração da inexistência do direito alegado na inicial. Se, no entanto, improcedente a pretensão, decisão provisória proporcionou algum proveito material a uma das partes no curso do processo, não se pode negar ter havido satisfação (em sentido lato), mas, deve-se reconhecer, tal se dá exclusivamente no plano dos fatos, não no plano do direito, notadamente se declarado inexistente." (MARINS, Victor A. A. B., op. cit., p. 77-78).

Vale lembrar que a tutela antecipatória rompe com outro conceito componente do paradigma, ainda que este pareça representar mera consequência dos demais conceitos aqui já enunciados; é o rompimento com o dogma da antecedência da cognição sobre a execução, apontado por Pontes de MIRANDA como “o princípio da executabilidade forçada dependente da cognição completa” (*“ab executione non est inchoandum sed primo debet de causa cognosci, et per definitivam sententiam terminari”*). A antecipatória permite a execução antes da cognição; vale frisar, cognição do paradigma, qual seja, com declaração, e esta, com juízo de veracidade, juízo de verificação. É evidente que cognição sempre haverá ainda que superficial, porém, o que desejam os processualistas batizados de paradigmáticos é a cognição exauriente⁴⁴, com carga declaratória suficiente à produção da coisa julgada. É este para eles o significado da antecedência lógica da cognição ante à execução. A antecipação concebida para o artigo 461 do código é exemplo maior de rompimento destas premissas.

É o que diz, como exemplo e representando os demais, Antonio Carlos COSTA E SILVA:

Após a conclusão do ‘juízo de verificação’ é que se pode então, e se isso for necessário em razão da resistência do condenado, adotar as atividades materiais para fazer corresponder a situação fática à já conhecida vontade da lei.

Esta última atividade do Estado é que consiste na ‘execução forçada’, que, deste modo, é logicamente precedida por outra atividade, a de cognição que assinalou o precitado ‘juízo de verificação’, em razão do que se apurou existir mesmo o fato imputado ao ofensor e encontrou-se no ordenamento positivo a norma que passou a regular a espécie, em apoio, portanto, à pretensão que o autor deduziu ante ao juízo cognitivo⁴⁵.

43 MARINONI, Luiz Guilherme. Observações sobre a tutela antecipatória. *Revista de Processo*, v. 79, São Paulo, 1995, p. 104.

44 Categoria concebida por WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987, p. 83.

45 COSTA E SILVA, Antonio Carlos. *Tratado do Processo de Execução*, v. 01, Rio de Janeiro : Aide, p. 36.

Como restou demonstrado, ainda que a concepção romana de *actio* e toda a tendência à ordinariedade não seja um pressuposto absoluto para estes processualistas, as *concessões* — e são concessões porque se parte do paradigma — são feitas com elaboradas construções conceituais que impedem o lamentável para estes processualistas: o fim do dogma ou “a quebra de coerência”, na expressão de DINAMARCO.

E então permanece tudo como dantes: o processo de conhecimento intacto na busca pela verdade, fundamentando o princípio da *nulla ex executio sine titulo*, e afirmando que tudo que não seja declaração definitiva do direito (jurisdição) não satisfaz. E se satisfizer, esta satisfação é meramente fática, não serve à verdadeira jurisdição.

Mantido resta, portanto, o paradigma do processo abordado por Ovídio BAPTISTA.

2.1.5 COISA JULGADA E BUSCA DA VERDADE

De volta à característica da impossibilidade de julgamento sumário, é certo dizer que aqui reside uma grande manifestação do paradigma do processo abordado. Sendo esta parte que caracteriza a tendência à ordinariedade, negada no começo desta primeira parte da dissertação por Barbosa MOREIRA, que impede a concessão de liminares, que teria impedido, houvesse uma harmonia conceitual dos processualistas insertos no paradigma, a recente introdução no código da tutela antecipatória, como acima já foi abordado.

Se a construção de tutelas diferenciadas, sempre na busca da efetividade do processo, é a grande preocupação dos processualistas atuais⁴⁶, é

46

É como explica MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, op. cit., p 17.

exatamente o paradigma que impede o rompimento com a ordinariedade, decretando a inefetividade deste modelo de direito processual que ainda hoje é apresentado como modelo.

É este paradigma que impede, ou pelo menos dificulta, uma construção de tutelas diferenciadas, que encontra várias manifestações na doutrina nacional ou estrangeira. É certo que a manutenção do paradigma dificulta tanto a introdução de tutelas diferenciadas como as interpretações que lhe são atribuídas.

É significativo o exemplo do consagrado professor ARRUDA ALVIM, ao escrever sobre a natureza da função jurisdicional e suas características: “o que caracteriza, na quase totalidade dos casos, verdadeiramente a sentença — enquanto síntese dispositiva da atividade jurisdicional — é a autoridade da coisa julgada”⁴⁷.

É o que diz Arruda ALVIM: jurisdição — processo de conhecimento — declaração — coisa julgada. Para tal o processualista paulista começa fundamentando nitidamente a transcrição de CHIOVENDA (caráter substitutivo da jurisdição) e termina com José Frederico MARQUES (coisa julgada como verdadeira característica da sentença — declaração final).

Os dois autores têm uma construção doutrinária que forma o núcleo do paradigma, e é deles que o professor ARRUDA ALVIM se vale para apresentar o seu conceito de jurisdição, mais especificamente, a natureza da função jurisdicional e suas características.

A observação já foi apontada, porém nunca é demais reiterá-la: o paradigma aponta para uma ligação insuperável entre jurisdição e coisa julgada,

47

ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, op.cit., p. 96.

esta, corolário da segurança jurídica, e aquela, por sua vez, fundamental para a determinação do paradigma.

A coisa julgada, convém dizer, colocada como está, impede um conceito moderno de processo efetivo. Os processualistas não podem ficar teorizando sobre a existência ou não de título, como se este fosse o fim do processo, ou a sua única razão de existir. Título, coisa julgada, são opções políticas que não se identificam com a finalidade precípua do processo, qual seja, a instrumentalidade. É o que ensina Donaldo ARMELIN, com toda propriedade: “a onipresença da exigência da imutabilidade da prestação jurisdicional, mesmo no processo de conhecimento, resulta de opção política quanto ao resultado da atividade jurisdicional, que há de se levar em consideração as coordenadas sócio-culturais da atividade em que tal atividade se desenvolve”⁴⁸.

Ainda que Arruda ALVIM sustente que “a essência da jurisdição é a coisa julgada”, é preciso ressaltar que esta premissa não é absoluta, e que superestimá-la, como fazem alguns, significa condenar o processo à inefetividade. Importante frisar que é amplamente majoritária a corrente doutrinária que identifica jurisdição à coisa julgada⁴⁹.

⁴⁸ ARMELIN, Tutela Jurisdicional diferenciada, op. cit, p. 47.

⁴⁹ Teoria Geral do Processo Civil, publicada por Ovídio Baptista com outros três autores em 1983, faz a advertência: “A doutrina que identifica jurisdição com coisa julgada, tem mais adeptos no Brasil do que se imagina: Marques, Frederico. Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária, 1959, p. 125; ALVIM, ARRUDA Curso de Direito Processual, v. 1, 1971, p. 150; COSTA, A. A. Lopes da. A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada Jurisdição Voluntária, op.cit., 1961, p. 51; DINAMARCO, Cintra e Grinover., Teoria Geral do Processo, p. 65; WATANABE, Kazuo, Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra Atos Judiciais, 1980, p. 22” (SILVA, Ovídio Baptista da; MACHADO, L. Melício Uiraçaba; GESSINGER, Rui Armando e GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. Porto Alegre : Letras Jurídicas Editora Ltda, 1983, p. 40 e 41).

Identificação que se dá por influência de processualistas que situam a coisa julgada no centro da jurisdição, como adverte Barrios DE ÁNGELIS: *"porque para él la cosa juzgada era el centro de la jurisdicción; para nosotros, la naturaleza (...)"*⁵⁰.

Ainda neste sentido, James GOLDSCHMIDT, primeiro invocando CHIOVENDA, depois por si mesmo, afirma que o fim do processo é a coisa julgada: *"Según éste (Chiovenda), el proceso es e procedimiento cuyo fin es la constitución de la cosa juzgada."*⁵¹.

Entretanto, a colocação válida, na esteira da posição de Donaldo ARMELIN, é a de Celso NEVES, que em brilhante monografia situa muito bem a coisa julgada:

É importante jamais esquecer esta consideração simples: a verdade que recentíssimos estudos sobre direito antigo confirmam, revelada, por exemplo, nas origens do direito norueguês, em que era completamente ignorado o princípio da coisa julgada. A sentença era executória, mas sempre aberto o debate sobre sua exatidão, com base em novas provas, ou sem elas (...) Começamos, pois, por nos libertarmos da idéia de que a coisa julgada seja um instituto de razão natural, 'comum a todos os povos' (...) A coisa julgada é, em resumo, uma exigência política e não propriamente jurídica; não é razão natural, mas sim exigência da prática.⁵²

O ideal de verdade, segundo DINAMARCO, exerce um grande e antigo fascínio sobre os homens, o que fez com que a coisa julgada alcançasse um lugar superestimado na teoria do processo, posto que na concepção de ALCALÁ-ZAMORA é o verdadeiro centro da jurisdição⁵³.

50 ÁNGELI, Dante Barrios de. **Teoría del Proceso**. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1979, p. 18.

51 GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 38-39.

52 NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1971, p. 430-431.

53 "Também entre os juristas, a verdade é uma preocupação constante. Do processo, chegou-se a dizer que é uma 'busca proustiana da verdade' e, de uma modo geral,

É esta ligação — busca da verdade, coisa julgada, processo de conhecimento — que condena à inefetividade o processo, e forma a base conceitual na qual estão situadas as manifestações específicas de resistência aos juízos sumários no Direito societário. Neste sentido é oportuno concluir com MARINONI: na linha do direito liberal, o juiz, para não representar ameaça à liberdade dos cidadãos, deveria julgar após ter encontrado a ‘plena certeza jurídica’ ou a ‘verdade’. Como a ‘busca da verdade’ é uma quimera, já que toda ‘certeza jurídica’, na perspectiva gnosiológica, sempre se resolve em mera verossimilhança, a idéia de ‘busca da verdade’ encobria o fato de que o juiz pode errar e, até mesmo, a obviedade de que o juiz possui valores pessoais e uma vontade inconsciente que na maioria das vezes ele próprio não consegue desvendar.⁵⁴

2.1.6 ANÁLISE SUMÁRIA DA GENERALIZAÇÃO DA AÇÃO CONDENATÓRIA

Ovídio BAPTISTA apresenta ainda outra característica fundamental do paradigma, qual seja, a generalização da ação condenatória, tanto para o direito de propriedade quanto para os direitos de crédito, transformando ou restringindo todo o Direito Material a uma relação obrigacional de débito-crédito.

A eliminação das ações executivas é a mais forte característica desta manifestação do paradigma e fez com que se eliminasse uma distinção que muito bem definiu PONTES DE MIRANDA, citado por Ovídio BAPTISTA:

conta com boa aceitação a idéia de que ele tenha mesmo a função de promover essa busca e descoberta; e da coisa julgada, tradicionalmente associada aos resultados do processo de conhecimento, por séculos perdurou a crença de que *pro veritate habetur*, ficção com que se procurava definir a autonomia do julgado em face da situação subjetiva com base na qual o juiz o emitiu, ou seja, situação de verdade real ou meramente formal.” (DINAMARCO, A Instrumentalidade do processo, op. cit., p. 230).

54

MARINONI, Luiz Guilherme. Da passagem do processo civil clássico para o processo civil contemporâneo: as razões perdidas. *Carta Jurídica - Revista de informação e debates*, nº 1. São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 1999, p. 229.

Quem reivindica, em ação, pede que se apanhe e retire a coisa, que está contrariamente a direito, na esfera jurídica do demandado, e se lhe entregue. (Nas ações de condenação e executivas por créditos, não se dá o mesmo: os bens estão na esfera jurídica do demandado, acorde com o direito; porque o demandado deve, há a condenação dele e a execução, que é a retirada de bem que está numa esfera jurídica, para a outra, a fim de satisfazer o crédito; portanto, modifica-se a linha discriminativa entre as duas esferas)⁵⁵.

Esta manifestação do paradigma, vale dizer, é estritamente ligada a tudo que se expôs até agora, entretanto, reserva características próprias que não permitem uma abordagem comparativa com as posições dos doutrinadores nacionais do Direito Processual Civil, no âmbito da primeira parte desta dissertação.

É preciso destacar a ampliação do conceito de obrigação e a surpreendente superestimação que se fez da função da *litis contestatio*, confundindo a função desse instituto nos diferentes períodos do direito romano.

Generalizou-se a idéia de que, como explica Ovídio BAPTISTA, “a *litis contestatio* era uma espécie de contrato processual, cuja função seria a de extinguir a (sempre suposta) obrigação em que se baseava a demanda de modo a criar, em seu lugar, uma nova obrigação, gerando-se, a partir desta falsa concepção, a idéia de que o contrato pudesse ter a virtude de criar uma relação obrigacional, mesmo que a relação substancial litigiosa não fosse obrigação”⁵⁶.

2.1.7 A SEGURANÇA JURÍDICA

55

PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao código de processo civil*, v. 9. Rio de Janeiro : Forense, 1976, p. 17 e ss.

Diz José de Oliveira ASCENSÃO que “o drama está em que a Justiça e a segurança, embora caminhem normalmente a par, podem em certos casos ter exigências não coincidentes. Pode falar-se de uma repetida confrontação dos dois valores”⁵⁷. Nestas palavras o professor português muito bem situa o grande dilema do direito processual.

A segurança jurídica, que mais predominantemente influencia a resistência à construção de tutelas diferenciadas, nasce, como acentua Ovídio BAPTISTA, das construções iluministas do século XVIII, mas foi HOBBS quem mais sustentou a superestimação da segurança jurídica. Com a palavra, o professor Theofilo CAVALCANTI FILHO:

Conforme acentuamos, nem mesmo nas correntes contratualistas, apesar da clara consciência que tiveram da importância do problema da segurança, foi esta encarada em termos de exclusividade. A única exceção que deve ser aberta, quanto a esse ponto, refere-se a HOBBS, que, como é sabido, coloca a exigência de segurança em situação de absoluta preponderância, a ela cedendo passo, inclusive, a exigência de justiça.”⁵⁸

Segurança jurídica é invariavelmente vinculada à noção de certeza; e certeza — através da busca da verdade — só é possível no processo de conhecimento ordinário, impossibilitando, assim, tudo que seja julgamento sumário. Novamente o professor Theofilo CAVALCANTI FILHO, neste mesmo raciocínio, ensina que a ordem positiva jurídica pressupõe a necessidade de ordem, segurança e certeza⁵⁹.

56 SILVA, *Juridição e execução ...*, op. cit., p. 72.

57 ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 2. ed. Lisboa : Fundação Calomte Gulbenkian, p. 168.

58 CAVALCANTI FILHO, Theofilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1964, p. 75. [sem grifo no original]

59 Ibid., p. 51.

Com fundamento em MONTESQUIEU, os iluministas relegam ao juiz a função de *pronunciar as palavras da lei*. A seguir o paradigma doutrinário, que ainda hoje sustenta o processo eminentemente declaratório:

Como escreve Giovanni Verde, segundo o pensamento iluminista as funções do Estado eram três e podiam ser distinguidas nitidamente entre si: a do poder legislativo, voltada à edição das leis, a do poder executivo, voltada à atuação concreta de todas as exigências de governo, e a do poder jurisdicional, voltada à aplicação das leis. **Havia uma tal segurança em poder traduzir em concreto este quadro que, no início do século XIX, pensou-se, em alguns países onde o ensinamento de Montesquieu era mais vivo, até em proibir ao juiz a interpretação da lei.**⁶⁰

Este tópico da dissertação merece um outro trabalho para que se possa discutir o assunto com mais profundidade, mas “é possível dizer, assim, que o legislador da ‘reforma’ renunciou à ‘segurança jurídica’ em nome da necessidade de maior plasticidade da tutela jurisdicional e, assim, de maior efetividade da tutela dos direitos”⁶¹. Esta “renúncia parcial” à segurança jurídica, patrocinada pela recente reforma do Código de Processo Civil, deve estar presente em toda leitura deste trabalho.

2.2 CONSIDERAÇÕES FINAIS DA PRIMEIRA PARTE

Em verdade, as resistências à tutela diferenciada nascem daquilo que Ovídio BAPTISTA chama de pre-compreensão formadora do paradigma, ou seja, esta pre-compreensão impede uma pronta descoberta das implicações que esta base conceitual paradigmática impõe ao processo civil dito moderno.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993, p. 102.

⁶¹ MARINONI, **Tutela Inibitória ...**, op. cit., p. 187.

É possível concluir que o paradigma em estado puro, como se poderia denominar aqui como paradigma primitivo, significa, fundamentalmente, um processo que, passando pela tripartição absoluta de poderes, pela incessante busca da verdade, corolária da construção iluminista, indica, sob o predomínio das fontes romano-canônicas, um processo civil que considera jurisdicional apenas o processo ordinário, declaratório, com julgamento definitivo do conflito.

Sob essa perspectiva, não seria jurisdicional o processo executivo e tão pouco o processo cautelar, menos ainda a antecipação de tutela recentemente introduzida (tipificada, em verdade) no sistema brasileiro, assim como não poderia ser considerado jurisdicional o mandado de segurança ou mesmo a nova ação do artigo 461, pós-reforma do Código de Processo Civil. Estes processos não seriam jurisdicionais porque rompem com princípios paradigmáticos, todos nascidos das fontes exaustivamente discutidas nessa primeira parte da dissertação, quais sejam: só é jurisdicional a declaração; não é função do juiz dar ordem, quando muito, for o vínculo *di natura publicista*; não há decisão com juízo *non ancora accertato*; precedência da cognição sobre a execução — *nulla executio sine titulo*—; o fim do processo é a coisa julgada (juízo de veracidade).

Entretanto, um desatento leitor poderia concluir que tudo não passa de um grande sofisma, já que o raciocínio aparentemente correto indica, em verdade, apenas um preciosismo teórico, pois, entre os processualistas listados como contaminados ou insertos no paradigma, há apenas um pequeno número que não aceita como jurisdicionais os “processos” aqui arrolados que, na perspectiva do paradigma dito primitivo, seriam com ele totalmente conflitantes.

Por conseguinte, na linha de desconstituição do aparente sofisma, o mesmo desatento leitor concluiria que a investigação iniciada na obra de Ovídio SILVA, com a pequena contribuição desta primeira parte da dissertação, tem apenas um parco significado histórico.

No entanto, é preciso esclarecer que a aceitação de processos que conflitam com o paradigma primitivo só se faz possível se fundamentado em duas posições: a primeira, traduzida no início desta introdução, indica um simples desapego aos problemas conceituais que o rompimento com o paradigma primitivo pode gerar.

É a parte da obra de Sérgio BERMUDES traduzida no trabalho: *"nisso consiste a jurisdição em sua essência — dizer o direito"*. A posição aparentemente reveladora do processualista, reveladora porque, numa perspectiva de construção científica coerente, esta afirmação estaria revelando a adesão do consagrado professor Sérgio BERMUDES ao paradigma. Entretanto, BERMUDES, como de resto boa parte da doutrina pesquisada, aceita emprestar caráter jurisdicional a processos conflitantes com o paradigma primitivo, e o faz sem qualquer explicação ou qualquer apego aos problemas conceituais que esta posição significa.

A segunda, mais amplamente abordada neste trabalho, revela a preocupação de alguns processualistas em encontrar justificativas teóricas para impedir uma "quebra de coerência", como definiu DINAMARCO, ou para "fechar o sistema", na expressão de Victor MARINS.

Esta segunda posição requer maior atenção porque, ao contrário da primeira, mantém intacto o paradigma, através de interpretações doutrinárias que acomodam os processos, inicialmente fora da jurisdição, no âmbito do *"jurisdicional"* ou, como também é possível dizer, na esfera da jurisdição pura.

É possível verificar claramente essa posição na reveladora aceitação do processo executivo como jurisdicional. Os mesmos argumentos que impediam os doutrinadores paradigmáticos de emprestar caráter jurisdicional a esse processo não declaratório, agora, sob nova interpretação, o incorporam ainda que sob a forma de paradigma.

É problema da mesma ordem para os processualistas explicar o mandado de segurança enquanto processo que gera ordem, portanto não declaratório, assim, não jurisdicional. Tendo BUZAID como porta-voz, explicam que a ordem — o mandado — não passa de mero efeito da sentença de procedência do *writ*, esta, portanto, eminentemente declaratória. A tese vem agora renovada por aqueles que falam em antecipação meramente de “efeitos práticos”. E assim, como restou demonstrado no trabalho, é possível fechar o sistema, sem uma quebra de coerência. Mantido está o paradigma.

Se o hipotético desatento leitor novamente aqui interviesse, ele certamente afirmaria, com fundamento no que acabou de ser dito, que mais uma vez estaria provado o interesse meramente histórico deste tópico da dissertação, pois, como se viu nos dois exemplos, pouco importa que o paradigma seja mantido, já que os processualistas nele insertos fazem as adaptações necessárias para não impedir os avanços que o processo necessita para cumprir sua função instrumental e ser efetivo.

Porém, é lícito concluir que mantido o paradigma, com ou sem interpretações que modifiquem a noção original — *paradigma primitivo* —, é este mesmo intacto paradigma que impede novos avanços, que impede, por exemplo, o mandado de segurança contra particulares ou uma visão moderna da natureza da nova ação do artigo 461 do Código de Processo, pois, como também já foi visto, admite-se ordem, para o paradigma, apenas para o vínculo *di natura publicista*. É como afirma Kazuo WATANABE; “É de fundamental importância a mudança de mentalidade que seja capaz de rever as categorias, conceitos e princípios estratificados na doutrina dominante, pois somente assim poderão ser extraídas desses dispositivos todas as consequências possíveis para a modernização do nosso processo civil”⁶².

Ou seja, BUZAID, ao considerar a ordem como mero efeito, assim, fora da decisão, aceitou o mandado de segurança como jurisdicional (declaratório); entretanto, o mesmo intacto paradigma, impede, porque com ele não se rompeu, o mandado de segurança contra particulares ou, como já foi dito, uma visão moderna da nova ação do artigo 461 do Código de Processo⁶³. Vale lembrar que alguns processualistas “contaminados” pelo paradigma, sem a saída encontrada por BUZAID, não consideram o mandado de segurança como ação, definindo-o, por exemplo, como simples remédio, como já foi advertido.

Neste mesmo sentido, justificava-se, então, a recente reforma do Código que introduziu a tutela antecipatória. Ao contextualizar a antecipatória no paradigma, evidencia-se a incompatibilidade, já que nesse tipo de ação o juiz julga o mérito com base em verossimilhança, e esta sentença permite a realização do direito. E, se a execução, como adverte MARINONI, tem por fim a realização do direito no plano dos fatos, não há como conceituá-la como cautelar e então, para aqueles, a realização no plano da realidade social não é a realização do direito propriamente dita.

Na ótica do paradigma, determinante é a declaração da existência do direito no plano processual; não há, para os mesmos, possibilidade de satisfação, realização provisória do direito. A relação é simples: onde só existia jurisdição quando houvesse declaração do direito, agora, para fechar o sistema, admite-se a antecipatória, entretanto, sem representar realização do direito, porque essa, só com a declaração e declaração só com juízo de veracidade.

Repita-se, em sede de conclusão do ponto, a separação, muito bem traduzida por Victor MARINS, entre satisfatividade fática e satisfatividade jurídica:

63 “Antes de encerrar esta breve exposição a respeito do conceito de ação mandamental, é oportuno advertir que as fronteiras da mandamentalidade não mais se limitam, como supunham seus primeiros teóricos, a ordens dirigidas a órgãos e servidores do Estado, mas, ao contrário, tanto podem ter uma autoridade quanto um particular como destinatários da ordem sentencial”. (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 2. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editora, 1993, p. 269).

a antecipação é provisória, portanto não satisfaz; só satisfaz para aqueles que “confundem” satisfatividade fática com jurídica.

Assim, mantém-se o paradigma (só há jurisdição com declaração final e só há satisfação do direito com declaração final) sem agredir a lógica como seria, ao dogmatizar sem ressalvas a assertiva de CARNELLUTTI, transcrita no referido dicionário mexicano, negar caráter jurisdicional ao provimento antecipatório.

Aqui, ao resguardar-se o paradigma, com a saída proposta por Victor MARINS, fica amplamente comprometida a aplicação desta importante inovação do Código de Processo Civil. Pois sob a ótica paradigmática a aplicação é amplamente restrita, porque condicionada ao paradigma, e ao assim interpretar, ao fazer essa interpretação analógica com o processo de conhecimento e processo de execução, como os concebe a doutrina “contaminada”, reserva-se à antecipação a pior interpretação possível, a interpretação que faz a maioria da doutrina que já se manifestou sobre a recente reforma do Código. É esta interpretação contaminada que subordina a antecipação de soma em dinheiro à execução provisória e suas conhecidas limitações — como na hipótese da apuração de haveres aqui tematizada⁶⁴.

Para que esta reforma não se transforme numa contra-reforma é indispensável, segundo o professor Ovídio BAPTISTA, que a interpretação do provimento antecipatório não se vincule à distinção, hoje incontestada, entre o processo de conhecimento e execução; até porque, “no pensamento do jurisdicionado, o *imperium* é inseparável da *jurisdictio*”, como adverte o francês Roger PERROT⁶⁵. Tratar a antecipação dessa forma é relegá-la à inefetividade. Isso é também muito importante no diagnóstico doutrinário que poderá ser dado à nova ação do artigo 461 do Código de Processo Civil.

64 cf. item. 2.1.7. - A segurança jurídica.

65 PERROT, O processo civil francês ..., op. cit., p. 211.

3 JUÍZOS SUMÁRIOS NO DIREITO SOCIETÁRIO

3.1 RESISTÊNCIA AOS JUÍZOS SUMÁRIOS NO DIREITO SOCIETÁRIO

Todos os que escrevem sobre tutela de urgência no direito societário ressalvam a possibilidade, ou melhor, o receio de que sua utilização seja *“una possibile occasione di perturbamento dei rapporti endossocietari”*. É prudente a preocupação, não há dúvida. Entretanto, deve-se separar as preocupações com o

controle dos atos societários em geral, das preocupações específicas com a tutela de urgência. Isso porque a tutela de urgência em nada diverge da tutela ordinária quando se fala em *“occasione di perturbamento”*, usando expressão de FERRUCCIO TOMMASEO⁶⁶. A divergência está, em verdade, na incompreensão que acompanha os juízos sumários, como já foi tratado na primeira parte desta dissertação.

É simples: se a doutrina aceita que determinada decisão judicial pode ser tomada no sentido de, em exemplo, anular determinada deliberação social, é certo que não deve obstaculizar a possibilidade de que essa mesma medida venha, por juízo sumário, *“antecipada”*.

Proposta uma demanda anulatória, para ficar no exemplo citado, com robusta prova indicando alto percentual de verossimilhança, deixar de *“antecipar”* efeitos é impor exclusivamente ao autor o ônus da demora do processo; algo que não se deve imputar-lhe com ares de naturalidade — porque natural não é.

Sabe-se que o sistema processual brasileiro ainda impõe ao autor o papel principal de *“condenado”* pelo tempo, porém, essa análise demonstra quão absurda é a restrição aos juízos sumários no direito societário sem que haja, na exata proporção, restrição correspondente aos juízos ordinários no mesmo direito societário.

É essa incompreensão que deve ter levado Raffaele LENER a preocupar-se, ao tratar dos juízos sumários no direito societário italiano e francês, com a possibilidade de *“l’attribuzione di un potere così vasto e penetrante al giudice (per di più monocratico), senza il ‘filtro’ del necessario contraddittorio tra le parti, può*

66 *“La giurisprudenza accoglie con larghezza ricorsi ex articolo 700 codice procedura civile in materia societaria: una forma efficace di tutela ma anche una possibile occasione di perturbamento dei rapporti endossocietari.”* (TOMMASEO, Ferruccio. *Provvedimenti d’urgenza e diritto delle società. Le Società*, nº 1, Milão, 1984, p. 144).

rivelarsi particolarmente pericolosa in materia di società"⁶⁷. O mesmo autor italiano também manifesta preocupação ao observar:

*Come il provvedimento d'urgenza sia diventato uno strumento per ampliare a dismisura le ingerenze dell'autorità giudiziaria nell'attività sociale - ben oltre i limiti per essa posti dal sistema del codice - e come questa misura sia usata in modo difforme nelle varie sedi e dai singoli magistrati, determinando situazioni di squilibrio.*⁶⁸

É óbvio que ninguém pode querer ampliar desmesuradamente a ingerência da autoridade judiciária na atividade societária. Porém, os provimentos sumários, como já ressaltado, não podem ser isolados nesta análise. Ao professor italiano é preciso perguntar se é possível manter a assertiva suprimindo da citação referida o adjetivo *d'urgenza*. Em caso afirmativo, incongruência não há. Entretanto, se a análise resumir-se ao ataque dos juízos sumários como responsáveis pela suposta ingerência na vida societária, a assertiva vai viciada de uma análise distorcida e atrasada do processo, excessivamente comprometido com a busca da coisa julgada. E é de fato como pensa LENER ao confessar a preocupação exclusiva com os juízos sumários, não só na Itália como na França, ao final de seu texto⁶⁹.

A explicação já foi tratada de forma mais ampla na primeira parte da dissertação, mas aqui, especificamente, vale dizer que LENER ao alertar para o perigo de ingerência que representam os juízos sumários, o faz sem notar que os juízos sumários nada mais são que manifestações topologicamente anteriores a

⁶⁷ LENER, Raffaele. La tutela cautelare atípica del socio di società di capitali nell'esperienza francese dei référés commerciaux e rafronto con l'esperienza italiana dei provvedimenti d'urgenza. *Rivista del Diritto Commerciale*, nº 03, Roma, 1988, p. 293; argumento posteriormente repetido em artigo do mesmo autor: *Provvedimenti d'urgenza e società per azioni. Rivista di Diritto Civile*, v.2., 1985, p. 657.

⁶⁸ LENER, Tutela cautelare atípica ..., op. cit., p. 293-294.

⁶⁹ "Proprio queste ultime decisioni richiamano alla mente i rischi di un'eccessiva ingerenza della magistratura nella vita delle società commerciali e di interventi di disturbo da parte di azionisti di minoranza - cui si accennava in apertura - mediante il ricorso incontrollato all'art. 700 c.p.c., nel nostro sistema, o ai référés, in Fracia. (Ibid, op. cit., p. 311.)

decisões finais, em boa parte das vezes de conteúdos idênticos. LENER faz este alerta sem constatar que o autor de uma demanda sumária de suspensão de deliberação social que encontrar um juiz “convencido” pelo autor italiano e, receoso com o anunciado “perigo”, enfrentará — mesmo se ao momento da demanda houver grande possibilidade de procedência da futura ação de anulação — séria resistência à concessão de liminar, o que é de uma ilogicidade injustificável. Isso é desconsiderar que “a recusa de uma liminar é concessão de uma vantagem, às vezes decisiva, ao demandado”⁷⁰.

Quer LENER — entre outros —, por seu entendimento, afirmar que ao autor resta a espera. Para LENER, ao que parece, não há risco de ingerência na vida societária quando os provimentos interferirem, porém, para a “segurança jurídica”, quando houver coisa julgada a acompanhá-los. O autor não se apercebe de que o risco de ingerência na vida societária que acompanha a impossibilidade de concessão da liminar, presentes os requisitos, em nome do “perigo” representado pelos juízos sumários, é igual, senão maior.

É verdade que não pode haver ingerência — desarrazoada — na vida societária. Entretanto, esta ingerência não pode ser analisada, como está claro, separando os provimentos sumários dos definitivos. Se o definitivo cria ingerência, o sumário poderá criar; se aquele não cria, este, pelas mesmas razões, também não cria.

É interessante notar a complicada relação entre a facilidade com que se encontram autores, especialmente os ligados ao direito societário, que ressaltam a dificuldade que o processo moroso e caro representa à tutela dos direitos materiais inerentes à questão, e a dificuldade, na mesma proporção e destes mesmo autores, em aceitar a tutela de urgência, que nada mais é do que o exercício do reconhecimento de que alguns processos, em razão de peculiaridades próprias, não podem ter julgamento definitivo rápido, como já em 1965 ressaltava

o português Alberto PIMENTA⁷¹, ou ainda, entre tantos outros, Luigi SORDELLI⁷². Na doutrina nacional, José Rogério CRUZ E TUCCI observa: “porque o processo judiciário (de cognição), como instrumento de composição da lide (em âmbito extrapenal) ou resolutório de conflitos de alta relevância social (no campo penal), reclama, em homenagem a um elementar postulado de segurança jurídica, o respeito a uma série de garantias das partes (*due process of law* em senso processual), cuja observância se faz incompatível com a precipitação⁷³.”

Também por isso a necessidade dos provimentos urgentes no direito societário.

3.2 LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL NO DIREITO SOCIETÁRIO

Esta análise não obsta o reconhecimento de que a tutela de urgência, porque proferida sempre com base em verossimilhança, encontra mais dificuldade de oferecer, no campo específico e intrincado do direito societário, provimentos adequados. Porém, este reconhecimento não pode ser óbice aos juízos sumários, pois neste sentido afastar-se-iam da proteção do Poder Judiciário situações de direito material que reclamam tutela adequada no campo do processo. É nestes termos que a preocupação de Proto PISANI, ressalvadas as observações anteriores,

71 “Simplesmente, como a lei não permite qualquer espécie de reação contra o dano resultante de deliberações válidas e como a infração à lei ou aos estatutos só é apurada através de um processo moroso, faculta-se àquele que vai pedir a anulação das deliberações um processo expedito de conseguir a suspensão dos respectivos efeitos danosos enquanto não se obtém sentença definitiva sobre a invalidade — condicionante da atendibilidade do dano”. (PIMENTA, Alberto. *Suspensão e Anulação de Deliberações Sociais*. Portugal : Coimbra Editora, 1965, p. 34).

72 “Infatti il procedimento ad essi totesso si presenta come incidentale e non autonomo, si inserisce nel processo di opposizione alla delibera impugnata e tende ad evitare, in via provvisoria e sommaria, il pericolo di tardività e di infruttuosità della decisione riguardante l’impugnazione o la opposizione ad una delibera i cui effetti potrebbero incidere o creare turbamento nei rapporti interni alla società od in quelli esterni verso i terzi.” (SORDELLI, Luigi. *I sequestri di diritto industriale e d’autore ed i provvedimenti cautelari in materia societaria alla lece della novella sul processo civile 1990*, *Giur. Comm.*, 1992, p. 821-822.).

73 CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 27-28.

é prudente ao indicar a dificuldade de se proferir *“sosticaticissimi e spesso irreversibili provvedimenti cautelari in tema di diritto societario ad un giudice che non sarebbe mai stato competente a conoscere la causa del merito”*⁷⁴. Neste mesmo sentido Alberto PIMENTA questiona, invocando Pier Giusto JAEGER⁷⁵, a “interferência” do Poder Judiciário na vida societária “na convicção de que o juiz ordinário é sujeito pouco apto, por falta de adequada preparação específica, para formular avaliações num campo, como o dos negócios, que requer não só conhecimentos técnicos apropriados, mas no qual a escolha é, a cada passo, produto de corajosas instituições”⁷⁶.

Estes cuidados, embora ao trabalho diretamente não interessem, revelam que a preocupação quanto à dificuldade técnica encontrada pelos juízes no trato da matéria societária deve ser analisada no conjunto da interferência do judiciário na vida societária, seja através da tutela de urgência ou da definitiva, indiscriminadamente.

Os tribunais de comércio no Brasil foram criados com este escopo de evitar que as questões comerciais — aí incluídas as societárias — fossem julgadas por juízes inabilitados tecnicamente⁷⁷. E isso não só no Brasil, pois “com o desenvolvimento do comércio, em todo o mundo grassaram os tribunais de comércio, quer terrestres ou marítimos, denominados, em alguns países,

74 . PISANI, Andrea Proto. *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli : Jovene Editore, 1991, p. 334.

75 PIMENTA, op. cit., p. 62-63.

76 Neste mesmo sentido CARNELUTTI, *Eccesso di Potere nella Deliberazioni dell'Assemblee delle Anonime*, *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 24, Roma, 1926, p. 176. No Brasil: AZEVEDO, Erasmo Valadão; FRANÇA, Novaes. *Conflito de interesses nas assembléias de S.A.* São Paulo : Malheiros, 1993, p. 46.

77 “A lei de 16 de setembro de 1854, artigo 3º, dispunha que para o julgamento das causas comerciais em primeira instância seriam nomeados juízes de direito especiais nas capitais, onde funcionarem os tribunais do comércio. A lei de 1º de maio de 1855, artigo 20, criou juízes especiais do comércio na capital do Império e nas províncias da Bahia, Pernambuco e Maranhão e, posteriormente, em outras províncias” (PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, 2.ed., Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 124).

Consulados e Almirantados. Visava-se não só fazer as causas comerciais e marítimas serem julgadas por pessoal conhecedor da matéria mercantil (...)”⁷⁸.

Embora, repita-se, diretamente ao trabalho não interesse, porque a matéria, em seu conjunto, é alheia à discussão principal aqui proposta, sobre o ponto vale a citação indagativa do português Alberto PIMENTA:

Indevida ingerência? Mas que texto ou princípio legal autoriza a classificar tal ingerência como indevida?

E, mesmo *de jure condendo*, a que título se reputa indevido um controle judicial que não visa uma ingerência no aspecto técnico empresarial, mas apenas a lutar, no plano jurídico, contra as formas mais perigosas - porque mais dissimuladas - do ilícito?⁷⁹

Quer parecer que estas preocupações poderiam demonstrar quando muito a necessidade de juízos especializados, nunca, porém, a impossibilidade de decisões sumárias acerca da matéria.

3.3 O DIREITO SOCIETÁRIO E A NECESSIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA

Observou-se no capítulo de introdução, que é muito mais fácil compreender os provimentos urgentes no direito societário quando analisados sistematicamente, uma vez que esta análise sistemática autoriza que se verse sobre peculiaridades próprias dos provimentos urgentes no direito societário que necessariamente não se encontram em outros campos do Direito. A necessidade da tutela de urgência no direito societário é exemplo nítido disso.

O italiano Alessandro JOMMI indica a necessidade de tutela de urgência numa época “*caratterizzata da una profonda crisi della giustizia civile, di cui*

⁷⁸ Ibid, loc. cit.

⁷⁹ PIMENTA, op. cit., p. 77.

*l'aspetto più evidente è l'abnorme allungarsi dei tempi del processo a cognizione piena (il che, paradossalmente, si verifica in una società in cui l'esigenza di rapidità è massimamente sentita)"*⁸⁰. O americano Oscar G. CHASE afirma aos italianos que o problema não é uma exclusividade deles; *"Il processo civile italiano è notevolmente diverso da quello degli Stati Uniti, tuttavia in entrambi i paesi il sistema processuale viene severamente criticato per la lentezza con cui sono definite le controversie"*⁸¹.

Aquiescem todos, portanto, quando a matéria é a crise do processo, a lentidão da Justiça e a necessidade de tutelas urgentes. Esta unanimidade, especialmente no processo brasileiro, dispensa esta dissertação de tecer maiores considerações acerca disso. Do que não está dispensada esta dissertação é de tematizar acerca dos entraves conceituais a uma reforma ampla do processo que minimize esta *"profonda crisi della giustizia civile"* e diminua sensivelmente *"l'abnorme allungarsi dei tempi del processo a cognizione piena"*, nas mesmas expressões do autor italiano referido. Disso, entretanto, ocupam-se outros capítulos.

Aqui é preciso dizer que o direito comercial, especificamente o direito societário, não se coaduna — por suas peculiaridades próprias — com *"la lentezza con cui sono definite le controversie"*, para agora se valer da expressão utilizada pelo autor americano citado. E por isso é importante estudar a tutela de urgência em seu âmbito, como destacado na Introdução.

Também já foi observado anteriormente, mas vale aqui ressaltar, que quase ninguém se ocupa no Brasil das tutelas urgentes especificamente no campo do direito societário. Na Itália, onde a matéria é amplamente abordada, todos os autores revelam a necessidade da tutela de urgência para as questões do direito societário. Alessandro MAURIZI, por exemplo, quando aborda *"il motivo del successo*

80 JOMMI, Alessandro. Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé provision. *Rivista di Diritto Civile*, nº 1. Padova : Cedam, 1997, p. 121.

81 CHASE, Oscar. Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 03, 1988, p. 913.

che il provvedimento d'urgenza sta riscuotendo nell'ambito delle società di capitali" cita várias hipóteses, como a *"natura organizzativa del contratto di società"*; *"nell'irreparabilità del pregiudizio che si verifica in capo al titolare di situazioni giuridiche non patrimoniali in seguito alla loro violazione"*; *"l'impossibilità per la decisione di merito di reintegrare diritti non valutabili in termini pecuniari"*⁸².

Na Argentina, o fato de todas as questões societárias, por expresso dispositivo legal (artigo 15, *Ley 19.550*), terem, em princípio, tramitação pela via sumária (sumarização formal), evidencia a necessidade da utilização da tutela de urgência (sumarização material) neste âmbito⁸³.

Estas peculiaridades próprias do direito societário arroladas por Alessandro MAURIZI, entre tantas outras, é que determinam a necessidade da tutela de urgência no âmbito das sociedades. Noutra passagem, este autor italiano, referindo-se à tutela de urgência, diz que *"non c'è inoltre chi non veda come, dato il carattere dinamico e non statico dell'organizzazione societaria, in questa materia più che altrove, mostri la sua enorme importanza"*⁸⁴. Nesta matéria, mais do que nas outras (*in questa materia più che altrove*), como sentencia o italiano, é importante a utilização da tutela de urgência; isso porque, *"i tempi di esaurimento del giudizio di merito superano infatti abbondantemente I momenti in cui devono essere adottati I necessari ed indefettibili atti di gestione della società"*⁸⁵.

⁸² MAURIZI, Alessandro. L'articolo 700 c.p.c. nel diritto delle società. *Rivista del Diritto Commerciale*, v.1., Roma, 1991, p. 800.

⁸³ *"Dado que es norma general que todas las cuestiones judiciales relativas a las sociedades son tramitadas, en principio, por la vía sumaria (artigo 15 de la ley 19.550)"*. (PEÑA, Oscar E. Serantes; PALMA, Jorge (org.). *Medidas Cautelares, práctica procesal, civil e comercial*. v.1, Buenos Aires : Depalma, 1986, p. 58).

Vale ressaltar, porém, a distinção entre sumariedade formal e sumariedade material, aquela nada mais é do que forma encurtada, simplificada e concentrada do procedimento, mas não apresenta incompletude da cognição; esta caracteriza-se pela incompletude material da causa *cognitio*. Na sumariedade formal há sempre cognição exauriente, o que não ocorre na sumariedade material. (Neste sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Perfil dogmático da tutela de urgência*. *Revista Forense*, v. 342, Rio de Janeiro : Ed. Forense, p. 334).

⁸⁴ MAURIZI, Alessandro. L'articolo 700 c.p.c. nel diritto delle società, op. cit., p. 816.

⁸⁵ *Ibid.*, loc. cit.

Domenico BONACCORSI diz que nestes casos a importância da tutela de urgência está “ *in modo da assicurare una più estesa, pronta ed efficace tutela in materia societaria*”⁸⁶. Ainda neste mesmo sentido, Gino CAVALLI em 1972 já dizia que “ *soprattutto nel campo delle società di capitali, l’orientamento espresso in dottrina circa i criteri di applicazione dell’articolo 700 codice di proc. Civile, il quale, se oculatamente interpretato, può effettivamente rappresentare, nei limiti che gli sono propri, un parziale correttivo a determinare storture dell’invecchiato sistema societario*”⁸⁷.

Se toda vez que a gestão societária for questionada tiver que se valer do processo ordinário de cognição plena — sem possibilidade de “regulação provisória” —, o direito societário, a vida da sociedade, estarão comprometidos. A gestão societária não prescinde da tutela de urgência. A dinâmica de uma sociedade comercial não comporta a espera própria do processo ordinário; “ *in questa materia più che altrove*”, com o que concorda expressamente Ferruccio TOMMASEO:

*Il ricorso alla tutela urgente nell’ambito dei rapporti societari, documento con ricchezza dalla casistica che ci offre l’esperienza applicativa in tale materia, mostra come siano insufficienti gli strumenti ordinari di tutela a fine d’assicurare un’efficace protezione dei diritti dei soci nei confronti della società e, non di rado, dei diritti di queste nei confronti dei primi*⁸⁸.

O fato é que no âmbito do direito societário, especialmente na civilização moderna pós-industrial, marcada pela pressa, como adverte o professor Ovídio BAPTISTA, “que funciona preponderantemente com base na aparência determinada pela inevitável superficialidade de nossos contatos

⁸⁶ BONACCORSI, Domenico. La tutela cautelare d’urgenza contro le delibere assembleari. *Le Società*, nº 5, Milão, 1988, p. 700.

⁸⁷ CAVALLI, Gino. *Sospensione della delibera di esclusione di un socio di società di persone e articolo 700 Codice Procedura Civile*. *Giurisprudenza Italiana*, v. 2, 1972, p. 39.

⁸⁸ TOMMASEO, Ferruccio. *Provvedimenti d’urgenza e diritto delle società*, op. cit.

sociais”⁸⁹, causa máxima do enorme crescimento da utilização da tutela de urgência, tão-somente o processo ordinário definitivamente não resolve. Nem sempre resolver em perdas e danos, através do processo ordinário, é o melhor caminho, como reconhece Fabio Konder COMPARATO: “Entendo que, para sermos coerentes, há casos em que a técnica da sanção ao abuso do poder de controle não é suficiente. Por exemplo, na Lei de Sociedades por Ações, o abuso do poder de controle é sancionado como perdas e danos. Não me parece que, em alguns casos extremos, essa sanção seja suficiente para corrigir o descompasso entre a vida social e as exigências empresariais.”⁹⁰

Mais especificamente ainda, no âmbito das sociedades de ações de capital aberto, apenas a tutela de urgência, em grande parte das hipóteses concretas, pode contemplar a necessidade dos sócios por tutela jurisdicional efetiva. Aqui também a ordinaryidade não serve, o que deve ter levado o italiano Raffaele LENER a constatar que *“con lo sviluppo delle grandi imprese ad azionariato diffuso, nell’ultimo ventennio, si è assistito ad un aumento notevole degli interventi del giudice - attraverso misure cautelari ‘atipiche’*”⁹¹.

Ainda neste mesmo sentido, é muito interessante notar que já no Decreto nº 1.597, de 1º de maio de 1855, “o capítulo referente à ordem do juízo nas causas comerciais estabelecia que: a) todas as causas comerciais deviam ser processadas, em todos os juízos e instâncias, breve e sumariamente; b) todas as causas comerciais deviam ser julgadas de plano e pela verdade sabida, sem necessidade de observar as formas ordinárias prescritas para os processos civis”⁹². PACHECO, tratando da criação dos tribunais de comércio em todo o mundo, sustenta que o objetivo era também “evitar que os comerciantes se embaraçassem

89 SILVA, Ovídio Baptista da. **Do Processo Cautelar**. Rio de Janeiro : Forense, 1996, p. 72.

90 COMPARATO, Fábio Konder. Exclusão de Sócio nas Sociedades de Responsabilidade Limitada. *Revista de Direito Mercantil*, nº 25, 1977, p. 48.

91 LENER, *Tutela cautelare atipica del socio di società ...*, op. cit, p. 293.

92 PACHECO, op.cit., p. 126.

com litígios, discussões e formalidades longas e tediosas que se viam nos auditórios das justiças ordinárias”⁹³.

Estas manifestações mostram a unanimidade do reconhecimento da necessidade do direito societário valer-se da tutela de urgência, de forma ainda mais intensa e constante do que necessitam outros ramos do direito; *“in questa materia più che altrove”*, como resumiu o autor italiano referido.

Os casos específicos dos provimentos urgentes abordados — tematizados em pontos próprios — deverão comprovar esta especial necessidade de tutela de urgência no âmbito do direito societário.

4 TUTELA CAUTELAR E TUTELA ANTECIPATÓRIA COM REFERÊNCIA AO DIREITO SOCIETÁRIO

4.1 INCONVENIENTES DA CODIFICAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.

Todos aqueles que logo se preocuparam em comentar a recente reforma do Código de Processo Civil, em especial a introdução do instituto da antecipação de tutela, apressaram-se em louvar a iniciativa do legislador em inserir figura há muito reclamada pela doutrina especializada.

E não há reparos na comemoração; no entanto, muito menos pelo que representa à prática jurisprudencial do que representa ao rompimento que a antecipação de tutela significa à parte significativa da doutrina. É que a parte da doutrina que defende um processo ordinário, essencialmente declaratório, desprovido de ordem a particulares etc., como em boa parte ainda se apresenta o processo civil no Brasil, foi surpreendida pela antecipação de tutela, representante *per se* de um rompimento com esta concepção de processo — de todo inoperante. A contradição que a introdução da antecipação de tutela, expressamente prevista, gera aos defensores de processo ordinário, declaratório e de execução diferida é inocultável. A antecipação de tutela é negação do princípio da *nulla executio sine titulo*, por exemplo. Isso tudo, no entanto, já foi devidamente abordado

Quando reinava isolada a figura do processo cautelar essa mencionada parte da doutrina conceituava, como ainda faz hoje, o processo cautelar como mero defensor do resultado útil do processo principal, único verdadeiramente jurisdicional. A antecipação de tutela inegavelmente rompe com isso ao afirmar que é lícito ao juiz antecipar efeitos de uma decisão de mérito sem referibilidade a um direito acautelado. O autor (ou o réu, já que este, em tese,

também pode requerê-la⁹⁴) pode obter, desde já, aquilo que a ausência de antecipação outorgava-lhe apenas ao final do longo e custoso processo ordinário.

Ou como ressalva o professor Ovídio BAPTISTA: "Com isto queremos significar que a antecipação de tutela do artigo 461 ou, como quer o artigo 273, a antecipação dos efeitos da tutela, impõem inexoravelmente que se renuncie à dicotomia processo de conhecimento/processo de execução, consagrada pelo Código, em favor das 'ações sincréticas', em que pese a pecha de 'medievalismo' de que se acusam estas formas procedimentais."⁹⁵ Isso é a negação absoluta da separação entre cognição e execução sempre defendida por LIEBMAN, entre outros.

Quanto a isto, não há dúvida, foi muito profícua a reforma do Código. Mas há aspectos negativos nisso tudo.

Quando havia tão-somente a previsão genérica da cautelar inominada como endereço de demandas eminentemente antecipatórias — que nada tinham de cautelar — o juiz valia-se da previsão inespecífica dita cautelar e deferia um provimento em verdade antecipatório. A prática jurisprudencial demonstrou que a ausência de previsão não criou óbice à tutela da maioria dos direitos dependentes não apenas de cautelares, mas de provimentos verdadeiramente antecipatórios. A construção pretoriana abriu os caminhos. Na Itália — país mais rico no debate da tutela de urgência —, sabe-se, não há previsão

94 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 121-122. Ainda, "Não se pode excluir, todavia, em caráter absoluto, a possibilidade de o réu formular pedido de tutela antecipada na própria contestação, ainda que não se trate de ação dúplice". (BEDAQUE, José Roberto. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias de urgência*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 336).

95 SILVA, O processo civil e sua recente reforma. In: WAMBIER, Teresa Arruda A. (coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.419.

Ainda o professor Ovídio: "a reintrodução em nosso direito de uma forma de tutela antecipatória – tão extensa quanto o permite sua conceituação, como tutela genérica e indeterminada – invalida todos os pressupostos teóricos que sustentam o processo de conhecimento, pois as antecipações de julgamento, idôneas para provocarem tutelas antecipatórias, pressupõem demandas que contenham, conjugadas e simultâneas, as atividades de conhecimento e execução". (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança*. In: *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p.127).

específica para demandas antecipatórias; é tudo *ex 700 del codice di procedura civile*.⁹⁶ A ausência de previsão não transforma demandas cautelares em antecipatórias, ou vice-versa. A doutrina e a jurisprudência tratam de bem separar os conceitos, o que em nada obsta que um mesmo artigo do Código, resta demonstrado, abrigue pretensões de natureza diversa.

É claro que dentre outras vantagens da introdução expressa do instituto da antecipação de tutela no nosso ordenamento está a eliminação da desnecessária duplicidade de processos; um cautelar — que era, em verdade, antecipatório —, e outro principal. É o que Roberto ARMELIN batizou de objetivo pragmático (ao lado do sistêmico) da antecipação de tutela: “evitar duplo processamento para produção de resultado único”⁹⁷. Agora antecipa-se no próprio processo ordinário, o que se mostra muito mais lógico e processualmente correto.

Dito isto seria presumível concluir que apenas benefícios a introdução comentada trouxe ao processo civil. É preciso dizer que esta não é a única interpretação possível. É cedo, mas parece ainda longe da percepção da doutrina especializada a preocupação com alguns aspectos da reforma.

É possível imaginar que sempre que o autor estiver frente a uma demanda eminentemente cautelar, vale-se invariavelmente da previsão geral, não sendo cautelar nominada, ditada pelo artigo 798 do Código de Processo Civil. Por outro lado, aquele autor que estiver frente a uma demanda que de cautelar não tem nada, porque é claramente antecipatória, vale-se naturalmente do artigo 273

⁹⁶ Art. 700: “*Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito*” (Codice di Procedura Civile. Padova : Cedam, 1997).

⁹⁷ ARMELIN, Roberto. *Notas sobre antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição*. In: WAMBIER, Apectos polêmicos da antecipação de tutela, op. cit. p. 440-442.

ou 461, conforme indicar o caso concreto. Cautelar fundamenta-se numa previsão; antecipatória noutra.

Ocorre que nem tudo revela-se tão fácil de se definir como demanda cautelar ou antecipatória. Chama a atenção o professor Ovídio BAPTISTA para uma peculiaridade própria dos conceitos jurídicos que, ao contrário dos conceitos lógicos ou matemáticos, não contêm zonas limítrofes perfeitamente demarcadas. Os conceitos jurídicos têm sempre uma zona cinzenta, uma zona de penumbra. “*Vicinanza concettuale*” é a expressão utilizada por CALAMANDREI para traduzir a dificuldade na distinção dos institutos⁹⁸. Isto é freqüentemente encontrável, segundo Ovídio BAPTISTA, quando se busca distinguir casos práticos de tutela cautelar e tutela antecipatória. Conclui Ovídio BAPTISTA que a suspensão de deliberação social é um exemplo disto⁹⁹. Da suspensão tratará o capítulo próprio.

A constatação do professor gaúcho gera a preocupação aqui colocada quando soma-se à análise decisões que vêm consagrando o entendimento, como a agora citada, de que “a tolerância da utilização do processo cautelar para veicular demandas não exatamente cautelares decorria de hiato existente na lei, o que não mais se justifica, pela norma trazida pelo artigo 273 do C.P.C., instituindo a tutela antecipatória. Inicial corretamente indeferida. Improvimento”¹⁰⁰.

Em sentido idêntico da decisão transcrita, CARREIRA ALVIM afirma que “o que não pode o juiz é, a pretexto de fundir um pedido noutro, outorgar a antecipação quando o autor pede cautela, ou cautela quando o autor pede

98 CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche: introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova : Cedam, 1936, p. 185.

99 SILVA, Ovídio Baptista da. Carta enviada ao autor desta dissertação, em 4 de dezembro 1997.

100 São Paulo. Câmara de Férias Cível. TARGS, APC nº 195078100, de 27.7.1995. Relator: Breno Moreira Mussi, 27 jul./1995. Jurisprudência Inform. Saraiva, nº 7, 1ª Trim./1997.

antecipação”¹⁰¹. É preciso dizer que a decisão pode ser considerada juridicamente irrepreensível. É preciso dizer também que na maioria dos casos a distinção conceitual entre cautelar e antecipatória elaborada pela doutrina será de fácil manejo aos “operadores do direito”, mas nem sempre isso ocorrerá. E quando se estiver frente a uma demanda que pareça de natureza cautelar ao autor, mas se revele antecipatória aos olhos do juiz — porque, normalmente, partem de premissas divergentes —, o problema começa a merecer preocupação. E os casos serão mais expressivos do que pode parecer a princípio.

Nelson NERY JÚNIOR, por exemplo, afirma que é possível antecipação em ação rescisória¹⁰²; isso porque, segundo o autor, já há muito tem-se admitido ação cautelar em ação rescisória, em casos excepcionais, com o objetivo de impedir a eficácia da decisão impugnada. E logo depois de afirmar que o caminho para suspender a decisão rescindente é a medida cautelar, defende, preenchidos os requisitos ditados pelo Código, a possibilidade de adiantamento antecipatório da constituição negativa da ação rescisória; isso tudo em nome da efetividade do processo¹⁰³. Ora, ou a decisão que liminarmente suspende a decisão rescindenda é cautelar — e não satisfaz — ou é antecipatória — e satisfaz, afinal, na conhecida lição de PONTES DE MIRANDA, “o que satisfaz não acautela e o que acautela não satisfaz”, corroborada pelo mesmo Nelson NERY JÚNIOR — noutra obra —, quando afirma que “as cautelares satisfativas constituem em si uma *contradictio in terminis*, pois as cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar”¹⁰⁴

101 CARREIRA ALVIM, J. E.. *Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997, p. 186.

102 Também neste sentido: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; SALAMANCH, José Eli; WERZEL, Carlos. Tutela antecipada (e obtida) em ação rescisória - TJRP. *Revista de Processo*, nº 82, 1996, p. 276 ss. E mais: DINAMARCO, Márcia. *Meio processual adequado para suspender a execução do julgado rescindendo*. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. WAMBIER, op. cit., p. 332 ss.

103 NERY JÚNIOR, Nelson. Procedimentos e tutela antecipatória. In: WAMBIER, Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, op. cit., p. 398-399.

Se o novo passo da reforma do Código de Processo Civil passar como vem sendo proposto, a natureza da liminar na ação rescisória perde definitivamente a importância, uma vez que pela mudança anunciada o relator poderá “conceder, sob referendo do tribunal, ‘medida cautelar ou antecipação dos efeitos da tutela’, a fim de evitar dano grave e irreparável”¹⁰⁵. É bem verdade que esta alteração foi antecipada por decisões judiciais que flexibilizaram a separação de conceitos entre cautelar e antecipação. É de se discordar, no entanto, da redação proposta, pois não será a particularidade desta ou daquela ação rescisória que poderá determinar se a suspensão é cautelar ou antecipatória, como faz supor a alteração proposta. A suspensão da sentença rescindenda é sempre antecipação de tutela, pois com o provimento liminar o autor obtém tudo aquilo que pode pretender com a sentença final. O despacho liminar não se limita a assegurar o resultado útil do processo, mas livra antecipadamente o autor dos efeitos da sentença rescindenda. Isso não significa que se quer rigor dos juízes em casos como este — ao contrário —, o que não quer dizer que o próprio Código possa transigir no uso correto dos conceitos jurídicos.

Luiz Guilherme MARINONI classifica a sustação de protesto como tutela antecipatória preventiva¹⁰⁶; o Desembargador e processualista gaúcho, Araken de ASSIS, afirma que “não devem os operadores amesquinhar o alcance da tutela antecipada, pleiteando, por exemplo, a sustação de protesto na própria ação em que se pede a declaração de inexistência da cambial. A sustação de protesto é

104 NERY JÚNIOR. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 51.

105 CARNEIRO, Athos Gusmão; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Anteprojeto de lei (unificado). Complementa as leis de reforma do Código de Processo Civil, e dá outras providências. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba : Ed. Genesis, V. 10, 1998, p. 807.

106 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória nas ações declaratórias e constitutivas. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 4, p. 80, jan./abr. 1997. Também: NERY JÚNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o Processo Civil*. op. cit., p. 56.

medida cautelar, embora atípica, porque não satisfaz, desde logo, o direito alegado (inexistência da cambial)”¹⁰⁷.

Teresa Arruda Alvim WAMBIER articula classificação inusitada ao defender a categoria das medidas mistas, isto é — imagina-se — um pouco cautelar, ou pouco antecipatória.¹⁰⁸ A imediata indagação à professora é sobre onde fundamentar a tal “medida mista”; se na previsão introduzida no Código para abrigar as antecipatórias ou se na previsão indicada para as cautelares inominadas.

Mais a seguir será definida a natureza da medida de suspensão de deliberação social, assim como de outros provimentos de urgência no direito societário, tema específico desta parte do trabalho. Restará evidente a dificuldade gerada pelo ponto. Esta dificuldade, se outrora tinha repercussão fática castrada pela previsão única a abrigar as demandas cautelares e antecipatórias, hoje ganha enorme relevo com a possibilidade, vista na mencionada decisão transcrita e na posição de parte da doutrina, de indeferimento de demandas veiculadas por previsão legal equivocada. Se um dia o fato de Priscila Corrêa da FONSECA — que escreveu acerca da suspensão de deliberação social em sede de monografia — ter conceituado a medida como capaz de antecipar efeitos da anulação ou nulidade, embora, ao mesmo tempo, a tenha batizado de cautelar¹⁰⁹, não tivesse repercussão fática visível, hoje, no entanto, pelo que foi dito, o problema mostra-se muito mais sério.

Com fundamento nisso é que se aponta a relativa indistinção dos juízes entre antecipação e cautelar, mostrando-se favorável à admissão de um

107 ASSIS, Araken de. *Antecipação de tutela*. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 18 e 19.

108 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória*. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, op. cit., p. 538.

requerimento pelo outro, determinando-se que o processamento observe à disciplina adequada à verdadeira natureza da matéria. O raciocínio será análogo ao que prevaleceu, no silêncio do Código, a favor da possibilidade de aproveitar-se, em certa medida, recurso inadequadamente interposto no lugar do cabível.

O certo é que a jurisprudência, nessas hipóteses, deverá caminhar para uma visão flexível do artigo 295 do Código de Processo Civil: "A petição inicial será indeferida: V – quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal". É como sustentou CARREIRA ALVIM: "Embora parte da doutrina sustente só ser possível a conversão de 'procedimento', devendo nesse sentido ser tomada a expressão 'processo' constante do artigo 250 do Código de Processo Civil, a jurisprudência tem admitido também a conversação da ação e do processo, com amparo nos princípios da instrumentalidade e da efetividade e, sobretudo, da economia processual"¹¹⁰.

4.2 TRAÇOS DISTINTIVOS DAS TUTELAS CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA NA PERSPECTIVA DA SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÃO SOCIAL

4.2.1 A ESTRUTURA COMO FATOR NÃO DETERMINANTE DA NATUREZA DO PROVIMENTO DE SUSPENSÃO

Nesta distinção entre os conceitos cautelar e satisfativo, com a suspensão de deliberação social como referência, é preciso questionar qual é exatamente a natureza de uma decisão sumária que dispõe: "Presentes os pressupostos, ordeno ao administrador que suspenda a eficácia do ato impugnado até ulterior decisão final". Apressadamente pode-se concluir que aí está uma clara

antecipação da posterior anulação ou declaração de nulidade. Afinal, com a suspensão realiza-se o direito por antecipação, pois obtém-se desde já tudo aquilo que o provimento final poderá oferecer. Embora tenha sempre classificado a suspensão de deliberação social como cautelar, Corrêa da FONSECA — autora da única monografia acerca da matéria —, conclui pela antecipação ao sustentar que “atingindo, assim, a medida de suspensão de deliberação social a eficácia da deliberação impugnada, antecipa os efeitos da anulação ou nulidade ulterior”¹¹¹.

Será visto adiante que a decisão liminar que suspende a deliberação social não antecipa declaração ou constituição como pressupõem alguns, mas, sim, num juízo de verossimilhança, **ordena** um fazer ou um não fazer, ou ainda, na atuação-execução desse mesmo provimento de urgência, em atividade subrogatória, **executa** a decisão de suspensão de deliberação social. Fosse a suspensão da deliberação social uma antecipação da posterior anulação ou nulidade — e não é —, a decisão seria meramente constitutiva. Limitar-se-ia o juiz a antecipar constituição negativa. Essa “regulação provisória”, embora possível, porque óbice técnico-processual não há, não goza de qualquer utilidade, por completa ausência de efetividade. Ao réu desta hipotética demanda seria lícito aguardar a transformação da antecipação provisória em coisa julgada, sem que este “lapso de descumprimento” possa fazer nascer qualquer sanção — como abordado mais adiante.

Mas ainda não é exatamente disso que se quer tratar neste momento. Antes é preciso desfazer o equívoco de parte da doutrina que classifica uma medida como antecipatória pela estrutura. A estrutura não é meio idôneo para definir uma medida como antecipatória, em oposição à cautelar. É possível dizer que quem antecipa não necessariamente profere uma medida antecipatória. É que a antecipatória não se define enquanto tal exclusivamente pela antecipação.

110 CARREIRA ALVIM, op.cit., p. 190.

111 FONSECA, P. C., op. cit., p. 68-69.

Porém, é igualmente certo afirmar que não há antecipatória se não houver antecipação, ainda que parcial, do provimento final.

É preciso elucidar isso. O equívoco desta parte da doutrina pode ser resumido pelo que afirmou o Doutor em Direito pela USP, José Roberto BEDAQUE:

O jovem e brilhante processualista paranaense, Luiz Guilherme MARINONI, parece ceder um pouco em sua rígida posição de negar a possibilidade de a tutela cautelar assumir cunho satisfativo. Ao distigui-la daquilo que a denomina tutela interina, admite a possibilidade de sua concessão implicar antecipação de parte dos efeitos da sentença do processo principal.¹¹²

Marcelo BERTOLDI, em posição similar, exclui das cautelares qualquer possibilidade de antecipação, afirmando que através dessas medidas o que se procura são “providências paralelas”, jamais qualquer provimento que coincida com o provimento final¹¹³. SATTA afirma que “*consentire una anticipazione degli effetti della decisione*” representa “*una nota distintiva da tutte le altre misure cautelari*”.¹¹⁴

Parece haver nestas posições claro equívoco. Estes autores denotam confundir antecipação com satisfação, no conceito que a seguir será apresentado. Pode haver, e há em boa parte dos casos, antecipação do provimento final nas medidas cautelares. Isso nem de longe define a medida como antecipatória, em oposição à cautelar, e muito menos como cautelar em oposição à antecipatória, como supõe Antonio Cezar Lima da FONSECA¹¹⁵.

112 BEDAQUE, José Roberto. **Considerações sobre a antecipação de tutela jurisdicional**. In: Wambier, Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, op. cit. p.221-228.

113 BERTOLDI, Marcelo. **Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu**. In: WAMBIER, Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, op. cit., p. 312.

114 SATTA, *Diritto Processuale Civile*, op. cit., p. 590.

115 O autor afirma que a liminar no mandado de segurança “é basicamente antecipadora dos efeitos da sentença final, logo, cautelar” (FONSECA, Antônio C. Lima da. Da liminar no mandado de segurança. *Revista do Processo*, São Paulo, 57/26, 1990).

Barrios DE ÁNGELIS aduz que *“tenemos así la posibilidad de configurar la idea cautelar como la anticipación sustitutiva de un momento procesal hipotético (...)”*¹¹⁶. Melhor define ARIETA quando leciona que *“l’effetto anticipatorio delle misure assicurative atipiche, oltre ad essere meramente eventuale, costituisce solo il mezzo, lo strumento per la realizzazione della finalità cautelare, come tale rimesso alla più ampia discrezionalità del giudice.”*¹¹⁷

Já MANDRIOLI, citado por Clayton MARANHÃO, reconhecia uma categoria de provimentos com função cautelar e, eventualmente, com função antecipatória, mas sempre com estrutura antecipatória, no artigo 700 do Código de Processo Civil italiano¹¹⁸.

É MARINONI quem definitivamente desfaz o equívoco: “Na tutela cautelar, com efeito, também pode existir antecipação de parte dos efeitos da sentença do ‘processo principal’ (...)”¹¹⁹. Isso porque, “a tutela cautelar, a tutela antecipatória e a tutela interinal, em termos amplos, podem ser vistas através de uma ótica estrutural que lhes confere a característica de tutela antecipatória, encontrando seus perfis quando visualizados através de uma lente funcional”¹²⁰. Luiz ORIONE NETO, neste mesmo sentido, também reconhece que a estrutura não serve à classificação dos provimentos, pois que “a liminar, entretanto, ao antecipar, pode fazê-lo com um fim acautelatório. Esse é um dos aspectos que a liminar pode assumir e não o único. (...) não é porque uma liminar antecipa que ela é cautelar”¹²¹.

116 ANGÉLI, Barrios de. *Teoría del proceso*. op. cit., p. 258.

117 ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d’urgenza*, 2.ed. Padova : Cedam, 1985, p. 70.

118 MARANHÃO, Clayton. *A demanda cautelar e a regra da congruência no processo civil italiano*. Revista de Direito Processual Civil, nº 1, p. 147, jan./abr. 1996.

119 MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, op. cit., p. 102.

120 Ibid, p. 106.

121 ORIONE NETO, Luiz. *Liminares no processo civil*. São Paulo : Lejus, 1999, p. 53. (No mesmo sentido: LARA, Betina Rizzato. *Liminares no processo civil*, Local: editora, 1993. p. 61-62.

A estrutura do provimento, assim, não define a existência de cautelaridade. Portanto, quando BEDAQUE conclui que determinado provimento é satisfativo porque antecipou, baralha conceitos que não guardam qualquer semelhança. Satisfatividade, aqui, sim, a nota distintiva entre os dois institutos, não tem absolutamente nada com a antecipação enquanto estrutura de um provimento. Os provimentos — cautelares e antecipatórios —, será visto posteriormente, distinguem-se pela lente funcional, ótica de análise que prescinde da estrutura do provimento. O que esta lente funcional não prescinde é do conceito de satisfatividade.

Vale ressaltar, no entanto, que a ótica estrutural, embora não seja o toque distintivo das tutelas de urgência, muitas vezes poderá indicar a distinção. É que sempre que o provimento antecipar aquilo que ao final não poderá ser concedido, sempre que o antecipado não coincidir (total ou parcialmente) com o provimento final pretendido, ou se está frente a uma cautelar, ou se está frente a uma antecipação tecnicamente impossível, muitas vezes por ausência de necessária demanda cumulada. Isso pelas razões a serem expostas no capítulo de referência à questão.

Dito isso, é preciso voltar à análise da natureza do provimento de suspensão de deliberação social. No início foi citada a posição de Corrêa da FONSECA indicando caráter antecipatório do provimento de suspensão de deliberação social, embora a autora, na mesma obra, tenha batizado a medida como “ação cautelar de suspensão de deliberação social”. Mais adiante será visto que a medida de suspensão de deliberação social “suspende” a eficácia da deliberação impugnada. Esta suspensão de eficácia é vista por esta autora como antecipação da eficácia declaratória ou constitutiva negativa da posterior ação de nulidade ou anulação, respectivamente. Com argumentos parecidos, Luiz Guilherme MARINONI concorda com o posicionamento:

Também é inegavelmente antecipatória a tutela que suspende a eficácia de um ato que se pretende ver anulado ou declarado nulo. Nesse 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 impugnado¹²².

O argumento é sedutor, mas essa afirmação só é possível porque se parte da premissa que este trabalho afastará, de que não se antecipa senão aquilo que ao final possa ser concedido. Neste sentido os autores citados, embora convirjam na conclusão, divergem em argumentos. A primeira fala em antecipação porque vê no provimento que “suspende a eficácia” do ato impugnado a antecipação da eficácia declaratória ou constitutiva negativa da ação principal à cautelar. O segundo, embora indique reconhecer que o provimento que suspende a eficácia não antecipa propriamente a posterior declaração ou constituição negativa, acha possível haver antecipação de outras eficácias que não constem do provimento final, hipótese que neste trabalho será afastada.

A primeira autora, portanto, demonstra conceituar o provimento que suspende a eficácia da deliberação social como antecipatória do provimento final — em tese admissível —, porque vê nesta mesma suspensão constituição ou declaração provisória, antecipada. Para a primeira autora, o juiz quando profere uma decisão sumária de suspensão de deliberação social, constitui provisoriamente. Ocorre que o cumprimento, ou não, desta constituição provisória fica na dependência da vontade do réu. “O inacreditável descaso com que a doutrina trata o delicadíssimo e fundamental problema da classificação das sentenças e das respectivas demandas por suas eficácias é responsável por esses equívocos”, sentencia o professor Ovídio B. SILVA¹²³.

122
p. 81.
123

MARINONI, Tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva, op. cit.,

SILVA, Do processo cautelar, op. cit., p. 110.

MARINONI, por outro lado, reconhece que a figura da “suspensão da eficácia” da deliberação social não é nada mais do que um *prius* de uma ordem ou de uma execução-atuação deste provimento de urgência:

Em uma ação desconstitutiva pode ser requerida, via tutela antecipatória, a suspensão da eficácia do ato impugnado. Assim, por exemplo, o autor pode solicitar a suspensão da eficácia da deliberação social na pendência da demanda que visa a sua anulação. Percebe-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 (tutela mandamental) sob pena de multa.¹²⁴

Reconhece este autor, portanto, que o despacho que ordena a suspensão da eficácia de uma deliberação social nada mais é do que antecipação de eficácia mandamental. E aqui está o óbice; na ação principal (ou no processo ordinário donde se quer a antecipação), porque é declaratório ou desconstitutivo, não se encontra mandamentalidade que possa ser antecipada. E neste trabalho se definirá pela impossibilidade de antecipação de eficácias inexistentes nos provimentos finais; isso porque, nas palavras de Riccardo ALESSI, “*non è immaginabile che attraverso l’articolo 700 c.p.c. si realizzino sistemazioni che con possano successivamente trovare conferma in tutto o in parte nel provvedimento finale.*”¹²⁵

Os argumentos até o momento formulados podem conduzir à intrigante dúvida. Ora, se a antecipatória assim não se define tão-só porque antecipa, mas define-se, em verdade, porque satisfaz — em conceito a ser abordado —, admitindo-se a hipótese, defendida por boa parte da doutrina e contrária à posição deste trabalho, de que é possível “antecipar” aquilo que ao final não se poderá obter (o que, num critério lógico, antecipação não é), e se nessa

124 MARINONI, *Tutela antecipatória nas ações...*, op. cit., p. 80.

125 ALESSI, Ricardo. L. 287 del 1990: tutela cautelare inibitoria, mercato rilevante e altri problemi. *Rivista del Diritto Commerciale*, nº 5-6, Roma, mai/jun 1992, p. 285.

“antecipação”, de eficácia diversa da eficácia possível ao final, houver satisfatividade, haveria então, neste caso, antecipação propriamente dita? São duas as conclusões possíveis: ou não haveria satisfatividade porque o resultado buscado no provimento final diverge daquele alcançado na “antecipação” (diversidade de eficácias) ou, em verdade, o resultado buscado na principal seria o alcançado na antecipação, e o que haveria nesta segunda hipótese seria pretensão final equivocada (se ao final se quer ordem de não fazer, não se deve limitar a pretensão à mera declaração, ou constituição).

Mais adiante o assunto será melhor esclarecido.

4.2.2 A SATISFATIVIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DA NATUREZA DO PROVIMENTO DE SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÃO SOCIAL

Todo cuidado é pouco no conceito de satisfação, de satisfatividade. Boa parte da doutrina refere-se ao termo sem precisar acerca do que exatamente está tratando. Basta lembrar que idêntico provimento é satisfativo para alguns, embora não o seja para outros; isso porque partem de premissas muito diferentes¹²⁶. Victor MARINS, enquanto representante de uma corrente majoritária da doutrina, liga o conceito de satisfatividade jurídica à declaração da existência do direito alegado, liga satisfação à coisa julgada. Só há satisfação, para esta parte da doutrina, com decisão final. Na maioria das vezes pode haver mera “satisfatividade fática”. Se a decisão sumária representa providência idêntica àquela pleiteada na decisão final, isso é mera coincidência.

A posição pode ser traduzida pelo que assevera Luiz Fernando BELLINETTI:

126 “Antes de mais nada, desejamos dar registro à idéia de que não se pode tomar a satisfatividade como algo que só admita uma forma de compreensão, porque, pelo contrário, trata-se de fenômeno suscetível de interpretações diferentes, que admite configurações

(...)quando se fala em tutela satisfativa, necessariamente há de se pensar no âmbito jurídico, (...). Se a proteção for provisória, não haverá efetiva satisfação, que somente ficará caracterizada quando a pretensão da parte for realmente apreciada, com o estabelecimento de uma norma concreta que reconheça definitivamente o direito.¹²⁷

Esta posição da doutrina parte de uma premissa fixada por CARNELUTTI, para quem *“la composición de la litis exige, pues, no sólo la imperatividad, sino hasta cierto punto también la inmutabilidad del juicio”*¹²⁸. Como explica MARINONI, “os doutrinadores que seguem CARNELUTTI, que sabidamente foi influenciado pela teoria unitária do ordenamento jurídico (...) faz supor a insuficiência das normas de direito material para a composição da lide, a qual somente poderia se dar, no pensamento de CARNELUTTI, através da sentença de cognição plena e exauriente. Nessa perspectiva (...) a sentença de cognição sumária (...) não poderia ser apta para a satisfação do direito”¹²⁹.

É, portanto, neste sentido que Luiz ORIONE NETO, como tantos outros, diz que *“prima facie, é mister deixar consignado, ad instar do que sucedera com a tutela cautelar, que a liminar satisfativa também se restringe à satisfatividade no plano fático e não no plano jurídico”*¹³⁰. Ou ainda, conclui Betina Rizzato LARA, nesta mesma linha que “no campo jurídico, satisfação significa a obtenção da tutela jurisdicional, de forma definitiva, tanto no plano

distintas, dependendo do contexto processual que é estudado.” (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. São Paulo : Ed. Oliveira Mendes, 1998, p. 268.).

127 BELLINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional satisfativa. *Revista de Processo*, v. 81, São Paulo, p. 102.

128 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil* v. 1. Buenos Aires : EJA, 1973, p. 43 e 142.

129 MARINONI, A *antecipação de tutela na reforma do processo civil*, 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 1995, p. 46-47.

130 ORIONE NETO, op. cit., p. 58.

jurídico como no plano fático, em decorrência de uma eficácia declaratória da decisão, capaz de torná-la imutável”¹³¹.

É evidente que este conceito de satisfação não está descontextualizado de uma inteira concepção de processo, já abordada na primeira parte desta dissertação.¹³²

Oferecido este sentido à palavra satisfação, jamais poderá estar aqui o traço distintivo das tutelas de urgência. É que não haverá satisfatividade em qualquer juízo sumário, quer cautelar ou antecipatório. É o que confessa, pelos demais, Teresa Arruda Alvim WAMBIER: “Existe, todavia, um outro critério do qual freqüentemente tem lançado mão a doutrina, que, no nosso entender, não é o principal. É justamente o da satisfatividade (no sentido da coincidência entre a providência adiantada e aquilo que de fato se quer = mérito)”¹³³.

Para Ovídio BAPTISTA, em posição antagônica, satisfazer o direito é dar-lhe vigência fática, no plano das relações humanas, em última análise, é realizá-lo¹³⁴. Esta satisfatividade, ao contrário do conceito de Victor MARINS¹³⁵, não tem nada com coisa julgada material.

131 LARA, Betina Rizzato. *A satisfatividade no âmbito das liminares*. In: Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995., p. 139.

132 Cf. item 2.1.4 - *Sommario esame delle circostanze*.

133 WAMBIER, Teresa, Da liberdade do juiz ..., op. cit., p. 537.

134 SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, v. 3. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editora, 1993, op. cit.p. 61.

135 “A característica da provisoriedade não explica a que se relaciona a ‘satisfação’ do auto na eventualidade da improcedência do pedido inicial. Indaga-se: terá havido nesse caso satisfação por quê? Poderá ocorrer em razão de um sentimento, de uma vontade, ou até de um proveito material (provisório), mas, parece óbvio, tal satisfação não interessa ao direito. Só a satisfação de interesse jurídico pode ser objeto da ciência, que estuda direito, pretensão, ação exceção. Explica-se melhor. A partir da necessidade de intervenção jurisdicional para a solução do conflito de interesses, somente a sentença dirá do interesse lesado ou ameaçado de lesão. Da propositura da ação até o julgamento final será necessário certo espaço de tempo, durante o qual ninguém saberá se o direito alegado, efetivamente, existe. Somente a sentença dirá da sua existência ou não. É curial reconhecer que as decisões tomadas no curso do processo de conhecimento (interlocutórias) não atuam diretamente sobre o interesse (satisfativo) em conflito, até porque instrumentalizam o processo a fazê-lo por meio

Esta dimensão dinâmica de satisfação, de satisfatividade, é a única que pode servir de referencial à distinção entre cautelar e antecipação. Há satisfatividade ainda que não haja reconhecido direito material a ampará-la. É satisfativo o provimento sumário, mesmo que, ao final do processo, se reconheça que ele tenha sido outorgado em prol de quem não tenha razão.

E é este conceito, também referido por Ovídio BAPTISTA, que pode sustentar uma distinção das tutelas de urgência pelo “critério satisfatividade”. É a lição de Luiz Guilherme MARINONI:

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é ‘satisfativa sumária’. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar.¹³⁶

Neste mesmo sentido é o conceito ditado por Alvaro J. D. Perez RAGONE:

Tutela Antecipatoria: es una tutela diferenciada de urgencia, que con base en una cognición sumaria y llenado los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente otorgándole una atribución o utilidad que pudiera

da sentença, agora sim, pronunciamento judicial definitivo. Destarte, os atos processuais interlocutórios não podem satisfazer pretensão objeto do conflito a que não estão pré-ordenados a dirimir. Com a prolação do julgamento da lide, se de procedência, haverá satisfação da posição de vantagem postentada pelo autor; se de improcedência, não haverá satisfação jurídica do autor, pois houve, em favor do réu, a declaração da inexistência do direito alegado na inicial. Se, no entanto, improcedente a pretensão, decisão provisória proporcionou algum proveito material a uma das partes no curso do processo, não se pode negar ter havido satisfação (em sentido lato), mas, deve-se reconhecer, tal se dá exclusivamente no plano dos fatos, não no plano do direito, notadamente se declarado inexistente.” (MARINS, Victor, *Tutela Cautelar...*, op. cit., p. 77-78).

136

MARINONI, A antecipação de tutela na reforma ..., op. cit., p. 86.

*probablemente obtener en las sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material.*¹³⁷

Antes de prosseguir no ponto é preciso fazer um adendo à ressalva já feita em capítulo anterior. Como foi dito, a antecipatória assim não é classificada tão-só porque antecipa; aqui é preciso dizer que a tutela não é satisfativa apenas porque antecipa, como pensam alguns, mas o é porque antecipa realizando o direito. A cautelar, por vezes, também antecipa, mas não satisfaz porque nunca realiza o direito, nunca satisfaz. É preciso saber se na lente funcional esta antecipação apresenta-se com precípua finalidade assecurativa ou satisfativa. O critério é, em verdade, de exclusão: “É imprescindível que a tutela não satisfaça a pretensão própria do ‘processo principal’ para que possa adquirir o perfil de cautelar”¹³⁸.

A partir daí é que os conceitos são formados e servem à difícil distinção da natureza das tutelas cautelar e antecipatória. Há casos em que a distinção é cristalina e, por isso, servem de exemplo aos autores que se preocupam com o tema:

Enquanto a liminar possessória, como há pouco dissemos, antecipa algo inerente à própria demanda, de modo que o autor consegue com ela o mesmo resultado prático que iria conseguir com a sentença final de procedência, o seqüestro, ao contrário, não antecipa o resultado da sentença de procedência e igualmente não satisfaz a pretensão de qualquer dos contentores. (...) Não seria lícito obscurecer que o resultado executivo que a liminar (possessória) antecipa é igualmente conteúdo da sentença de mérito; e nem supor que a execução não seja realizadora do direito.¹³⁹

137 RAGONE, op. cit., p. 139.

138 MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, op. cit., p. 77.

139 SILVA, *Do processo cautelar*, op. cit., p. 29.

Para que haja satisfação, no entanto, não basta o conceito abstrato de que este ou aquele provimento satisfazem; é preciso mirar o efeito prático da medida, ou, na lição de MARINONI, “as tutelas, assim, devem ser classificadas de acordo com os resultados que proporcionam aos consumidores dos serviços jurisdicionais”¹⁴⁰. Neste sentido é possível dizer que a antecipação na inibitória, por exemplo, não se presta à satisfação do direito (sem ser propriamente antecipatória) se ela limitar-se a declarar ou a ordenar sem efetividade, ou seja, sem imposição de multa. Aqui é preciso resgatar Giovanni CRISTOFOLINI, assim citado por CALAMANDREI:

*CRISTOFOLINI ritiene che il criterio di distinzione fra accertamenti con prevalente funzione esecutiva e provvedimenti provvisori e cautelari si debba cercare nell'effetto pratico della misura, a secondo cioè che essa tenda alla realizzazione piena del diritto accertato come se l'accertamento fosse definitivo, o che si limiti ad assicurarne la possibilità di realizzazione del caso che l'accertamento definitivo (o provvisorio) abbia a sorgere in seguito (...).*¹⁴¹

Ovídio Baptista da SILVA, comentando a citação de CRISTOFOLINI reforça o critério de distinção:

Observa-se com nitidez, na descrição de Cristofolini, a distinção entre a situação jurídica assegurada pelo provimento judicial e a pretensão jurídica realizada, na outra hipótese, embora de modo provisório, como acontece com os alimentos provisionais. Se a parte deduz no processo algum direito subjetivo, ou qualquer outra pretensão legítima, e o provimento judicial satisfaz essa pretensão ou o direito subjetivo afirmado pela parte, parece indiscutível a conclusão de que a sentença não se teria limitado a simplesmente assegurá-lo.¹⁴²

140 MARINONI, A antecipação de tutela na reforma ..., op. cit., p. 104.

141 CALAMANDREI, *Introduzione allo studio* ..., op. cit., p. 186.

142 SILVA, Do processo cautelar, op. cit., p. 11.

Os conceitos de segurança da execução e execução para segurança, formulados por PONTES DE MIRANDA, mas desenvolvidos por Ovídio Baptista da SILVA já há muito tempo colocou a distinção de forma bastante clara.

4.2.3 REFERIBILIDADE E OUTROS TRAÇOS DE DISTINÇÃO E SEMELHANÇA

Outros critérios são apresentados como traços distintivos entre as tutelas de urgência abordadas, porém, são eles critérios reflexos da ótica funcional da satisfatividade. Instrumentalidade¹⁴³ e dependência só se justificam enquanto analisados à luz do critério satisfatividade. Também a referibilidade, daquele critério é dependente. Basta constatar que a falta de referibilidade (ligação entre tutela cautelar e direito acautelado) é evidência da existência de satisfatividade. Neste sentido, se inexistente direito referível em uma pretensão que requer tutela sumária, é porque se está falando de tutela antecipatória. “Na tutela sumária antecipatória, com efeito, inexistente referibilidade a um direito acautelado”¹⁴⁴.

Quanto aos traços de semelhança é preciso apenas elencar alguns, tal qual os apresenta, por exemplo, Alvaro J. D. Perez RAGONE:

*Mucho podrá tener de común la tutela anticipatoria con la cautelar: así integrar las tutelas de urgencia; tener en muchos casos que reunir los mismos requisitos de concessión: periculum, fumus, contracautela; tener carater provisional; fundarse su concesión en cognición sumaria, por onde no tener la autoridad de cosas juzgadas.*¹⁴⁵

¹⁴³ Embora Calamandrei, porque batizava de cautelares os provimentos antecipatórios, apontasse instrumentalidade também nas antecipatórias: “La funzione strumentale si esplica dunque, in questo gruppo, nel dare alla controversia, in attesa del provvedimento definitivo, una soluzione provvisoria che presumibilmente più si avvicini a quella che sarà la decisione definitiva, in modo che questa, operando re adhuc integra e senza soluzione di continuità, possa avere sul rapporto sostanziale la stessa efficacia pratica che avrebbe avuto se fosse stata emanata senza ritardo.” (CALAMANDREI, *Introduzione allo studio ...*, op.cit., p. 187).

¹⁴⁴ MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, op. cit., p. 81.

À primeira vista, essa distinção somada ao que já foi apresentado em pontos anteriores separa com critérios definitivos o campo de abrangência das tutelas de urgência. E neste sentido já seria possível definir com absoluta clareza a real natureza jurídica da suspensão de deliberação social, assim como também fixar as bases para conceituar os demais provimentos analisados no trabalho. Infelizmente, a matéria, como adiante será constatado, não apresenta esta facilidade.

Desde já, entretanto, deve ficar consignado que quando aqui se fala em realização do direito, sempre se fala em realização mediante antecipação do provimento final.

4.2.4 *PERICULUM IN MORA* E *FUMUS BONI IURIS* NA DISTINÇÃO ENTRE TUTELA CAUTELAR E ANTECIPATÓRIA

Giovanni ARIETA, ao tratar do conceito de *fumus boni iuris* aduz que se trata “*di un giudizio di probabilità e di verosimiglianza, attraverso il quale il giudice è chiamato ad accertare che il diritto cautelando potrà ragionevolmente e con ogni probabilità essere riconosciuto esistente in sede di tutela cognitiva ordinaria.*”¹⁴⁶

Ora, do conceito transcrito, imediatamente depreende-se que não é o *fumus* o critério de distinção entre cautelar e antecipatória. O *fumus* é instituto constante em todas as tutelas sumárias. Só não haverá decisão com base em *fumus*, ou qualquer outro nome que a expressão possa comportar, quando se estiver frente a uma medida de cognição exauriente, em sentido vertical — de profundidade, no clássico conceito de Kazuo WATANABE.¹⁴⁷ Quando o juiz, porque presentes os elementos necessários à declaração com eficácia suficiente à

145 RAGONE, op.cit., p. 139.

146 ARIETA, op. cit., p. 52-53.

147 WATANABE, *Da Cognição no Processo Civil*, op. cit., p. 83.

produção da coisa julgada, decide definitivamente, não decide jamais com verossimilhança. No entanto, *a contrario sensu*, quando o juiz tenha que decidir sem ter aprofundado a cognição até o grau máximo — exauriente —, haverá de fazê-lo com base num *giudizio di probabilità e di verosimiglianza*: nada mais do que *fumus boni iuris*.

Observa-se, então, que a sumariedade da cognição, pressupondo simples verossimilhança (*cognizione più succinta e meno approfondita*, para ARIETA), é um traço semelhante das tutelas cautelares e antecipatórias. Se o grau de verossimilhança da antecipação de tutela deve ser maior do que o exigido para a concessão de um provimento cautelar, como supõe parte da doutrina e vem decidindo a jurisprudência, é algo que não interessa especificamente ao ponto e será depois abordado.

Se a análise do *fumus boni iuris* não representa grande dificuldade ao que propõe o ponto (critério de distinção), o mesmo não se pode dizer do *periculum in mora*. Esta dificuldade maior na análise do item evidencia-se na diversidade conceitual que o tema apresenta na doutrina. A ilustre professora Teresa Arruda A. WAMBIER, certamente inspirada em CALAMANDREI¹⁴⁸, é emblemática nisso:

Como traço distintivo predominante não temos dúvida de que este reside no pressuposto e na correlata finalidade da medida cautelar: seu pressuposto é o *periculum in mora* (= risco de dano à eficácia da providência pleiteada), e sua finalidade ou função é a de evitar ou a de minimizar este risco. A tutela antecipatória pressupõe direito que, desde logo, aparece como evidente e que *por isso* deve ser tutelado de forma especial pelo sistema.¹⁴⁹

148 "A doutrina de Calamandrei nega a diferença entre a tutela que satisfaz antecipadamente um direito e a tutela que se limita a assegurá-lo. É por esta razão que, havendo *periculum in mora*, não há distinção, na clássica doutrina italiana, entre tutela antecipatória de cognição sumária e execução provisória da sentença; tudo isso é tutela cautelar." (MARINONI, Tutela inibitória ..., op. cit., p. 199.)

149 WAMBIER, Teresa, Da liberdade do juiz ..., op. cit., p. 537.

Assim se posiciona o próprio ARRUDA ALVIM: “no que atine com a hipótese do artigo 273, I, resta inequivocadamente presente em nosso sistema, a possibilidade de antecipar-se a tutela, por razão ou motivo de ordem cautelar, levada a cautelaridade às últimas conseqüências, mas, necessárias, na medida em que, se assim não fosse, a pretensão do autor pereceria”.¹⁵⁰ Antonio Cláudio da Costa MACHADO, ainda nesta linha, não vê a “possibilidade de descartar da compreensão da tutela antecipada a idéia de cautelaridade que a impregna, tendo em vista o que explicita e expressamente consta do texto do artigo 273 e seu inciso I”¹⁵¹.

Esta posição, essa forma de distinguir tutela cautelar de antecipatória levou a citada processualista paulista a criar a figura da medida mista. É evidente que se o *periculum in mora* é traço distintivo nas tutelas de urgência para a professora, havendo outra tutela de urgência (antecipatória) que igualmente reclame *periculum*, esta tutela, embora cautelar não seja, como quis CALAMANDREI, não pode ser apenas antecipatória, porque apresenta característica “exclusiva” da cautelar. Disso a conclusão antes já referida:

Essas medidas (antecipatórias), pois, consistiam, segundo o que nos parece, em medidas *mistas*, já que têm como pressuposto o *periculum in mora*, que é característica tipicamente cautelar, mas que, por outro lado, consubstanciam-se no adiantamento dos efeitos da própria tutela pretendida.¹⁵²

Não obstante estas posições, o *periculum in mora*, enquanto pressuposto de aceleração procedimental, não é exclusividade da tutela cautelar,

¹⁵⁰ ALVIM, Arruda. Tutela antecipatória (algumas noções - contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). In: Reforma do código de processo civil, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo : Saraiva, 1996. p. 95.

¹⁵¹ MACHADO, Antônio Cláudio da C. Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do artigo 273, I, do CPC. In: A reforma do Código de Processo Civil, op. cit., p. 218.

¹⁵² CALAMANDREI, Introduzione allo studio ..., op. cit., p. 536.

não a define enquanto tal. Como ensina Ovídio B. SILVA; “tudo o que é cautelar tem sentido preventivo, mas nem tudo o que é preventivo será, *ipso facto*, cautelar”. É por isso tem razão Jorge PEYRANO quando afirma: “*De ahí justeza de la ilustrativa frase ‘si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar’. La categoria urgente es más amplia que el espacio concedido a una de sus especies, cual es la diligencia precautoria o cautelar*”¹⁵³.

Há distinção, é possível admitir, entre o *periculum* (*lato sensu*) existente na cautelar e na antecipatória, mas em ambas as medidas ele pode estar presente, sem que isso possa indicar o nascimento de uma medida mista, como sugere Teresa WAMBIER. Desde já o professor Ovídio BAPTISTA:

(...) seria evidente anacronismo insistir no conceito de *periculum in mora* como pressuposto para a tutela cautelar. Os que ainda perseveram no equívoco jamais poderão fazer, adequadamente e com a necessária coerência, a distinção entre uma medida cautelar e uma outra provisão de natureza satisfativa, concedida como medida antecipatória, que corresponda à execução provisional urgente, fundada no *periculum in mora*.¹⁵⁴

Não há espaço no trabalho, e nem mesmo é sua função, demonstrar as raízes deste problema; basta dizer, no entanto, que a urgência não retira o caráter antecipatório da medida, que é, neste sentido, execução para segurança.

A única divergência que pode haver neste campo entre tutela cautelar e antecipatória resume-se a esta posição de OVÍDIO:

Eis a razão que nos impõe a opção pela categoria, criada desde o direito medieval e conhecida como *iminência de dano irreparável* ao direito a que se dá a tutela jurisdicional, como pressuposto da medida cautelar. A outra

153

PEYRANO, Jorge Walter. Reformulación de la teoria de las medidas cautelares: tutela de urgencia - medidas autosatisfativas. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 9, 1998, p. 528.

categoria processual que a doutrina denomina *periculum in mora*, como amplamente ficou demonstrado, sugere a idéia de *antecipação da tutela satisfativa*, precisamente porque o direito não se concilia com a demora. E isto não passa de execução provisória.¹⁵⁵

Esta distinção, embora relevante, serve mais para evidenciar o equívoco em distinguir as tutelas de urgência — cautelares e antecipatórias — pelo *periculum*.

Também ARIETA revela distinção entre as duas modalidades de *periculum* ao indicar à cautelar exclusivamente *il pericolo da infruttuosità del provvedimento principale*, separando-o do *pericolo da tardività del provvedimento*, exclusivo das medidas antecipatórias¹⁵⁶.

A questão é afastar qualquer possibilidade de distinção das tutelas de urgência abordadas pelos critérios aqui invocados. Estas duas categorias (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) estão longe de definir a cautelaridade ou não do provimento.

É certo, porém, que se o *periculum*, enquanto critério de aceleração de procedimento (sumarização material), pode estar presente tanto numa como noutra tutela de urgência — sem com isso defini-las —, a antecipatória pode prescindir de *periculum* (liminar possessória — tutela de evidência); a cautelar nunca. Disso se conclui que não haverá jamais cautelaridade sem *pericolo da infruttuosità*, mas, *a contrario sensu*, poderá haver antecipatória sem *pericolo da tardività del provvedimento*.

154 SILVA, Do processo cautelar, op. cit., p. 74.

155 Ibid., p. 75.

156 ARIETA, op. cit., p. 48. Neste mesmo sentido, CASTELO, Pinheiro: "A distinção entre *infruttuosità* e *tardività* é a mesma entre "segurança da execução" e "execução para segurança": aceleração da execução. A distinção mencionada é suficiente para distinguir o

4.2.5 PROVISÓRIO E TEMPORÁRIO NA DISTINÇÃO ENTRE CAUTELAR E ANTECIPAÇÃO

Embora haja quem discorde¹⁵⁷, boa parte da doutrina indica que a provisoriedade é exclusividade da antecipação de tutela, pois que a cautelar é apenas temporária. “A provisoriedade é aspecto intrínseco à tutela antecipatória, e não à tutela cautelar”, conclui, por exemplo, Pinheiro CASTELO¹⁵⁸. O exemplo do arresto citado pelo mesmo autor ilustra a posição:

A sorte do arresto decretado no curso de uma demanda condenatória nada tem a ver com a sentença final prolatada no processo principal, no sentido de que ele devesse durar até o momento em que a decisão condenatória fosse prolatada, depois de seu trânsito em julgado, e especialmente depois é que a medida cautelar, nesse caso, teria sentido e função ainda mais essencial. A duração do arresto não se liga à ocorrência da sentença do processo principal, mas, ao contrário, deverá estar predisposta até que a medida se torne dispensável pela possibilidade de sua substituição pela penhora.¹⁵⁹

Este traço de distinção está longe de representar a grande possibilidade de diferenciar os provimentos antecipatórios e cautelares, mas tem sua maior utilidade noutro campo.

Ora, se como observa Pinheiro CASTELO, “tendo em vista o seu caráter provisório e sumário, o provimento antecipatório será ao final substituído

provimento cautelar e o provimento antecipatório satisfativo (ou seja, não cautelar)”, op. cit. p. 145.

157 “Revela-se inaceitável a diferença entre provisório e temporário, aquele como característica da antecipação de tutela e este ligado à cautelar típica. Os efeitos da tutela antecipada seriam provisórios, o que significa a possibilidade de produzir efeitos práticos definitivos, como no caso dos alimentos provisionais”. (BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada...*, op.cit., p. 339).

158 CASTELO, op. cit., p. 145.

159 Ibid., p. 149.

pela decisão definitiva do processo de cognição plena e exauriente”¹⁶⁰, não é, então, possível defender a tese, que aqui será refutada, de que é possível obter antecipadamente mais (*maius*) ou algo diverso (*aliud*) do que poderá ser confirmado ao final. É o que será confirmado; se é possível **ordenar** em ação declaratória — como sustentam alguns — como ficaria a substitutividade própria do provimento antecipatório na hora da sentença? Se houver a substituição — porque a antecipação é provisória — a ordem antecipada deverá ser revogada, dando lugar à mera declaração final, em verdadeira evolução *in pejus*.

É por esta razão que se deixou de conceber a nova ação do artigo 461 do Código de Processo apenas como condenatória. É que ao concordar com aqueles que imaginam a nova ação do 461 ainda como condenatória, é preciso indagar como fica a antecipação concedida na hora de se prolatar a sentença. Seria ilógico imaginar que alguém, após obter uma antecipação de tutela mandamental — provisória e de cognição sumária —, com imposição de multa e plena de efetividade, ao receber a sentença — definitiva e de cognição exauriente — fosse obrigado, então, a invocar as regras dos artigos 632 a 638, 644 e 645 do Código de Processo, sofrendo uma evolução *in pejus*. É o que será demonstrado em seguida.

Especialmente para isso vale ressaltar este traço de distinção.

4.3 SITUAÇÕES LÍMITROFES NA DISTINÇÃO ENTRE TUTELAS DE URGÊNCIA

O trabalho tem finalidade e objetivo muito distintos da específica discussão doutrinária acerca das tutelas de urgência (em si uma outra dissertação), mas não pode prescindir do debate para fixar a base conceitual que definirá os provimentos mais especificamente analisados. É o que antes já foi ressaltado.

160

Ibid, p. 584.

A partir da distinção de Luigi MONTESANO, entre cautelar e antecipatória, que nada mais é do que uma síntese parcial de tudo que já foi abordado, será possível delimitar as fronteiras entre um e outro instituto:

I primi anticipano in una determinata direzione — cioè sacrificando, ancorchè parzialmente e provvisoriamente, l'uno all'altro degli interessi in conflitto nella lite di merito — la decisione finale (...); i secondi, invece, ancorchè ordinino materiali innovazioni, mirano a che una determinata situazione di fatto si mantenga tale da non impedire non tanto la decisione giurisdizionale di merito, quanto, più generalmente, l'una o l'altro soluzione giuridica del conflitto ed interessi — che dei provvedimenti medesimi costituisce il presupposto — ad evitare, cioè, che degli interessi suddetti l'uno venga irrimediabilmente sacrificato all'altro.¹⁶¹

O bem formulado conceito de MONTESANO, somado a tudo o que foi dito, forma, valendo-se da linguagem do direito penal, as figuras típicas, os tipos penais. De um lado a tutela antecipatória satisfativa, de cognição sumária, que *decidere in via anticipata la controversia*, nas palavras de ARIETA. A tutela que antecipa parcial ou totalmente o provimento final, dando-lhe vigência no plano das relações humanas, realizando o direito, satisfazendo a pretensão e a que prescinde de *periculum*. De outro lado, a tutela cautelar assecurativa, também de cognição sumária, mas que não satisfaz porque não realiza o direito, apenas assegura futura realização do direito, futura satisfação, ou ainda, como quer parte da doutrina, assegura o resultado útil do processo principal. A tutela que prescinde de antecipação.

A liminar possessória é exemplo cristalino de tutela antecipatória satisfativa. Há, no exemplo, antecipação de eficácias próprias do provimento final e prescinde de *periculum* para ser deferido. Esta liminar realiza a pretensão do autor e, neste sentido, satisfaz. Noutro extremo, o seqüestro não antecipa a eficácia do processo principal referido, não realiza a pretensão do autor e não apresenta

qualquer dose de satisfatividade. O seqüestro, para ser deferido, não prescinde da existência de *periculum*. A tipicidade destes exemplos (mais uma vez o direito penal) é clara e incontestável.

Mas nem sempre a tipicidade dispensa uma análise muito mais acurada. Basta dizer que há tutela cautelar antecipatória e tutela antecipatória satisfativa, também assecurativa. Não há absolutamente nada de novo na assertiva. É apenas a síntese possível diante dos critérios distintivos até aqui analisados.

A tutela antecipatória satisfativa assecurativa é antecipatória propriamente, porque, embora apresente também função assecurativa (não prescinde de *periculum*), apresenta como finalidade precípua a realização da pretensão do autor, a satisfação. É como define Ovídio BAPTISTA, “as medidas antecipatórias poderão, eventualmente, ser também assecurativas, mas, antes de tudo, são formas de tutela satisfativa e, por isso mesmo, ultrapassam o campo da cautelaridade”¹⁶². A tutela cautelar antecipatória é cautelar porque embora antecipe (sob a lente estrutural), não satisfaz (sob a lente funcional), tem função assecurativa. A distinção, neste caso, requer análise mais acurada.

Esses critérios de diferenciação, embora claros no âmbito dos conceitos, enfrentarão dificuldades no momento de servir à tipificação de certas demandas. Duas ordens de dificuldade naturalmente deverão surgir. A primeira, amplamente debatida neste trabalho, é a dificuldade que decorre, em verdade, da diversidade de premissas usadas à conclusão da distinção. Os conceitos não apresentam unanimidade. Se determinado autor relaciona antecipação com satisfação, conclui longe daqueles que separam os conceitos. Se outro autor presume *periculum* como fator determinante de cautelaridade, obrigatoriamente

¹⁶¹ MONTESANO, Luigi. *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*. Napoli : Dott. Eugenio Jovene, 1955, p. 36.

¹⁶² SILVA, Do processo cautelar, op. cit., p. 11.

restringirá o conceito de antecipatória¹⁶³. E aí vai a confusão que certamente irá marcar o debate da matéria. A segunda ordem de dificuldade é representada pelas dificuldades próprias da “adequação” das medidas aos tipos definidos pela doutrina, ainda que não haja premissas distintas. Exemplo maior disso será analisado a seguir: MARINONI e Ovídio BAPTISTA, que substancialmente convergem na formulação dos conceitos básicos à distinção, divergem na “adequação” das medidas concretas aos “tipos” definidos de tutela de urgência — cautelar e antecipatória. A suspensão de deliberação social é um exemplo concreto do problema.

Aqui é preciso repetir o alvitre de Ovídio BAPTISTA, atentando para uma peculiaridade própria dos conceitos jurídicos que, ao contrário dos conceitos lógicos ou matemáticos, não contêm zonas limítrofes perfeitamente demarcadas. Os conceitos jurídicos têm sempre uma zona cinzenta, uma zona de penumbra. CALAMANDREI vale-se da expressão “*vicinanza concettuale*” para apontar a dificuldade¹⁶⁴.

Haverá casos concretos, não há dúvida, que estarão nesta zona de penumbra (*berggriffsshof*)¹⁶⁵.

Como já ressaltado no item 4.1 — Inconvenientes da Codificação da Antecipação de Tutela —, o certo é que por uma ou outra ordem de dificuldade a doutrina e a jurisprudência vêm encontrando grande relutância em diferenciar as medidas. José Roberto BEDAQUE, ainda que muito mais por diversidade de conceitos, afirma que as semelhanças entre cautelar e antecipatória são muito maiores do que as diferenças. Requisitos e escopos de uma e de outra

¹⁶³ Já analisada a criação das tutelas mistas por Teresa Arruda A. WAMBIER. Também revelador neste sentido é o argumento de BEDAQUE: “No tocante à antecipação determinada pelo perigo de inutilidade da providência definitiva, indiscutivelmente estão presentes todas as circunstâncias que caracterizam a tutela cautelar.” (BEDAQUE, *Considerações sobre a antecipação ...*, op. cit., p. 226).

¹⁶⁴ CALAMANDREI, op.cit., p. 185.

praticamente se confundem¹⁶⁶. BARBOSA MOREIRA, que identifica urgência com cautelaridade, defende a existência de grande afinidade entre as duas tutelas sumárias¹⁶⁷, chegando a afirmar que duvida da utilidade prática da distinção. Algo como o que afirma Alvaro J. D. Perez RAGONE: *“Por ello ha menester, aún con un prurito de inútil dogmática, abstraer la naturaleza de la cautelaridad como de la anticipatoriedad, pero sin claudicar de la necesidad de analizar su funcionalidad práctica.”*¹⁶⁸

Nestes casos deve valer o alvitre do professor Humberto THEODORO JÚNIOR:

Haverá, contudo, sempre situações de fronteira, que ensejarão dificuldades de ordem prática para joeirar com precisão uma e outra espécie de tutela. Não deve o juiz, na dúvida, adotar posição de intransigência. Ao contrário, deverá agir sempre com maior flexibilidade, dando maior atenção à função máxima do processo, a qual se liga à meta da instrumentalidade e da maior e mais ampla efetividade da tutela jurisdicional. É preferível transigir com a pureza dos institutos do que sonegar a prestação justa a que o Estado se obrigou perante todos aqueles que dependem do Poder Judiciário para defender seus direitos e interesses envolvidos em litígio¹⁶⁹.

165 Sobre o tema, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. São Paulo : Malheiros, 1992, p. 29.

166 BEDAQUE, Considerações sobre a antecipação ..., op. cit. p. 228.

167 “De algum tempo para cá, venho tendendo a convencer-me de que, por vezes, esse tipo de preocupação é fútil, porque no Direito, como na vida, as distinções nem sempre refletem contraposições; o Direito e a vida são realidades que se desenvolvem e se estruturam gradualmente, sem essa obsessão por muros opacos que separem, de maneira radical, um compartimento do outro. A própria ciência processual reconhece hoje que muito do que se tentou fazer em matéria de distinção rigorosa, de quase que separação absoluta entre institutos, na verdade, constituía uma preocupação metodologicamente discutível e, em certos casos, francamente equivocada, porque há sempre uma passagem gradual de uma realidade à outra, que, quase sempre se depara uma espécie de zona de fronteira, uma faixa cinzenta, que nem o mais aparelhado cartógrafo saberia dizer com precisão em qual dos dois terrenos estamos pisando.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, nº 81, p. 198, 201-202).

168 RAGONE, op. cit., p. 136.

169 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 92.

O entendimento de THEODORO JÚNIOR pode evitar muitos indeferimentos em nome de preciosismos conceituais que escapam ao domínio dos operadores do direito, embora fundamentais a quem se propõe a tematizar a matéria.

4.4 ANTECIPAÇÃO DE DECLARAÇÃO E CONSTITUIÇÃO

À exceção de poucos doutrinadores da reforma do Código, como MARINONI¹⁷⁰ e THEODORO JÚNIOR¹⁷¹, quase ninguém abordou o assunto diretamente e com a profundidade que o tema merece. A maioria das assertivas está no campo da mera opinião. Enfrentar o tema, tematizando-o para concluir, é tarefa difícil e arriscada neste momento, mas necessária no âmbito deste trabalho, já que a definição não só da natureza da suspensão de deliberação social, mas de todos os provimentos aqui analisados dependem de uma base conceitual que necessariamente passe pela definição desses conceitos. A doutrina, aliás, muito antes já se preocupou também com a possibilidade de cautelares antecedentes a ações declaratórias e constitutivas¹⁷²; tema que embora tido como superado, pode socorrer a discussão ora estabelecida com a antecipação de tutela, já que a compreensão desta matéria invoca os mesmos conceitos à época debatidos.

170 MARINONI, A tutela antecipatória nas ações..., op. cit., p. 74.

171 THEODORO JÚNIOR, Antecipação de tutela em ações..., op., cit., p. 14.

172 “No passado, a doutrina chegou a discutir o cabimento de medida cautelar como antecedente de ação declaratória, pelo fato de não parecer compatível a decisão em processo prévio garantidora do *status quo* com a posterior ação que não teria, em tese, execução aparelhada.

Tais polêmicas que se situam no terreno meramente acadêmico já estão agora superadas com ampla jurisprudência consolidada no sentido do cabimento da medida cautelar prévia ou incidente para garantia do autor de ações tanto declaratórias e constitutivas como condenatórias” (WALD, Arnaldo. Do cabimento da medida cautelar como antecedente da ação declaratória. *Revista de Processo*, nº 56, 1989, p. 163).

A doutrina quando fala em antecipação, refere-se na maioria das vezes em antecipação dos efeitos da sentença de mérito¹⁷³; por óbvio que não apenas numa perspectiva cronológica¹⁷⁴. E quais são os efeitos, por exemplo, da sentença constitutiva? De acordo com a doutrina, a sentença constitutiva produz um duplo efeito. O primeiro, de natureza declaratória, sobre a existência do direito potestativo à modificação jurídica e o segundo, que seria propriamente constitutivo, de operar tal modificação na esfera jurídico-patrimonial das partes¹⁷⁵. Daí conclui Luiz Guilherme MARINONI 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. Porém, fica a questão: quais daqueles efeitos concretos da sentença constitutiva, acima enunciados, são antecipados nas palavras de MARINONI? Nenhum. O mesmo vale para as ações declaratórias¹⁷⁶. Mais adiante será visto que quando o professor paranaense fala em antecipação em ação constitutiva, com efetividade, não estará falando daqueles efeitos ditados por TOMMASEO.

A ação inibitória, segundo MARINONI, jamais poderá ser uma ação declaratória — pelas mesmas razões também não será constitutiva, pois o que pretende o autor não é a declaração de que determinada atitude do requerido é ilegal — ou a desconstituição, por exemplo, de um ato. O que quer o autor é que se evite a prática ou a continuidade do ilícito, o que não se evita com

173 Cândido Rangel DINAMARCO esclarece que antecipar efeitos nada mais é do que antecipar tutela. (DINAMARCO, *A reforma do Código de Processo Civil*, 2. ed., São Paulo : Malheiros, 1995, , p. 130-140).

174 “Quando se dice che un fenomeno anticipa un altro no si dice soltanto che l’uno viene prima dell’altro, ma si dice anche che arriva prima alla stessa meta dell’altro” (MANDRIOLI, Crisanto. Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali, *Rivista Diritto Procesuale*, v.19., p. 556, 1964.).

175 O conceito é de TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d’urgenza*. Padova : Cedam, 1983, p. 262.

176 “Quer dizer que a sentença, na ação declaratória, vale como preceito, isto é, tem efeito normativo, qual o de se tornar certa a relação jurídica entre as partes, o de produzir

declaração¹⁷⁷. A declaração apenas declara; não ordena¹⁷⁸. “A tutela declaratória, contudo, exatamente porque não determina um fazer ou um não fazer, é impotente para permitir a prevenção do ilícito e, principalmente, a tutela dos direitos não patrimoniais”¹⁷⁹.

Neste sentido, a sentença final da tutela inibitória será sempre, à luz da classificação de eficácias sentenciasais (PONTES DE MIRANDA¹⁸⁰) hoje predominante, para a atuação-execução da obrigação de fazer ou não fazer que invariavelmente impõe, executiva (tutela de remoção do ilícito¹⁸¹) ou mandamental (tutela propriamente inibitória). Isso em face dos resultados que proporcionarem ao consumidor dos serviços jurisdicionais, nas palavras do próprio MARINONI e conforme definição de Flavio YARSHELL¹⁸². A base da

a certeza da relação jurídica.” (SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 180).

177 “A tutela declaratória, porém, ao mesmo tempo em que não interfere nas relações privadas, não permite que seja inibida a prática do ilícito, deixando uma série de direitos — de grande importância dentro do contexto do Estado social — sem resposta jurisdicional adequada e efetiva” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*, op. cit., p. 275).

178 Em verdade também não basta que apenas ordene, mas que esta ordem seja devidamente atuada através de meios coercitivos. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: tutela de prevenção do ilícito. Revista de Direito Processual Civil*, nº 2, Curitiba, 1996, p. 359). Ainda MARINONI: “Uma sentença não é mandamental apenas porque manda, ou ordena mediante mandado. A sentença que ‘ordena’, e que pode dar origem a um mandado, mas não pode ser executada mediante meios de coerção suficientes, não pode ser classificada como mandamental. A mandamentalidade não está na ordem, ou no mandado, mas na ordem conjugada à força que se empresta à sentença, admitindo-se o uso de medidas de coerção para forçar o devedor a adimplir. Só há sentido na ordem quando a ela se empresta força coercitiva; caso contrário, a ordem é mera declaração. Da mesma forma que a condenação só é condenação porque aplica a ‘sanção’, a sentença mandamental somente é mandamental porque há a coerção”. (Ibid., p. 356.)

179 Marinoni, *Tutela Inibitória*, op. cit., p. 21.

180 PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações*. São Paulo : Revista dos Tribunais, São Paulo, 1970, p. 117.

181 “A tutela inibitória, como já foi dito, tem por fim prevenir o ilícito. A inibitória visa a atuar sobre a vontade do réu, convencendo-o a praticar ou não um ato, para que o ilícito não se verifique, não se repita ou não prossiga.

Há hipóteses, porém, em que se verifica que não foi observado um fazer, ou um não fazer, e que é possível remover-se a situação de ilicitude mediante um ato do próprio juízo — com a ajuda de auxiliares judiciários — ou determinando-se a terceiro um fazer.” (MARINONI, *Tutela Inibitória*, op. cit., p. 117).

182 “Com isso, atenua-se também a cultura das ‘ações’ típicas, estimulando que o consumidor da justiça mais atento ao ‘resultado’ possível, sabendo que, sendo viável a

inibitória, ainda que o fundamento esteja na Constituição, está no artigo 461 do Código de Processo Civil (com a conclusão da reforma do Código estará no novo artigo 287 proposto¹⁸³). Na antecipação da inibitória (ou na tutela de remoção do ilícito), instituto que lhe é inerente — porque imprescindível à prevenção do ilícito —, sabe-se, há eficácia executiva e mandamental para a atuação dos provimentos daí emanados. Não há caso mais evidente de tutela antecipatória do que a antecipação do provimento inibitório, sempre proferido na própria ação inibitória, que é, recorde-se, ordinária e de cognição exauriente.

Agora é preciso imaginar a hipótese de uma ação inibitória que fosse concebida pela doutrina apenas como ação declaratória. Ao final, a tal ação inibitória limitar-se-ia a dizer o direito, com essa suposta parte dispositiva: “o ato questionado é ilícito e não deve ser praticado”. Esta a sentença dessa imaginária ação inibitória declaratória. E é possível imaginá-la. E é também possível que a doutrina, inclusive, sob a *nuance* paradigmática do processo, conceba com mais facilidade uma ação inibitória declaratória, ou mesmo condenatória, do que aceita — por tudo com o que rompe — esta ação inibitória ou de remoção de ilícito, mandamental ou executiva, respectivamente. A construção de BUZAID sobre o mandado de segurança é exemplo disso¹⁸⁴.

produção de certo resultado, o sistema — vis direito de ação e garantia da inafastabilidade — deve estabelecer ‘canais’ de acesso até esse resultado. Apenas a título exemplificativo: em vez de indagar-se acerca da ‘ação cabível’, deve-se indagar acerca da possibilidade de deduzir certo pedido e, portanto, buscar-se determinado resultado (isto é, produção de efeitos jurídicos processuais, que conduzam aos efeitos materiais desejados)”. (YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo : Ed. Atlas, 1999, p. 101).

183

“Artigo 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou prestar fato, poderá constar da petição inicial a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da antecipação de tutela”. Na exposição de motivos do anteprojeto, Athos Gusmão CARNEIRO e Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA assim justificam a mudança: “A alteração proposta ao artigo 287 visa compatibilizá-lo com o disposto no § 4º do artigo 461, inciso *e*, com as modernas técnicas de adimplemento forçado das obrigações de fazer e de não-fazer, aliás preconizadas, em recentíssimo estudo do Professor Luiz Guilherme MARINONI sobre a tutela inibitória” (CARNEIRO, Athos Gusmão; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo.. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 10, 1998, p. 811).

184

“Das considerações que acabam de ser feitas, decorre que o mandado de segurança é uma ação de conhecimento, que começa com uma petição inicial (Lei 1.533, artigo 6º.) e termina por uma sentença que põe termo ao processo, julgando ou não o mérito (Lei 1.533, arts. 8º e 12º). O que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o pedido

Assim situado o problema, é preciso dizer que a definição do melhor caminho quando se fala em tutela antecipatória nas ações declaratórias e constitutivas passa por quatro pontos: (a) possibilidade de ter antecipado o que não é passível de confirmação ao final; (b) supostos óbices às declarações e constituições sumárias; (c) inefetividade destas declarações e constituições sumárias; (d) definir se a antecipação é de efeitos, de tutela ou de conteúdo. Sem isso não é possível decidir-se acerca do assunto e definir a natureza dos provimentos urgentes no direito societário.

4.4.1 SÓ SE ANTECIPA O QUE É PASSÍVEL DE CONFIRMAÇÃO AO FINAL

Neste ponto se faz oportuno perguntar — e aqui o interesse da premissa fixada — se esta imaginária ação inibitória declaratória poderia ter efeitos executivos e/ou mandamentais antecipados, efeitos que jamais poderiam existir em sentença final. Ousa-se concluir que a resposta é evidentemente negativa. Não se antecipa aquilo que ao final, na hipótese de procedência, não poderá ser outorgado pela sentença. É como diz Cândido Rangel DINAMARCO; “não se pode ‘antecipar’ algo que de antemão já se sabe que será impossível obter em caráter definitivo”¹⁸⁵. Ou como diz Beatriz DIAS: “para que se cogite de antecipação de tutela, é imprescindível que o objeto do respectivo pedido (de antecipação), ou coincida exatamente, ou se ache contido no objeto próprio da mesma ação em que é formulado o pedido de antecipação de tutela”, para então concluir que “só é possível antecipar aquela mesma prestação jurisdicional (ou parte dela) que se pretende obter em definitivo mais adiante”¹⁸⁶.

formulado pelo impetrante, que pode ser: a) meramente declaratório; b) constitutivo; c) condenatório" (Buzaid, Alfredo. Do mandado de segurança, v. I. São Paulo : Saraiva, 1989, nº 37).

185 DINAMARCO, A reforma do Código de Processo Civil, op. cit., p. 140.

186 DIAS, Beatriz Catarina. A jurisdição na tutela antecipada. São Paulo : Editora Saraiva, 1999, p. 71.

A cautelar, neste sentido e especialmente para a doutrina italiana, teria uma atuação mais ilimitada, mais ampla; ela vale-se, na sua atuação-execução, de todas as eficácias necessárias à garantia do direito acautelado, seja ele de natureza condenatória, constitutiva ou declaratória.

É neste mesmo sentido que ARIETA conclui que *“è sulla base di tali rilievi che riteniamo possibile, per il giudice della cautela atipica, disporre forme assicurative che si concretino anche in modalità e contenuti diversi rispetto a quelli della futura tutela ordinaria”*¹⁸⁷. É possível dizer que esta corrente conclui que a *contrario sensu* na tutela antecipatória não é possível ao juiz dispor provimento *in modalità e contenuti diversi* em relação à futura tutela ordinária. Disso infere-se, então, que não é possível antecipar provimento executivo ou mandamental quando a sentença limita-se a declarar ou constituir.

Outra não parece ser a posição de Ferruccio TOMMASEO, quando afirma:

*È palese, pertanto, che l'anticipazione degli effetti della sentenza di merito, a cui allude l'articolo 700 c.p.c., potrà avvenire solo quando il provvedimento d'urgenza anticipi in tutto o in parte gli effetti della sentenza di merito, presuppone dunque necessariamente che la parte chieda al giudice di pronunciare un provvedimento con un contenuto in tutto o in parte identico a quello della decisione a cui esso è strumentalmente coordinato.*¹⁸⁸

Mais adiante TOMMASEO reafirma o preceito ao dizer que *“infatti, la tutela urgente può dirsi anticipatoria solo in quando essa abbia l'attitudine di produrre l'identico effetto finale della fattispecie concorrente (...)”*.¹⁸⁹ Também Giuseppe TARZIA, valendo-se de exemplos do direito comparado, demonstra concordar com a

187 ARIETA, op. cit., p. 123.

188 TOMMASEO, I provvedimenti d'urgenza, op. cit., p. 243.

189 Ibid., p. 250.

limitação¹⁹⁰. Manuel Ortells RAMOS e Maria Pia Calderón CUADRADO, em monografia acerca da tutela cautelar no direito espanhol, recentemente lançada, ressaltam que *“los supuestos de previsón expresa de medidas cautelares con esta clase de efectos son excepcionales y no parece correcto patrocinar que las normas que confieren al juez poderes discrecionales para configurar los efectos de medidas cautelares se utilicen para ampliar desmesuradamente los supuestos de medidas satisfactivas”*¹⁹¹.

A tutela cautelar, enquanto finalizada a salvaguardar a situação acautelada, opera e se desenvolve em espaços bem mais amplos em relação à tutela antecipatória, com o que concordam, entre tantos outros no Brasil, CALMON DE PASSOS e Sérgio BERMUDES¹⁹². Quando se trata de tutela antecipatória dos efeitos (parcial ou total) da futura decisão de mérito, a doutrina parece pacífica que deva referir-se à demanda sobre o conteúdo da futura ação principal (quando seja proposta *ante causam*), em razão de que não se pode conceber em sede provisória mais que se possa obter com a própria decisão de mérito¹⁹³.

Se estas citações servem para evidenciar que o limite objetivo da antecipação é ditado pelo conteúdo da demanda final, não servem, no entanto, para indicar a utilização das ações cautelares nestes casos, como supõe, entre

190 *“In Germania, in Francia, In Svizzera, in Belgio, in Austria, in Grecia, in Italia da ultimo anche in Spagna, ci si è spinti fino ad ammettere che la misura di urgenza possa tal volta anticipare la sentenza definitiva, cioè accordare al richiedente, dal punto di vista degli effetti, la medesima tutela, che otterrebbe, se riuscisse vittorioso attraverso la procedura ordinaria.”* (apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela Antecipada**, In: WAMBIER, Aspectos polêmicos, op. cit., p. 183.)

191 RAMOS, Manuel Ortells e CUADRADO, Maria P. Calderon. **La tutela judicial cautelar en el derecho español**. Granada : Editorial Comares, 1996, p. 20.

192 *“A tutela antecipada não precisa coincidir, na extensão, com a tutela pretendida no pedido inicial. Pode ficar aquém desta, como permite o caput do artigo, sem, contudo, ir além, nem se transformar em prestação diversa da demandada. Também quanto a ela se aplicam os artigos 459 e 460”* (BERMUDES, Sérgio. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 30). *“Aqui, a simetria entre o antecipado e o deferível definitivamente ocorre, e só se pode antecipar o que se irá conceder ou já se concedeu em termos definitivos”* (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Da antecipação da tutela**. In: **Reforma do código de processo civil**, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo : Saraiva, 1996, p. 190).

193 MARANHÃO, op. cit., p. 147.

outros, Beatriz DIAS¹⁹⁴. É que as cautelares, sem a distorção conceitual que lhe impôs o direito italiano¹⁹⁵, também não se prestam para antecipação de efeitos que “satisfazem”, como já advertia em 1984 Donaldo ARMELIM:

Se a pretensão da parte se satisfaz com a mera declaração, não pode aspirar nesse processo satisfativo uma modificação no mundo empírico, própria do processo de execução, que sucede ao de conhecimento da natureza condenatória. (...) não há como estender a tutela jurisdicional cautelar às hipóteses de prestação de tutela jurisdicional satisfativa do tipo meramente declaratório.¹⁹⁶

No capítulo “O uso equivocado da cautelar”, o assunto vai melhor abordado. O ponto deve ser analisado também sob a ótica do princípio da demanda e da regra de congruência, como faz Giovanni ARIETA alinhando-se à posição de Ferruccio TOMMASEO. Cândido DINAMARCO, neste sentido, afirma que esta necessária coincidência de objeto do provimento antecipado e final “traz logo a imperiosidade da observância da regra de correlação entre a sentença e a demanda, representada no direito positivo pelos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil¹⁹⁷. Parte da jurisprudência já caminha neste sentido¹⁹⁸, e neste sentido o caráter pragmático do estudo da matéria, afastando qualquer crítica — infundada, é verdade — de mero apego ao formalismo.

194 “Para que se cogite de antecipação de tutela, é imprescindível que o objeto do respectivo pedido (de antecipação), ou coincida exatamente, ou se ache contido no objeto próprio da mesma ação em que é formulado o pedido de antecipação de tutela. Se não houver essa coincidência, poderá ser cabível pedido de medida cautelar, através da competente ação cautelar, mas não pedido de tutela antecipada” (DIAS, op. cit., p. 71).

195 CHINA, Sergio La. *Quale futuro per i provvedimenti d’urgenza?*, I processi Speciali (Studi Offerti a Viggilio Andrioli dai suoi Allievi). Napoli : Jovene, 1979, p. 151.

196 ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 23, p.134-135.

197 DINAMARCO, Candido. *A reforma do Código de Processo Civil*, op. cit., p. 142.

198 Ementa: Declaratória - Antecipação da tutela pretendida - Artigo 273, do CPC - Requisito - Identidade entre o pedido da inicial e a antecipação almejada - O limite objetivo da tutela é a coincidência em extensão com a prestação definitiva ou a procedência da inicial caracterizada pela provisoriedade, e não se confunde com o provimento cautelar - Recurso não provido. (Guarulhos. Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 730.951-5 - 10ª Câmara. Relator: Juiz Paulo Hatanaka. - 1. abr. 1997).

Ainda nesta linha, vale lembrar que o provimento antecipatório é sempre concedido em processo ordinário, sendo que nestes casos o juiz está — como é inequívoco — vinculado ao direito material, como adverte Fritz BAUR:

O autor, com base nas alegações fáticas, por ele expostas, formula determinado pedido. É na conformidade do direito material que se decide se dos fatos por ele afirmados e provados resulta a consequência jurídica por ele pretendida.¹⁹⁹

Nisto incide a necessidade da correta compreensão da classificação das ações e sentenças, pois como observa Sérgio Gilberto PORTO, “não é possível deduzir pedido adequado (ou prolatar sentença) sem uma perfeita compreensão do tema (...) o pedido, portanto, deverá ser compatível com as cargas de eficácias capazes de atender à pretensão deduzida”²⁰⁰. Se o pedido é declaratório, a ordem ou a execução *lato sensu* não são compatíveis e não atendem à pretensão deduzida — é lícito concluir.

Tendo isso em linha de consideração, é difícil admitir — como querem alguns — provimento antecipatório de natureza diversa da natureza do provimento final, porque, como observa BEDAQUE, “se entre o pronunciamento final e o pedido inicial deve haver congruência, correlação, 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”²⁰¹. Gianpiero SAMORÌ, em seu decisivo artigo sobre declaração sumária, indica conclusão que emanou de avançado debate sobre o assunto na Itália:

199 BAUR, Fritz. *Tutela Jurídica Mediante Medidas Cautelares*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 31.

200 PORTO, Sérgio Gilberto. Classificação de ações, sentenças e coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 73, 1994, p. 41.

201 BEDAQUE, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, op. cit., p. 355.

*Ampio è pure il dibattito sviluppatosi in dottrina che ha correttamente posto in risalto il fatto che la possibilità di emanare in via cautelare una condanna ad una prestazione infungibile resta condizionata dalla risoluzione del dubbio sulla possibilità di emanare sentenze di condanna ad una prestazione infungibile*²⁰².

Ainda o autor italiano, no mesmo intento, afirma “la tecnica della anticipazione dell’accertamento si realizza solo tramite provvedimenti aventi un contenuto di condanna. Condanna che dovrà venire nuovamente riciesta del giudizio di merito e che concretamente verrà a rappresentare l’oggetto della assicurazione”²⁰³.

Pelas manifestações da doutrina e mesmo da jurisprudência até aqui citadas, já é possível verificar que é ponto quase comum a impossibilidade de que se antecipe provimento que não será obtido na decisão final, ressalvada posição minoritária em contrário²⁰⁴. Isso não quer significar que não seja possível declaração ou constituição provisória — antecipada —, embora poucos não sejam os que também entendam o contrário.

4.4.2 ÓBICES TÉCNICOS DA DOUTRINA ÀS CONSTITUIÇÕES E DECLARAÇÕES SUMÁRIAS

A doutrina é criativa quando trata de indicar óbices às declarações e constituições sumárias.

202 SAMORÌ, Gianpiero. La tutela cautelare dichiarativa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 38., 1995, p. 968.

203 Ibid., p. 959.

204 "O conteúdo da antecipação deve ser apenas efeitos da tutela que se pretende, possível será antecipá-los, qualquer que seja a natureza do provimento pleiteado, resguardada evidentemente a utilidade prática da medida, mas sem necessidade de haver correspondência entre a natureza da decisão que se pretende e o efeito que se quer antecipar. Em ação desconstitutiva de contrato, poderá haver a declaração antecipada de inexistência do débito referente ao preço e até à obrigação de devolução do que foi pago em adiantamento. Em dissolução de sociedade de fato, o juiz poderá antecipar e determinar a entrega de determinados bens a uma das partes". (SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro*. Belo Horizonte : Del Rey, 1999, p. 28).

Aqui é preciso esclarecer que há uma diferença evidente entre impossibilidade técnico-processual de se proferir antecipação de constituição ou declaração e sua alegada inutilidade prática — tema em seguida analisado. Gianpiero SAMORÌ, por exemplo, atesta “*l’assenza di una qualsiasi utilità funzionale della tutela cautelare di mero accertamento*”²⁰⁵, mas com isso não disse que havendo *utilità funzionale* persista óbice em sua doutrina para que o provimento seja deferido. Uma coisa é criticar a antecipação de declaração em si — como sustentam algumas posições referidas neste ponto —, argüindo sua impossibilidade técnico-processual, outra é dizer que esta mesma antecipação, embora possível, não tem qualquer utilidade.

Muito embora, há quem, como Teori Albino ZAVASCKI, deixe de admitir a antecipação de constituição e declaração porque ao autor só interessaria a concessão definitiva dessas tutelas²⁰⁶. No entanto, “pelo motivo da desnecessidade do autor obter provisoriamente a medida, é que não se poderia indeferir a tutela antecipada da declaração *stricto sensu*”, adverte Nelson NERY JÚNIOR²⁰⁷. Além disso, será visto em ponto específico, que muitas vezes, a concessão provisória de declarações e constituições sumárias pode interessar²⁰⁸.

Como exemplo destas manifestações é interessante citar Antônio Cláudio C. MACHADO, autor que afirma não se esperar “que o juiz ‘declare provisoriamente’ a relação jurídica que vincula as partes, o que significaria ‘declarar provisoriamente’ a existência do direito material — tudo isso afronta a lógica processual e se opõe à idéia de que as mutações jurídicas, em caso de litígio,

205 SAMORÌ, op. cit., p. 971.

206 ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 157.

207 NERY JÚNIOR, **Procedimentos e tutela antecipatória**, op. cit., p. 396.

208 Cf. item 4.5 - *As constituições e declarações sumárias que valem em si mesmas*.

dependem de processo de conhecimento, cognição exauriente e decisão que faça coisa julgada material (...).²⁰⁹

CALMON DE PASSOS diz que “quanto à pretensão constitutiva, nela é impensável a tutela preventiva, visto como exercitar-se pretensão constitutiva é asseverar-se a existência de uma relação jurídica, que não está controvertida, a par da afirmativa da existência de um fato que incide sobre essa relação jurídica, modificando-a em sua existência, em sua validade ou eficácia”, para depois concluir que “o campo quase exclusivo de incidência da tutela preventiva é, em verdade, o da pretensão condenatória”²¹⁰. Esta é a mesma explicação que apresenta Rodolfo de Camargo MANCUSO para restringir a antecipação de tutela às demandas condenatórias²¹¹. Disso também não dissente J. E. S. FRIAS, magistrado do Mato Grosso do Sul, que julga impossível a antecipação em ações declaratórias e constitutivas, em razão de não admitirem execução²¹².

Luiz ORIONE NETO²¹³ e João Batista LOPES²¹⁴ não vêem como possível a antecipação de declaração ou constituição porque, para estes, certeza provisória simplesmente não é certeza. Araken de ASSIS diz que “o efeito da

209 MACHADO, *Tutela Antecipada*, op. cit., p. 494-495.

210 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Parecer dado à Companhia de Seguros Aliança da Bahia, em dezembro de 1985, informação obtida via Internet.

211 “Por fim, queremos aludir à circunstância de que, se os efeitos (da tutela pretendida) é que ficam antecipados, o bom senso sinaliza – malgrado o silêncio da lei – que tal deva ocorrer, no processo de conhecimento, em ações condenatórias, ou seja, onde possa existir um ‘comando’ que comporte antecipação (=ações de prestação, positivas ou negativas). É que, com relação às (des) constitutivas, elas promovem ‘automaticamente’ a alteração do *statu quo* ante (v.g. quando rescindem um contrato ou anulam casamento) e assim esbarrariam no ‘requisito negativo’ constante do parágrafo 2º do artigo 273: não pode haver antecipação se ‘houver perigo de irreversibilidade’. Já as declaratórias não têm comando, valem como preceito na medida em que apenas eliminam situação de incerteza (artigo 4º CPC), de sorte que nelas não se perscruta o que poderia vir a ser antecipado ou qual situação de urgência poderia ser historiada”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 184.)

212 FRIAS, J. E. S. Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 728, p. 72-77.

213 ORIONE NETO, op. cit., p. 118.

214 LOPES, João Batista. Antecipação da tutela e o artigo 273 do CPC, *Revista dos Tribunais*, v. 729, 1996, p. 68.

declaração (certeza) nascerá com o trânsito em julgado da sentença”²¹⁵, nunca antes disso. Batista LOPES defende que “a antecipação da tutela não se harmoniza com a finalidade da ação declaratória e não se ajusta à natureza da ação constitutiva”²¹⁶. Arruda ALVIM é enfático ao asseverar que é “manifestadamente injurídica uma cautelar, antecipando uma eficácia, que somente poderia decorrer da sentença final, se fosse a ação respectiva julgada procedente, e, ainda, quando do respectivo trânsito em julgado”²¹⁷.

Certamente em consonância com estas posições por ocasião do Congresso Nacional de Direito Processual Civil, realizado em 1983, em Porto Alegre, Ovídio B. SILVA, acrescentando um parágrafo único ao artigo 285 do Código, vinculava a possibilidade de antecipação à natureza das eficácias²¹⁸.

Edoardo RICCI, comentando o projeto de reforma do Código da “Comissão Tarzia” sustenta que os provimentos cautelares são “os menos indicados para obter efeitos declaratórios ou constitutivos”, prevendo que “os intérpretes italianos limitarão a tutela antecipada, dedutível do futuro artigo 700 do *Codice di Procedura Civile*, à atuação forçada dos direitos”²¹⁹. SATTA já dizia que a possibilidade de se deferir constituição provisória é referendar “*la possibilità di decidere la causa anticipatamente*”²²⁰, pelo que refutava a hipótese.

215 ASSIS, Araken de. op. cit., p. 22.

216 LOPES, João Batista. O Juiz e a Tutela Antecipada. *Tribuna da Magistratura*, Caderno de Doutrina, nº 17, jun./1996.

217 ARRUDA ALVIM, J. M. *Coleção Estudos e Pareceres de Direito Comercial*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 213.

218 Sempre que o juiz, pelo exame preliminar dos fundamentos da demanda e pelas provas constantes da inicial, convencer-se da plausibilidade do direito invocado, poderá conceder medida liminar antecipando os efeitos da sentença de mérito, se a natureza de tais eficácias não for incompatível com tal providência (WATANABE, *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*, op. cit., p. 2).

219 RICCI, Edoardo F. Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, Genesis, v. 7, 1998, p. 89.

220 SATTA, Salvatore. Limiti di applicazione del provvedimento d’urgenza. *Foro Italiano*, v. 1., 1953, p. 132.

Em verdade e não obstante estas posições referidas, parece não haver qualquer óbice técnico-processual às declarações e constituições sumárias. A questão é de efetividade, como será visto no ponto seguinte. Até porque todos os óbices invocados só são passíveis de defesa se houver subordinação da “produção de efeitos” das decisões declaratórias e constitutivas ao trânsito em julgado da decisão, pois que todas as questões argüidas por esta parte da doutrina referida (inexistência de execução, certeza provisória etc.) podem ser invocadas quando da sentença de primeiro grau. Se não é possível declaração sumária não é possível qualquer efeito antes do trânsito em julgado da sentença declaratória, como, aliás, expressamente reconhece Arruda ALVIM na passagem transcrita²²¹. Assim colocada a questão, fica difícil a defesa do óbice técnico-processual.

O fato é que essas posições estão intimamente ligadas a algumas questões de fundo, baseada, por exemplo, em posições como a de DINAMARCO, para quem seria verdadeiro absurdo “pensar que toda sentença não passada em julgado tivesse eficácia imediata, ou que essa fosse a regra geral.”²²²

Nesse sentido, concluiu DINAMARCO que, em nome da segurança jurídica, “o normal é que somente com a última palavra do Poder Judiciário a respeito possa ser imperativamente invadida a esfera de direitos das pessoas — seja para de lá ser retirado o bem pretendido pelo adversário, seja para impor-lhe a modificação jurídica não desejada.”²²³ Por isso levanta a doutrina os óbices apontados.

A nova fase da reforma do Código poderá trazer a execução imediata de todas as sentenças do juiz de primeiro grau, o que poderá arquivar

221 ARRUDA ALVIM. *Coleção...*, op. cit., p. 213.

222 DINAMARCO, Cândido R. Momento da eficácia da sentença constitutiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 63, 1991, p. 13.

223 DINAMARCO, Cândido R. Momento da eficácia da sentença constitutiva, op. cit., p. 13.

definitivamente as posições que vêm como impossível as declarações e constituições sumárias. Na Itália a regra da execução imediata já existe:

Como está claro, a doutrina italiana, porque obrigada, em razão do seu sistema normativo, a responder sobre a possibilidade da execução provisória da sentença constitutiva, entende ser possível a antecipação, via 'execução provisória', dos efeitos da constituição definitiva.²²⁴

Luiz Guilherme MARINONI, antes defensor da impossibilidade de antecipação de declaração (invocando para tal, inclusive, dispositivo do código de processo francês que vedava a antecipação de coisa julgada²²⁵), hoje defende esta possibilidade: "É preciso dizer, antes de mais nada, que depois de muita meditação chegamos à conclusão, contrária à doutrina dominante, que não há motivo que possa impedir, na perspectiva técnico-processual, uma constituição ou uma declaração fundada em cognição sumária"²²⁶. Mesma posição defendida pela maioria da doutrina italiana, como será visto.

As declarações e constituições provisórias não afrontam a lógica jurídica, como supõem alguns. O que a afrontaria — isso sim — seria uma antecipação sumária de uma declaração ou constituição final. Não se antecipa a carga declaratória própria da sentença final, de cognição exauriente. Apenas esta espécie de antecipação poderia afrontar a mencionada previsão do código de processo francês, pois o que não se antecipa é "*l'autorité de la chose jugée*". Por isso julgou bem o Tribunal de Justiça de São Paulo quando vetou a possibilidade de antecipação da declaração final, fundamentando a decisão na irreversibilidade da medida, a teor do artigo 273, § 2º, do Código de Processo Civil²²⁷.

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Curitiba : Juruá, 1999, p. 97.

²²⁵ Artigo 488 do Código de Processo Civil Francês: *l'ordonnance de référé n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée*".

²²⁶ MARINONI, A tutela antecipatória nas ações ..., op. cit., p. 75.

Com a vigência na Itália do artigo 282 do *Codice di Procedura Civile*²²⁸, as sentenças passaram a ser provisoriamente executivas²²⁹. A inovação traduziu-se em debate a respeito da provisória executividade das sentenças declaratórias e constitutivas, oportuno, é lícito deduzir, às discussões desse ponto. Desse debate italiano, Corrado FERRI — invocando conclusões de MONTESANO, ARIETA e Proto PISANI — sustenta que todas as forças eficaciais são provisoriamente executivas, “*salvi i principi generali in materia di giudicato*”²³⁰. É esta a conclusão correta; todas as forças, eficácias preponderantes são passíveis de antecipação, à exceção da carga declaratória própria da coisa julgada.

Enfim, não há diferença entre uma condenação e uma declaração sumária a autorizar a diferença de tratamento que quer oferecer a doutrina referida.

Por isso tem razão o italiano Ferruccio TOMMASEO quando sustenta que “*Il carattere strutturalmente provvisorio della tutela cautelare urgente non è d’ostacolo, per sé solamente, all’anticipazione dell’effetto dichiarativo: non nuovo il rilievo che la certezza non è un effetto della stabilità del provvedimento su cui essa si fonda e che la certezza ben può presentare dei gradi, ferma restando l’impossibilità di una ricerca della certezza assoluta*”²³¹.

A questão é mesmo de efetividade.

4.4.3 A EFETIVIDADE OU INEFETIVIDADE DAS DECLARAÇÕES E CONSTITUIÇÕES SUMÁRIAS

227 PELICOLI, Angela Cristina. *Antecipação de Tutela no Direito Brasileiro*. São Paulo : Ltr Editora, 1999, p. 64.

228 Esecuzione provvisoria. - La sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti.

229 IMPAGNATIELLO, Giampaolo. La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1992, p. 47-90.

230 FERRI, Corrado. In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria. *Rivista di Diritto Processuale*, nº 2, Padova : Cedam, 1993, p. 561.

O que reconhece MARINONI é que quase sempre não há vida (utilidade) nas declarações e constituições provisórias. E será visto, reconhece — ressaltando o “quase sempre” — com toda a razão, até porque antes do professor paranaense, LIEBMAN já havia dito que “uma declaração destituída de autoridade da coisa julgada é para quem a obteve pouco menos que inútil”²³².

Um exemplo citado pelo próprio MARINONI revela que a questão é mesmo de efetividade. Invoca o professor paranaense o exemplo da tutela antecipatória da fixação de aluguel, expressamente admitida na ação revisional do valor da locação. Continua dizendo que a tutela que fixa provisoriamente o aluguel não antecipa qualquer efeito executivo ou mandamental. Se o efeito antecipado não é o executivo nem o mandamental, antecipou-se o efeito constitutivo da futura sentença eventualmente procedente. É caso típico de constituição provisória, modificação provisória do valor do aluguel. Mais adiante afirma que “é certo que tal mutação provisória poderia não ter utilidade se, por exemplo, o locador não pudesse propor ação de despejo com base em falta de pagamento do aluguel fixado provisoriamente”. E então conclui:

Observe-se, contudo, que o fato de ser possível a utilização da ação de despejo nada tem a ver com a (im)possibilidade técnico-processual da provisoriedade da constituição, mas apenas com sua efetividade. Quando é possível extrair da constituição provisória alguma pretensão condenatória, mandamental ou executiva, dá-se vida, em caso de inobservância da tutela antecipatória à provisoriedade, que, em outro caso, poderia se transformar em algo sem muita utilidade²³³.

Disso é forçoso concluir que a antecipação nas ações constitutivas e declaratórias só tem sentido quando representar efetividade e não há efetividade

231 TOMASEO, I provvedimenti d’urgenza, op. cit., p. 257.

232 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 19.

233 MARINONI, A tutela antecipatória nas ações..., op. cit., p. 78.

sem que se possa extrair pretensão mandamental ou executiva da antecipação provisória de constituição ou declaração. Há constituições sumárias — antecipadas — que valem em si mesmas, pois que delas se pode extrair pretensão mandamental ou executiva, veiculadas em outras ações. Isso será objeto de debate, quando forem abordadas as constituições e declarações sumárias que valem em si mesmas²³⁴.

O fato é que a “a declaração sumária, por si só, ainda que seja da ilegitimidade de um ato, nada vale, já que a sua efetividade fica na dependência da vontade do réu. Admitir a efetividade da ‘declaração sumária’ da ilegitimidade de um ato é o mesmo que supor que a ação declaratória é suficiente para, por exemplo, impedir alguém de continuar praticando atos de concorrência desleal”.²³⁵ Quer isso dizer que na maioria dos casos das ações declaratórias e constitutivas não se extrai qualquer pretensão mandamental ou executiva. Onde não há, em regra, qualquer efetividade nas constituições e declarações provisórias, isoladamente analisadas, em tese sempre passíveis de serem deferidas.

BARBOSA MOREIRA admite a possibilidade de constituições provisórias, sem, entretanto, tematizar a questão da efetividade, pressupondo que o requerido estará sempre disposto a cumprir a constituição provisória deferida, independentemente de ordem sob pena de multa:

Agora mesmo, acabei de dar um exemplo: aquele da suspensão de eficácia de um ato, cuja anulação está sendo pleiteada. Trata-se de um provimento constitutivo, que não comporta execução. Bastará que o juiz comunique a sua decisão a quem de direito, para que os efeitos não se produzam nesse meio tempo.²³⁶

234 cf. item 4.5 - *As constituições e declarações sumárias que valem em si mesmas*.

235 MARINONI, A tutela antecipatória nas ações..., op. cit., p. 79.

236 BARBOSA MOREIRA, A antecipação da tutela jurisdicional ..., op. cit., p.210.

De uma ação desconstitutiva de uma deliberação social, que poderia ser representada por aquela imaginária ação inibitória declaratória (ou constitutiva), não se extrai pretensão mandamental ou executiva, como se extrai na constituição provisória de aluguel. Numa desconstituição sumária de deliberação social, a sentença procedente não impede o administrador de continuar praticando — executando — a deliberação já anulada.

Tanto é assim que MARINONI articula a hipótese da cumulação sucessiva de pedidos, sendo o primeiro de natureza constitutiva (ou declaratória) e o segundo de natureza condenatória (ou executiva ou mandamental). É o exemplo: “Seria viável, no caso de uma ação de resolução de contrato cumulada com reintegração de posse, a antecipação do efeito executivo que abre oportunidade para a reintegração imediata? Para a execução imediata da reintegração basta a probabilidade do êxito da demanda constitutiva, já que o fim visado pelo autor, neste caso, é o de obter um resultado que pressupõe a desconstituição. A valoração, em termos de probabilidade, do êxito da demanda constitutiva, sempre admite a antecipação do efeito executivo ou do efeito mandamental próprio da demanda cumulada”²³⁷.

Não houvesse a cumulação, ainda assim seria possível a antecipação da constituição. O que não seria possível neste caso, no entanto, é a antecipação dos efeitos mandamentais e/ou executivos que estavam na pretensão cumulada, e nunca na própria pretensão constitutiva, como já foi referido e será visto mais detidamente, *a posteriori*. Tanto é assim que se fosse possível a antecipação não haveria necessidade de cumulação, já que os efeitos mandamentais e/ou executivos poderiam ser antecipados no corpo da própria ação constitutiva. Assim, numa ação de desconstituição de deliberação social, sem qualquer ação cumulada, não é possível que se antecipe efeitos mandamentais ou executivos potencialmente inexistentes no provimento final; enquanto as declarações e

237

MARINONI, A tutela antecipatória nas ações..., op. cit., p. 79.

constituições sumárias e provisórias não detêm a efetividade necessária para inibir o comportamento da sociedade — pólo passivo dessa ação.

Reveladora é a posição de Mariângela ZUMPARO: *“Se, come è vero nell’esperienza sin qui acquista sull’uso dell’articolo 700 nelle more del giudizio sul licenziamento lo strumento cautelare è servito sprattutto ad anticipare gli effetti della condanna al fare consistente nell’obbligo del datore di lavoro di reintegrare il dipendente nel luogo di lavoro (v. Tommaseo, I provvedimenti, cit., 255).”*²³⁸

A referência feita a TOMMASEO, ao final da parte transcrita, indica confirmar o que vem sendo dito até aqui. É que na indicada citação o professor italiano afirma que *“l’anticipazione cautelare con cui è ordinata la reintegrazione provvisoria riguarda gli effetti della condanna al fare in cui si risolve l’obbligo dell’imprenditore di reintegrare il prestatore nel luogo del lavoro.”* Para que ao juiz seja lícito antecipar condenação de fazer (ordem *di reintegrare il prestatore*) faz-se necessário que haja demanda de condenação de fazer cumulada, como adverte TOMMASEO: *“È sicuro che, almeno con riferimento a queste ultime ipotesi, l’azione proposta del lavatore è una domanda di mero accertamento della legittimità del licenziamento, a cui accendono in cumulo oggettivo le domande di condanna al risarcimento dei danni e/o al pagamento delle retribuzioni nonché alla reintegrazione nel posto di lavoro”*.²³⁹

Disso se conclui que muito diferente é o provimento que antecipa a declaração de ilegitimidade do ato de demissão — desprovido de qualquer efetividade — doutro que, com pedido de reintegração cumulada, ordena a reintegração. No mesmo sentido, muito diferente é o ato que desconstitui provisoriamente uma deliberação social, doutro que ordena um não fazer em antecipação de demanda cumulada. **O segundo é efetivo, o primeiro não.**

238 ZUMPARO, Mariângela. Tutela di urgenza e rapporto di lavoro. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova : Cedam, nº 3, 1989, p. 837-838.

Só há efetividade, via de regra, quando houver ordem (ou execução *lato sensu*), provimentos que só podem ser antecipados quando o provimento final puder confirmá-los.

Ações declaratórias e constitutivas — reforçando — comportam antecipações de tutela, porém, somente antecipações de efeitos que lhes são próprios. Não é possível antecipar efeitos mandamentais e executivos em ações declaratórias e constitutivas desacompanhadas de ações cumuladas e possuidoras dessas eficácias. Não se antecipa aquilo que ao final não poderá ser deferido. Importante repetir, valendo-se da assertiva de ARIETA, é de se concluir que na tutela antecipatória não é possível ao juiz dispor provimento *in modalità e contenuti diversi* em relação à futura tutela ordinária. Ou, na expressão de TOMMASEO, não se antecipa senão *l'identico effetto finale*. É o que restou definido nos pontos anteriores.

Ovídio SILVA, que nega a possibilidade de constituições e declarações provisórias, parece negá-las, presume-se, muito mais pela inefetividade destas antecipações. É o que se pode depreender desta passagem :

(...) os juízos de declaração, constituição e condenação (que declaração igualmente é), nada valem em si mesmos, quando provisórios, salvo se, da declaração que não pode ser antecipada, extraírem-se conseqüências 'já no plano da tutela executória', o que naturalmente não integra o processo de conhecimento.²⁴⁰

É possível concluir que o professor OVÍDIO afirmou que ninguém pode ser provisoriamente condenado²⁴¹, mas possa ser provisoriamente

239 TOMMASEO, I *provvedimenti d'urgenza*, op. cit., p. 255.

240 SILVA, *Curso de Processo Civil*, v.3., op. cit., p. 18.

241 Este argumento do professor Ovídio B. SILVA é contestado por TOMMASEO em argumento já citado, nestes termos: "*Il carattere strutturalmente provvisorio della tutela cautelare urgente non è d'ostacolo, per sé solamente, all'anticipazione dell'effetto dichiarativo: non nuovo il rilievo che la certezza non è un effetto della stabilità del provvedimento su cui essa si fonda e che la certezza ben può presentare dei gradi, ferma restando l'impossibilità di una ricerca della certezza assoluta.*" (TOMMASEO, I *provvedimenti d'urgenza*, op. cit., p. 257).

executado com base em condenação provisória porque, como adiante aduz, os juízos de declaração, constituição e condenação, quando provisórios, nada valem em si mesmos, ainda assim, entretanto, podem existir, pois, “pelo motivo da desnecessidade do autor obter provisoriamente a medida é que não se poderia indeferir a tutela antecipada da declaração *stricto sensu*”, adverte Nelson NERY JÚNIOR²⁴². E quando desta condenação (declaração ou constituição) extrair-se consequência no plano da tutela executória, ela não só existe como vale enquanto *prius* lógico de um provimento posterior, mandamental ou executivo.

A questão, no entanto, comporta análise mais apurada, pois que decisiva à determinação da natureza dos provimentos aqui abordados.

Fixar a possibilidade de antecipação nas declarações e constituições passa, necessariamente, pelos conceitos, já mencionados, das ações declaratórias e constitutivas.

A ação declaratória, conceitua Ovídio B. SILVA, “não ultrapassa o domínio do ser ou do não ser; não ultrapassa o plano do pensamento (meramente ideal e jurídico), ‘não reprovava ou condena ninguém, assim como não cria, nem modifica ou extingue qualquer direito ou relação jurídica. Limita-se a declarar o que existe ou o que não existe, no domínio do direito’²⁴³. Já a ação constitutiva, informava LIEBMAN, “se dirige a uma sentença que constitua, modifique ou extinga uma relação jurídica. Também na sentença constitutiva existe em primeiro lugar uma declaração ou, mais precisamente, a declaração da existência das condições requeridas pela lei para que possa ocorrer a modificação jurídica. A ela acrescenta-se a declaração dessa mudança”²⁴⁴. Não há, em qualquer das duas, realização do direito em via de execução.

242 NERY JÚNIOR, Procedimentos e tutela antecipatória, op. cit., p. 396.

243 SILVA, Curso de Processo Civil, v. 2, op. cit., p. 124.

244 LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, v.1., 1984, p. 189.

É preciso ter presente também, como observou Proto PISANI, que *“la tutela di mero accertamento è per definizione la forma di tutela che possiede il minore grado di effettività fra le forme di tutela previste da un ordinamento processuale”*²⁴⁵. Neste mesmo sentido, não há dúvida, a efetividade das ações constitutivas. Tanto que citando ANDOLINA, adverte DINAMERCO: “Nesse sentido é que se diz que *‘l’accertamento costitutivo esaurisce interamente il proprio ciclo funzionale nell’orbita della realtà giuridica’*, não sendo sequer imaginável uma atividade coercitiva (executiva) destinada a efetivar-lhe os efeitos.”²⁴⁶

Quando se quer falar da efetividade das declarações e constituições provisórias, pretende-se efetivamente isolar as declarações e constituições sumárias. Não se está falando, como admitem alguns autores já referidos, de ordens ou execuções *lato sensu* no âmbito das ações constitutivas e declaratórias. Que estas ordens ou execuções *lato sensu* são efetivas, ainda que sumárias e provisórias, ninguém seriamente contesta, ao ponto de boa parte da doutrina apenas admitir a antecipação destes provimentos²⁴⁷. Entretanto, como já está definido neste trabalho, os provimentos dessas naturezas só são passíveis de deferimento nas ações cumuladas às declaratórias e constitutivas.

245 Ainda PROTO PISANI: *“la portata ‘coercitiva’ di un provvedimento di mero accertamento, pur non essendo affatto da escludere, è estremamente modesta in quanto si fonda essenzialmente su elementi diversi dalla messa a disposizione da parte dello Stato della sua forza a favore del soggetto il cui diritto è stato accertato come esistente”*. (PISANI, Andrea Proto. *Appunti sulla tutela di mero accertamento. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Padova, v. 831, p. 633-634, 1979.)

246 DINAMARCO, Cândido R. *Momento da eficácia da sentença constitutiva*, op. cit., p. 11.

247 No Brasil, na linha do que ensina Ovídio B. da SILVA e Carlos Alberto Álvaro de OLIVEIRA: “Não é difícil compreender, dessa maneira, que só esses mandados ou ordens, e mais precisamente sua realização prática, podem constituir objeto de antecipação de efeitos, e sem a referida interferência externa não teria sentido antecipar pura e simplesmente os efeitos da sentença do processo de conhecimento”. (OLIVEIRA, Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória — *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 114). Na Itália, Gianpiero SAMORI : “Nessuno ha seriamente posto in dubbio la possibilità di anticipare cautelamente domande accessorie di condanna alla restituzione o ad un fare o ad un non fare, dipendenti dall’accertamento dell’esistenza di un diritto, dalla nullità di in contratto ed altro ancora”. (SAMORI, op. cit., p. 958).

Essa delimitação da matéria também foi indicada pelo italiano Gianpiero SAMORÌ quando tratou das declarações sumárias, afirmando que se fala destes provimentos apenas quando houver realmente declarações sumárias puras, *“ma non anche tutte le volte che all'accertamento siano accoppiate condanne a pagamento di somme di denaro o ad obblighi di fare o di non fare relativi a diritti connessi, accessori o consequenziali”*²⁴⁸. O autor italiano, agora invocando Pasquale FRISINA, confirma que *“negli altri casi la misura cautelare è strumentalmente preordinata all'accoglimento di domande proposte in cumulo oggettivo e connesse per accessorialità con quella di mero accertamento, ovvero si risolve nella imposizione di obblighi di fare o non fare”*²⁴⁹.

Portanto, a questão da efetividade *“deve intendersi ristretto a quelle sole, in verità poche, fattispecie nelle quali tutela provvisoriamente concessa si esaurisce nella emanazione di un provvedimento a contenuto puramente dichiarativo”*²⁵⁰, ou ainda, é possível concluir, constitutivo. Corrado FERRI também isola o problema ao dizer que a dúvida reside nas sentenças declaratórias e constitutivas *“che si sono chiamate allo stato puro”*²⁵¹. Estas declarações puras e constituições provisórias não encontram muitos exemplos na jurisprudência italiana²⁵², tampouco na brasileira. Aqui, freqüentemente, o que se antecipa é um provimento de demanda *“proposte in cumulo oggettivo e connesse per accessorialità”* às ações declaratórias e constitutivas, para se valer da definição de Gianpiero SAMORÌ.

Delimitada a matéria, é preciso ver os argumentos utilizados por aqueles que defendem existir efetividade nas declarações e constituições sumárias. Para a doutrina italiana são basicamente dois os argumentos:

In primo luogo, dal lato passivo, nella ‘indiretta compulsorietà insita nell’ordine cautelare che pure non sia suscettibile di materiale attuazione forzata;

248 Ibid., p. 952.

249 Ibid., p. 953, nota nº 10.

250 Ibid., p. 955.

251 FERRI, *In tema di esecutorietà ...*, op. cit., p. 561.

*compulsorietà esaltata dalla sanzione penale che appresta l'articolo 388, comma 2º, c.p.; secondariamente dal punto di vista dell'istante, nella possibilità di utilizzare la misura cautelare a contenuto dichiarativo come fonte di legittimazione di comportamenti dello stesso soggetto attivo*²⁵³.

O primeiro, afastada a questão da esfera penal, pode ser definido por uma espécie de efeito psicológico de uma declaração ou constituição sumária. Isso vale para aqueles que como o eminente professor BARBOSA MOREIRA, em passagem já referida e tratando de suspensão de ato, acreditam que basta “que o juiz comunique a sua decisão a quem de direito, para que os efeitos não se produzam nesse meio tempo”²⁵⁴. Em outra obra, BARBOSA MOREIRA admite que a tutela declaratória só previne uma violação quando a parte vencida se convence e resolve cumprir²⁵⁵. É preciso, portanto, “certo altruísmo do demandado” para emprestar efetividade a estas decisões. É neste mesmo sentido que CARREIRA ALVIM cogita hipótese em que haja dúvida acerca da idoneidade de uma escritura, para afirmar que seria “lícita e efetiva” uma declaração provisória de que o título é verdadeiro²⁵⁶. É difícil imaginar qualquer efetividade nessa declaração sumária, embora seja lícita a medida.

A declaração ou a constituição sumária apenas exortam, aconselham, tentam persuadir o demandado ao cumprimento. Divergem da ordem como divergem da ação mandamental as ações declaratórias e constitutivas.

Pinheiro CASTELO, em reconhecimento disso, afirma que a declaração sumária “pode induzir a um espontâneo adimplemento e a desencorajar comportamentos em desconformidade com o reconhecimento de probabilidade

252 “Pochi sono gli esempi che la giurisprudenza offre di provvedimento puramente dichiarativi”. (SAMORI, op. cit., p. 953, nota nº 9).

253 Ibid, p. 961.

254 BARBOSA MOREIRA, A antecipação da tutela jurisdicional ..., op. cit., p. 210.

255 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionária e tutela preventiva In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo : Saraiva, 1980, p. 27.

256 CARREIRA ALVIM. **Tutela específica das obrigações** ..., op. cit., p. 130.

explícito na declaração urgente”²⁵⁷. Assim, quando um juiz brasileiro antecipar declaração de nulidade de uma cláusula estatutária, como decidiu um magistrado italiano ao *“anticipare gli effetti della declaratoria di nullità della clausola statutaria che prevedeva l’unanimità per le delibere dell’assemblea ordinaria”*²⁵⁸, enfim, quando o magistrado declarar provisoriamente suspensa a deliberação social, deverá contar tão-somente com este efeito psicológico da decisão, com esta persuasão indireta, ou ainda, com o atendimento ao “conselho judicial” ditado pela declaração ou desconstituição sumária. Mais não há nestas decisões. Resta apenas, como bem advertem os italianos Gabriele CUONZO e Roberto VALENTI, *“un effetto di coazione psicologica sull’intimato a non ledere il diritto provvisoriamente accertato”*²⁵⁹. ARIETA diz que estas decisões sumárias podem *“incoraggiare lo spontaneo adempimento da parte del soggetto obbligato”*²⁶⁰.

Além do efeito psicológico, da possibilidade de indução, dessa espécie de “conselho judicial” a encorajar o cumprimento espontâneo, ou “força intimidativa”, na expressão de BARBOSA MOREIRA, representado pelas abordadas declarações e constituições sumárias, a efetividade destes provimentos pode estar — é possível sustentar — na repercussão penal que o eventual descumprimento pode representar.

Isso, no entanto, também não nutre de efetividade estas declarações e constituições sumárias. Boa parte da doutrina acha — o que parece certo — que o descumprimento só pode ser caracterizado quando houver descumprimento de ordem judicial propriamente dita e, assim, não se poderia imputar fato típico algum ao demandado que não seguisse este “conselho judicial” representado

257 CASTELO, op. cit., p. 444.

258 CUONZO, Gabriele; VALENTI, Roberto. Provvedimenti di urgenza e tutela dichiarativa: le azioni di accertamento ex articolo 700 C.P.C. nelle controversie relative a diritti di proprietà industriale. *Rivista di Diritto Industriale*. nº 3, 1997, p. 81.

259 Ibid., p. 85.

260 ARIETA, I provvedimenti d’urgenza, op. cit., p. 330.

pelas declarações e constituições sumárias²⁶¹. É o que sustenta com propriedade Eduardo TALAMINI, para quem “nem sempre, porém, a inobservância da decisão do juiz caracteriza crime de desobediência. Isso só ocorre se o provimento jurisdicional desrespeitado for prevalecentemente uma *ordem, mandamento*. Em outros termos, apenas quando a decisão tiver eficácia *mandamental*, seu descumprimento constituirá, na prática, crime de desobediência”²⁶². Na Itália as decisões também afastam a incidência do artigo 338, comma 2º, do Código Penal (crime de desobediência) nestas hipóteses²⁶³.

Além disso, não se pode dizer que a efetividade reside unicamente na eventual repercussão criminal do descumprimento, já que mesmo nos casos das ordens judiciais propriamente ditas é conhecida a dificuldade para que o receio da sanção penal induza o demandado a cumprir a decisão. “Além disso, a remessa da questão para a esfera penal, segundo pensamos, em nada contribui para que ocorra a proteção desejada (...). O indiciamento do desobediente não faz com que este se apresse e cumpra a ordem judicial. O enfoque penal, portanto, não cria solução para o deslinde da questão (...)”²⁶⁴, sustenta Luiz Rodrigues WAMBIER.

261 WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1995, p. 521-525.

262 TALAMINI, Eduardo. *Prisão Civil e Penal e 'Execução indireta', a garantia do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal*, In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 141.

263 “*Condividiamo al riguardo il pensiero di Pret. Milano (ord.), 15 febbraio 1990, cit., che dopo avere affermato che una pronuncia meramente dichiarativa del diritto emessa in sede cautelare ed urgente costituisce una pronuncia del tutto insuscettibile di esecuzione che potrebbe unicamente sortire un effetto di coazione psicologica a tenere una condotta rispettosa del diritto provvisoriamente accertato, conclude nel senso che 'una pronunzia del genere non potrà dare luogo a responsabilità penale ex articolo 388, comma 2, c.p., dal momento che non è un provvedimento eseguibile, nè prescrive misure cautelari'*”. (SAMORÌ, op. cit., p. 970, nota nº 41).

264 WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liminares: Alguns aspectos polêmicos*. In: *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 165. Com este mesmo raciocínio, Ovídio SILVA assinala que “certamente ninguém ignora que a imposição de sanções criminais contra o demandado que obedeça ao preceito contido na sentença, vale dizer a ‘*penalizzazione*’ dos deveres de natureza privada, que se obtém transformando a condenação em ordem (as sentenças condenatórias em mandamentais), ainda não seria suficiente para assegurar a realização coativa da almejada prestação *in natura* das obrigações de fazer infungíveis. O destinatário da ordem poderia muito bem preservar na desobediência, preferindo sofrer a

E mais, a prisão do demandado desobediente seria realmente um meio processual civil de coerção se pudesse ser decretada pelo próprio juiz da causa, como supuseram possível alguns juízes no caso dos cruzados congelados, ao decretarem a prisão dos gerentes de banco resistentes às ordens de desbloqueio deferidas. Isso, entretanto, não é possível²⁶⁵.

Por fim, resta a suposta efetividade de uma declaração sumária que legitime o agir do autor, como indica o segundo argumento referido pela doutrina italiana. O administrador de sociedade anônima, em exemplo possível, propõe uma ação de declaração de nulidade de uma disposição estatutária, requerendo uma antecipação de tutela — declaração sumária, portanto — para orientar seu agir enquanto tramitar a ação declaratória. Ferruccio TOMMASEO apresenta exemplo neste sentido²⁶⁶. Gabriele CUONZO e Roberto VALENTI concluem, nesta mesma linha, *“che il provvedimento d’urgenza carattere accertativo possa svolgere l’utile funzione di rappresentare una norma agendi sulla base della quale le parti possano modelare il proprio comportamento, fra gli altri”*²⁶⁷.

Não há qualquer efetividade nem mesmo nestes provimentos, pois que o julgamento final da declaratória, na hipótese de revogar a antecipação concedida, colocará na ilegalidade o agir do autor pautado pela declaração sumária. Isso porque, “nessas hipóteses, como linha de princípio, se nos afigura

sanção penal a cumprir a prestação imposta pela sentença, de modo que não restasse ao autor vitorioso - não obstante a severidade da consequência prevista para o inadimplemento - outra alternativa senão conformar-se com as perdas e danos” (SILVA, *Curso de Processo Civil*, vol. II, op. cit., p. 328).

265

“Por outro lado, o desatendimento de um comando do juiz pode caracterizar, isso sim, *crime de desobediência* (CP, artigo 330) - crime de não cumprimento de ordem dada por autoridade estatal. Poderá haver até prisão em flagrante do réu desobediente. Mas, nesse caso, tratar-se-á de medida coercitiva de caráter *penal*. Essa prisão vai ter de seguir os requisitos constitucionais e processuais penais do flagrante; vai se originar processo penal para apurar a ocorrência do crime, que não se confundirá com o processo civil em curso; o juiz competente para esse novo processo será o juiz penal - e assim por diante” (TALAMINI, *Prisão Civil e Penal* ..., op. cit., p. 141).

266

TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza*, op. cit., p. 257-259.

267

CUONZO e VALENTI, op. cit., p. 90.

que revogada a liminar por qualquer razão, os efeitos retroagem, isto é, a situação jurídica a considerar é aquela como se a medida nunca tivesse sido concedida. Isto porque a provisoriedade e a transitoriedade são inerentes à liminar. Como dito, a sua concessão decorre de uma cognição sumária e superficial. Revogada posteriormente, é como se não tivesse existido”²⁶⁸. Assim, revogada a declaração sumária, “é como se não tivesse existido”, caracterizando a ilegalidade dos atos do autor fundados naquela decisão sumária. Por isso concluiu Gianpiero SAMORÌ pela inefetividade da declaração sumária para este fim:

*nel senso che i comportamenti che traggono legittimazione da un accertamento cautelare, se la situazione di favore provvisoriamente accertata risulti definitivamente esclusa nel giudizio di merito, danno luogo a conseguenze identiche a quelle che soggetto attivo, subirebbe se avesse tenuto il medesimo comportamento in assenza di una tutela dichiarativa provvisoria*²⁶⁹.

Esta *norma agendi* pretendida pelo autor, portanto, não empresta efetividade às declarações e constituições sumárias.

Assim, as declarações e constituições provisórias, embora possíveis, pois que inexistente qualquer óbice técnico-processual, não têm, via de regra, qualquer efetividade. As exceções serão analisadas em capítulo próprio, como já foi dito.

4.4.3.1 A URGÊNCIA NÃO DEFINE A EFETIVIDADE DO PROVIMENTO

Já foram afastados vários argumentos que sustentam a possibilidade de antecipação de ordem em provimento declaratório ou constitutivo. Há, no entanto, uma outra tentativa de justificá-la.

²⁶⁸ SHIMURA, Sérgio. A Eficácia das medidas liminares. In: Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares, op. cit., p. 136.

²⁶⁹ SAMORÌ, op. cit., p. 960.

Pinheiro CASTELO, “porta-voz” desta posição, assim resume a questão:

É próprio do provimento de urgência ou de evidência ter maior efetividade e eficiência do que a sentença (o provimento ordinário) do processo ‘ordinário’ de conhecimento, pelo simples fato de que a tutela da situação de urgência (maior efetividade) ou de evidência (maior eficiência) não comporta a espera do cumprimento do longo e moroso tempo técnico inerente ao procedimento ordinário, no qual está ínsito que não há ‘pressa’, ao contrário do que ocorre quando existe a urgência ou evidência²⁷⁰.

O argumento seduz, mas não convence, pois a posição traduz entendimento de que a urgência, ou ainda a evidência, autoriza que o provimento sumário — porque urgente ou evidente — possa ter uma força maior e gozar de maior efetividade em relação ao provimento final da mesma ação. Isso, com o máximo respeito ao autor citado, não apresenta qualquer sustentação lógica. Em outro contexto, TARZIA afirma que *“Il provvedimento cautelare urgente realizza così un mezzo assai veloce e dunque particolarmente incisivo di tutela”*²⁷¹.

A começar pela tutela de urgência — cautelar ou antecipatória — é preciso notar que ela nada mais é do que o exercício do reconhecimento de que alguns processos, em razão de peculiaridades próprias, não podem ter julgamento definitivo no tempo indicado como o necessário pelo caso concreto²⁷². Além do mais, é fácil verificar que os provimentos urgentes existem unicamente porque existem provimentos não-urgentes. Houvesse a possibilidade, em exercício de imaginação, de pronto e instantâneo julgamento de todos os processos submetidos ao Poder Judiciário, não haveria a necessidade de se conceber provimentos

270 CASTELO, op. cit., p. 467.

271 TARZIA, Giuseppe. *I Procedimenti Cautelari*. Padova : Cedam, 1990, p. 161.

urgentes, os quais só foram concebidos em reconhecimento à incapacidade natural e inafastável de julgamento instantâneo. Se no tempo necessário à apreciação do pedido liminar, sempre hipoteticamente, fosse materialmente possível julgar definitivamente, desapareceria o conceito de *periculum in mora* ou outros do mesmo gênero. Se a resposta é imediata, não se faz necessário — é lícito concluir — acautelá-la ou antecipá-la.

Embora a hipótese esteja apenas no estrito campo da imaginação, a conclusão se apresenta óbvia.

As decisões sumárias, evidentemente, implicam sempre em alguma forma de restrição a um dos direitos e princípios colidentes e “o ideal é que as eventuais restrições à situação jurídica da parte envolvida no processo só venham a ocorrer depois de percorridas todas as etapas do devido processo legal”²⁷³. Pois bem. Em reconhecimento à impossibilidade de julgamento instantâneo, o direito concebeu uma série de provimentos urgentes e provisórios, os quais são deferidos sempre com grau de cognição inferior ao provimento final buscado. São provimentos, especificamente aos olhos da segurança jurídica, com menor possibilidade de retratarem a certeza idealmente buscada no processo. Não obstante isso, pelas razões expostas, são provimentos necessários. Esta necessidade, no entanto, não outorga a estes provimentos uma força, uma efetividade maior que a outorgada aos provimentos finais e definitivos, com grau de cognição exauriente — máximo. Isso definitivamente não faz o menor sentido.

Aceitar a tese é dizer que o autor de uma ação inibitória, contra uma indústria poluente, por exemplo, possa obter uma antecipação de tutela com grau de efetividade maior do que a sentença inibitória final poderia lhe oferecer; isso

²⁷² “Quando si dice che un fenomeno anticipa un altro no si dice soltanto chel’uno viene prima dell’altro, ma si dice anche che arriva prima alla stessa meta dell’altro” (MANDRIOLI, Crisanto. Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali, op. cit., p. 556)

²⁷³ THEODORO JÚNIOR, O processo civil brasileiro..., op. cit., p. 118.

porque a liminar é urgente e a sentença não. É exatamente isso — sempre com o máximo respeito — o que sustenta Pinheiro CASTELO.

A posição não se justifica quando se fala em provimentos que pedem *periculum in mora* para serem concedidos e, com muito menos razão ainda, se pode falar em efetividade maior aos provimentos da chamada tutela de evidência, como também quis Pinheiro CASTELO.

Ora, por mais manifesto que se mostre sumariamente o provimento liminar requerido, será sempre menos evidente que o provimento final, depois que a instrução processual lhe outorgar o grau máximo de cognição.

A efetividade do processo passa pela efetividade dos provimentos sumários, não passando, no entanto e em atenção à boa lógica, por uma efetividade superior dos sumários em relação aos exaurientes, definitivos.

Parece lícito concluir que estas posições são apenas saídas conceituais para aqueles que não conseguem explicar como tecnicamente pode haver ordem na liminar e mera declaração ao final, a qual segundo Proto PISANI é “*certamente dotata di una portat coercitiva modesta*”²⁷⁴. Outra explicação parece não haver, e é também o que se depreende da posição do próprio Pinheiro CASTELO:

Na verdade, a extensão máxima da tutela antecipada jamais corresponderá exatamente à da pretensão processual da tutela jurisdicional ordinária, na medida em que o pedido imediato em determinado aspecto será sempre diferente, por estar, a princípio, fundado em cognições distintas (sumária e profunda), declarações diferenciadas (probabilidade e certeza) e eficácia temporal da tutela distinta (provisória e definitiva)²⁷⁵.

274

PISANI, appunti sulla tutela di mero accertamento, op. cit., p. 640.

275

CASTELO, op. cit., p. 499.

A força e a efetividade do provimento lhes informa a natureza do provimento buscado, sem que o grau de cognição ou a posição cronológica desse mesmo provimento possam alterá-las. Enfim, não se qualifica ou se classifica o provimento pelo grau de cognição em que é proferido, como supõem aqueles que classificam a liminar de despejo como mandamental e a sentença como executiva²⁷⁶. Para esses autores, como o eminente professor Victor MARINS, é curial reconhecer que a eficácia de decisão liminar ou interlocutória e de decisão final não são idênticas, tendo em vista, principalmente, o grau de cognição que informa cada qual.

Na tentativa de comprovar a posição, Pinheiro CASTELO parece evidenciar sua fragilidade, pois em argumento de reforço o autor citado aduziu que “para se constatar a maior efetividade e eficiência do provimento antecipatório, basta comparar a efetividade e a eficiência das liminares satisfativas de execução imediata com a sentença de mérito sujeita a recurso, que mesmo quando o apelo é recebido apenas no efeito devolutivo, a tutela jurisdicional ordinária não autoriza a satisfação provisória e a execução completa da sentença”²⁷⁷. Ora, isso tanto não é verdade que em reconhecimento à ilogicidade desta conclusão é que a doutrina passou a afastar a incidência dos artigos 632 e seguintes quando houver a antecipação de tutela com fundamento no artigo 461, como se manifesta Ada P. GRINOVER: “a abrangência do capítulo sobre execução de obrigações de fazer ou não fazer determinadas em títulos judiciais só pode ser residual, sob pena de negar-se aplicação ao disposto no artigo 461”²⁷⁸.

A doutrina, por tudo o que aqui já foi assinalado, não podia defender que a antecipação de tutela da obrigação de fazer, concebida com um

²⁷⁶ “A sentença que decreta o despejo contém eficácia, preponderantemente, executiva. Se cautelarmente, o juiz determina o despejo (*rectius*: desocupação do imóvel), a eficácia típica da sentença (satisfativa) no procedimento de despejo não se transmite à cautelar, que permanece com eficácia mandamental.” (MARINS, Victor, *Tutela cautelar...*, op. cit., p. 128).

²⁷⁷ CASTELO, op. cit. p. 229-230.

grau de cognição menos aprofundado do ponto de vista vertical, pudesse gozar de uma efetividade maior que a sentença final, com grau de cognição exauriente — exatamente ao contrário do que sustenta Pinheiro CASTELO. É como diz Proto PISANI: *“Ho piena consapevolezza della profonda disarmonia che presenta una simile prassi applicativa ed interpretativa: in via provvisoria si riesce ad ottenere più di quanto si riesca ad ottenere in via definitiva (...)”*²⁷⁹.

Até porque, anota Ovídio BAPTISTA, “a satisfação, em si mesma, ainda que provisória do direito, obtida a partir de um provimento de urgência (sumário satisfativo), é rigorosamente a mesma satisfação, definitiva, que será obtida após a decisão de mérito principal”²⁸⁰.

4.4.4 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, DE CONTEÚDO OU DE EFEITOS?

É preciso definir se o que se quer antecipado é a tutela, seu conteúdo ou somente seus efeitos. A utilização das expressões é a mais variada possível pela doutrina que escreveu sobre os provimentos antecipatórios. Essa babel conceitual tem autorizado conclusões que não parecem corretas. Por isso vale a análise.

Desde já é preciso dizer que não são convincentes os argumentos de alguns que vêem a possibilidade de antecipação de “efeitos práticos”, em si como um conceito contestável, das sentenças declaratórias e constitutivas²⁸¹. Sempre que se falar em antecipação de “efeitos práticos” ou “medidas práticas”, como quer THEODORO JÚNIOR²⁸², é preciso analisar o provimento final e descobrir se estes efeitos ou medidas lhe são verdadeiramente inerentes. Não é possível

278 GRINOVER, Ada P. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v.79, 1995, p. 74.

279 PISANI, appunti sulla tutela di mero accertamento, p. 639.

280 SILVA, *Curso de processo civil*, vol III, op. cit., p. 22-23.

281 Neste sentido, entre tantos outros: MAGALHÃES, José Eudeni. Da Tutela Antecipatória. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 88, 1997, p. 264.

antecipar medida ou efeito prático que jamais poderá existir no provimento final. Não fosse por tudo que já foi dito, a própria previsão expressa do Código é óbice quando afirma que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (art. 273 do C. de Proc. Civil); nunca outros, aleatoriamente.

E mais, “a tutela antecipada concedida (total ou parcialmente) não pode ser mais ampla nem de natureza diversa da tutela definitiva. Deve respeitar os limites subjetivos e objetivos da demanda. ‘O objeto cujo gozo se antecipará não pode ser qualitativamente diferente nem quantitativamente maior do que aquele que foi pedido na inicial.’ O objeto deve guardar correlação entre o provimento e a demanda, consoante regras dos artigos 128/460 do CPC”²⁸³. Exatamente como já foi abordado.

É preciso ter cuidado no uso de expressões como “mera antecipação de efeitos práticos”; Alfredo BUZAID, como já foi dito na primeira parte da dissertação, conseguiu transformar mandado de segurança em ação condenatória porque retirou do conteúdo da sentença de procedência aquilo que chamou de “mero efeito”, ou seja, o mandado, a ordem²⁸⁴. Na primeira parte deste trabalho também já se alertou acerca das implicações teóricas que o uso de expressões como “efeitos práticos”, significa ao processo civil. Priscila C. FONSECA, invocando José Frederico MARQUES, afirma que “a expedição de mandado (na suspensão de deliberação social) é efeito secundário da decisão”²⁸⁵. O efeito sempre integra o conteúdo da sentença de procedência; retirá-lo daí é mutilar o ato jurisdicional²⁸⁶.

282 THEODORO JÚNIOR, Antecipação de tutela em ações..., op. cit., p. 13.

283 MAGALHÃES, op. cit., p. 264.

284 “Das considerações que acabam de ser feitas, decorre que o mandado de segurança é uma ação de conhecimento, que começa com uma petição inicial (Lei 1.533, artigo 6 .) e termina por uma sentença, que põe termo ao processo, julgando ou não o mérito (Lei 1.533, arts., 8 e 12). O que determina e qualifica a natureza da ação de segurança é o pedido formulado pelo impetrante, que pode ser: a) meramente declaratório; b) constitutivo; ou c) condenatório” (BUZAID, Alfredo. *Do Mandado de Segurança*, v. 1, 1989, nº 37).

285 FONSECA, op. cit., p. 139.

286 A expressão é de SILVA, *Curso de Processo Civil*, op. cit., v. 3. p. 26.

Assim, sempre que se falar em antecipação de efeitos, se estará falando de antecipação do próprio provimento — ou efeito inerente ao provimento —, nunca de algo que lhe é estranho. O provimento por meio do qual o juiz concede a reintegração de posse, ensina Ovídio BAPTISTA, é uma providência de mérito que antecipa o efeito executivo, próprio da sentença final. Se ele é uma providência e dispõe sobre o próprio núcleo da pretensão — correspondente ao pedido de recuperação da posse da coisa de que fora esbulhado o autor —, então não será impróprio afirmar que esse provimento liminar é uma verdadeira sentença, embora provisória²⁸⁷. Ainda o professor Ovídio BAPTISTA, falando do mandado de segurança, sustenta que o efeito mandamental seria inimaginável se, no conteúdo da sentença, não existisse um verbo correspondente, ordenando a emissão do mandado²⁸⁸.

Isto também é válido para aqueles que invocam Pontes de MIRANDA para concluir pela viabilidade de antecipação de provimentos com eficácias mandamentais em ações declaratórias, como exemplo. O professor gaúcho Teori A. ZAVASCKI, citando Pontes de MIRANDA, resume a posição nesta passagem:

A ação somente é declaratória porque sua eficácia maior é a de declarar. Ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se manda, do que se constitua, do que se condene, do que se execute'. No entanto, 'no seu peso de eficácia aparece 4 na coluna da mandamentalidade; é a eficácia que vem após, com peso, à força mesma da sentença. O vencedor, que teve declarada a relação jurídica que lhe interessava, pode exercer a pretensão à preceituação nos próprios autos da ação declaratória.

(...)

Ora, essa eficácia negativa é, certamente, passível de antecipação, o que se dá, necessariamente, mediante ordens de não fazer contra o preceito, ou seja, ordens de abstenção, de sustação, de suspensão, de atos ou comportamentos. Isso explica o que para muitos é um contra-senso: a

287

Ibid., p. 34-35.

288

SILVA, Curso, v. 2, op. cit., p. 320-321.

concessão de medidas 'cautelares' em ações constitutivas. Na verdade, tais medidas não têm natureza cautelar, mas antecipatória.²⁸⁹

Quanto à tese do professor gaúcho, primeiro é preciso dizer que, embora se aceite a teoria de PONTES DE MIRANDA quanto às cargas eficáciais das sentenças²⁹⁰, não parece razoável admiti-la sem ressalvas, ou seja, aceitar, por exemplo, a chamada "constante quinze" (soma das eficácias das sentenças)²⁹¹. 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". Esta eficácia mandamental antecipada jamais poderia ser produzida,

289 ZAVASCKI, Teori Albino. *A antecipação de tutela*. São Paulo : Saraiva, 1997, p. 84 e 85.

290 O próprio PONTES DE MIRANDA: "A preocupação da ciência do direito até há pouco foi a de conceituar as ações e classificá-las como se cada uma delas só tivesse uma eficácia: uma fosse declarativa; outra, constitutiva; outra condenatória; outra mandamental; outra executiva. O que nos cumpre é vermos o que as enche, mostrarmos o que vem dentro delas, em expectação de efeitos. Não só, por conseguinte, vermo-las por fora com suas características exteriores, mas também por dentro". Ainda Pontes de MIRANDA: "Não há nenhuma sentença que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva. A ação somente é declaratória porque a sua eficácia maior é a de declarar. A ação declaratória é a ação predominantemente declaratória. Mais se quer que se declare, do que mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute". (PONTES DE MIRANDA, *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo I, p. 124).

291 Neste ponto, por todos, vale consultar a crítica de BARBOSA MOREIRA (Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *Revista de Processo*, nº 40, 1985, p. 10 e ss.). Vale também referir o que disse o professor Ovídio BAPTISTA: "Esta concepção, de inspiração pitagórica, que busca a redução ontológica da realidade social a uma simples expressão numérica, é artificiosa, sem dúvida, e destituída de fundamentação científica. Contudo – e é preciso que isso fique desde logo assentado, se a doutrina de Pontes de MIRANDA, a respeito da 'constante quinze', como a soma invariável das eficácias de todas as sentenças, há de ser rejeitada, nem por isso lhe deve recusar o mérito de haver insistido no fato de que as sentenças em geral não são puras; e que as classificações que delas se fazem levam em conta apenas a eficácia que nela prepondera, além de mostrar que todos os critérios usuais de classificação de sentenças apenas dizem respeito às sentenças de procedência, o que prova que o objetivo dessas operações classificatórias é invariavelmente a ação do direito material" (SILVA, *Curso de Processo Civil*, op. cit., v. 2, p. 135).

“no campo da realidade dos fatos” (expressão de Teori ZAVASCKI²⁹²), por uma futura sentença declaratória, à exceção de demanda cumulada, pois é preciso notar que a constatação da multiplicidade de eficácia não se confunde com a simples consideração de que uma mesma ‘sentença’, enquanto ato formal, pode decidir, acolhendo, duas ou mais demandas cumuladas — cumulando, conseqüentemente, eficácias.²⁹³

A mandamentalidade constante de uma constitutiva é muito fraca, não produz a ordem que o professor ZAVASCKI quer ver representada na antecipação de tutela sugerida. Até porque, observa MARINONI, “só há mandamentalidade quando o juiz, na sentença, manda forçando. Não há sentença mandamental quando o mandado destina-se apenas a servir de ‘meio de execução’ de uma sentença constitutiva (execução imprópria)”²⁹⁴. A mandamentalidade constante da ação constitutiva, portanto, é somente meio de execução (execução imprópria) nunca a ordem antecipada tal qual a concebeu ZAVASCKI. Em síntese, “a ocorrência de eficácia mandamental é insuficiente para transformar a demanda que seja preponderantemente constitutiva, declaratória ou de qualquer espécie, em mandamental”²⁹⁵.

Há, por certo, eficácias mandamentais e executivas em ações com força (eficácia preponderante) mandamental ou mesmo executiva. Porém, elas se resumem às eficácias sempre conhecidas da doutrina, como, por exemplo, o assento do nascimento do autor de uma investigação de paternidade no registro civil²⁹⁶. Essas eficácias menores, constantes e inerentes às ações declaratórias e

292 ZAVASCKI, Teoria A. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. In: GIORGIS, José Carlos Teixeira.(org.) **Inovações do Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 39.

293 TALAMINI, Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e antecipação de tutela *ex vi* do artigo 461, § 3º, do CPC. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, op. cit., p. 144.

294 MARINONI, **Tutela Inibitória** ..., op. cit. , p. 359.

295 SILVA, **Curso de Processo Civil**, op. cit., v.2., p. 263.

296 FERREIRA, William Santos. **Tutela Antecipada no Âmbito Recursal**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 90.

constitutivas, podem sim ser antecipadas, pois passíveis de confirmação na sentença final. O que não é lícito concluir a partir disso, é que a existência de uma eficácia mandamental menor, como no exemplo indicado, autoriza a antecipação de toda e qualquer decisão mandamental em ação constitutiva, como parece supor Teori ZAVASCKI.

Foi concordando com o eminente professor Teori ZAVASCKI que Antônio C. C. MACHADO concebeu uma “ação declaratória da inexistência do direito de cortar árvores em determinada região com pedido de proibição antecipada do corte”.²⁹⁷ Ora — com máximo respeito à brilhante monografia do professor —, nem a tal ação é mesmo declaratória, e eminentemente inibitória, nem a antecipação concebida é efetivamente possível, já que o provimento buscado liminarmente é potencialmente inexistente na decisão final pretendida.

É preciso ainda indicar a posição de Pinheiro CASTELO, também em oposição — noutra perspectiva — à tese do professor ZAVASCKI, que “não é possível antecipar efeitos secundários da sentença de mérito da tutela jurisdicional ordinária. Os efeitos secundários, por força de lei, somente podem ocorrer a partir da existência da própria sentença final”²⁹⁸.

Por estas razões não se pode concordar com aqueles que falam em antecipação de preceito, como quer o eminente Humberto THEODORO JÚNIOR: “É a sujeição do réu a esse comportamento negativo ou omissivo em face do direito do autor que pode ser imposto por antecipação de tutela, não só nas ações condenatórias, como também nas meramente declaratórias e nas constitutivas. Reconhece-se, provisoriamente, o direito subjetivo do autor e impõe-se ao réu a proibição de não agir de maneira contrária, ou incompatível com a *facultas agendi* tutelada”²⁹⁹. Este preceito — se é que real e existente — parece não ter a

297 MACHADO, Tutela Antecipada, op. cit., p. 498.

298 CASTELO, Jorge Pinheiro. op. cit., p. 509.

299 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Antecipação de tutelas nas ações ..., op. cit., p.

16.

efetividade que sugere o professor, pois se assim fosse, seria passível de confirmação ao final, na sentença — o que não ocorre.

Com efeito, Agnelo AMORIM FILHO já alertava que as ações declaratórias não proíbem e nem impõem sujeições a ninguém³⁰⁰. Assim sendo, não seria a declaração antecipada (sumária e provisória) que poderia proibir ou impor sujeição a alguém.

O fato é que o ponto merece uma reflexão maior, que extrapole a simples opinião sem que acerca dela se tematize, como faz boa parte da doutrina especializada. Não basta dizer que se antecipa isso ou aquilo, mas sim, apresentar as razões desta ou daquela posição.

Sabem todos que o Código fala em antecipação de tutela, e não de conteúdo ou efeitos, ou ainda, “efeitos práticos” como querem alguns. Antecipação de tutela é, por certo, antecipação de tutela jurisdicional, designando o resultado da atividade jurisdicional, “assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material — em favor do vencedor. Nessa medida, é inegável que a locução tutela jurisdicional designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento”³⁰¹

Há possibilidade de antecipação dos efeitos substanciais — jurídicos e práticos — que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material. Como diz Ovídio BAPTISTA ao tratar do mandado de segurança; o efeito

300 AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, Revista de Direito Processual Civil, nº 03, p. 119.

301 YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional, op. cit., p. 28.

mandamental “seria inimaginável se — no conteúdo da sentença (!) — não existisse um verbo correspondente, ordenando a emissão do mandado”.³⁰²

Dito isto, é preciso lembrar, ainda neste sentido, que a classificação das ações é correlata à classificação das sentenças de procedência, já que os elementos que as determinam são idênticos. E mais, a força (eficácia preponderante³⁰³) de uma sentença declaratória ou constitutiva, enquanto categoria processual, equivale à pretensão declaratória ou constitutiva existente no direito material, correspondente ao resultado buscado pelo autor, como já disse Flávio YARSHELL. Em outras palavras, Ovídio BAPTISTA lembra ainda que quando se fala numa ou noutra ação, “está-se a falar em aptidões especiais contidas no direito material de que elas emanam”³⁰⁴.

Ainda rememorando conceitos, é lícito referir que o pedido, que é fixo e visa um único objeto mediato e imediato³⁰⁵, “corresponde ao resultado final que o demandante persegue. O pedido, portanto, corresponde à tutela jurisdicional pretendida pelo autor, aqui entendida essa locução como resultado em prol do autor vencedor. Daí, falar-se, segundo critérios diferentes, em tutela ‘declaratória’, ‘constitutiva’, ‘condenatória/executiva’, ‘mandamental’, ‘executiva em sentido lato’ (...)”³⁰⁶. “O que distigue uma sentença declaratória de outra que seja constitutiva, ou uma mandamental de outra condenatória, serão naturalmente os verbos que cada uma contiver (tiver em seu conteúdo), como expressão realizadora da ação de direito material”³⁰⁷.

302 Silva, *Curso de Processo Civil*, vol. II, op. cit., p. 320-321.

303 “Quando classificamos ações, segundo a eficácia de suas respectivas sentenças de procedência (!), fazemo-lo levando em conta a carga de sua eficácia de maior peso, cuja identificação se há de fazer tendo em vista o objeto principal do pedido” (Ibid, p. 263).

304 SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Ação de Imissão de Posse*. 2ª ed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 47.

305 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1982, p. 16

306 YARSHEL, op. cit., p. 100-101.

307 SILVA, *Curso de Processo Civil*, v.2, op. cit., p. 321.

Assim, se o autor tem um pedido declaratório, é porque tem pretensão material declaratória; é porque a tutela jurisdicional buscada é declaratória; o resultado final buscado é tão-somente o da declaração; o verbo realizador da ação de direito material é “declarar”. Pois bem, se alguma coisa é antecipada neste pedido declaratório, ainda que sumária e provisoriamente, é a própria declaração buscada ao final. Se ao final se quer tutela declaratória, antecipadamente só será possível conceder tutela declaratória. A antecipação é sempre da própria tutela. O resultado ou o efeito prático — para quem prefere a expressão — qualifica a natureza da demanda. Se a declaração sumária é efetiva ou não, é outra coisa e já foi abordada na dissertação.

O que não se antecipa é somente a carga declaratória própria da sentença final de cognição exauriente, o bem da “certeza jurídica”³⁰⁸, como expressamente prevê o Código francês em artigo já referido (*l’ordonnance de référé n’a pas au principal l’autorité de la chose jugée*)³⁰⁹. É certamente esta impossibilidade de antecipação “da carga declaratória própria da sentença final de cognição exauriente” que deve ter levado alguns autores a concluir que a antecipação é meramente de efeitos ou ainda de efeitos práticos. A impossibilidade de se antecipar a carga declaratória própria da coisa julgada em decisão sumária é óbvia, pois não há quem defenda coisa julgada em julgamento sumário³¹⁰.

É neste sentido que tem razão Ernane FIDELIS quando afirma que a antecipação nunca é propriamente do provimento judicial em si, no sentido de definir a relação jurídica.³¹¹ A antecipação, em hipótese alguma, define a relação jurídica; a define, sempre e exclusivamente, a decisão final. Presume-se também

308 A expressão é de MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 48-49.

309 Artigo 488 do Código de Processo Civil Francês.

310 Neste sentido, por todos, TOMEI, Giovanni. Cosa giudicata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 3, 1994, p. 827-861.

311 SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro*. op. cit., p. 27.

que pelas mesmas razões o professor Ovídio BAPTISTA defende que o campo de incidência das liminares antecipatórias previstas pelo artigo 273, em sua nova redação, coincide com os efeitos, nunca com o conteúdo, pois que o conteúdo é exclusivo da carga declaratória final.

Ainda por estas mesmas razões é que José R. COSTA deve ter corretamente concluído que é “impossível antecipar os efeitos da tutela, senão antecipar a tutela, para que, em consequência, produza os respectivos efeitos. O contrário seria permitir efeitos sem causa!” Ou ainda o mesmo autor: “a dicção ‘efeitos da tutela’ deve, assim, ser entendida como antecipação da tutela jurisdicional”³¹². Neste mesmo intento, José Manoel de Arruda ALVIM NETTO sustenta que “a antecipação da tutela, pelo juiz, diz respeito ao pedido, tal como foi feito, isto é, o que se antecipa é, exclusivamente, a tutela, sem possível alteração do pedido”³¹³.

Assim, não é possível antecipar a carga declaratória final própria de decisões de cognição exauriente; não é possível antecipar a eficácia constitutiva da sentença. Mas o que se antecipa, sempre sumária e provisoriamente, é a tutela jurisdicional buscada ao final.

O que se quer com isso não é incidir em rigorismos formais que não contribuam à compreensão da matéria, pois muitos poderiam dizer que não importa se há antecipação de efeito, de conteúdo ou de tutela propriamente dita, mas, sim, que a antecipação é possível independentemente do rótulo que lhe atribua a doutrina. No entanto, é preciso esclarecer neste ponto — dada a sua importância à compreensão da matéria — que a utilização de expressões como “antecipação de efeitos” não serve (como é possível verificar em parte da doutrina) para sustentar a antecipação de ordem em ação declaratória, por

312 Costa, José Rubens. *Alteração no Processo de Conhecimento*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Reforma do Código de Processo Civil. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 325.

313 ARRUDA ALVIM, Tutela antecipatória. *Algumas noções...*, op. cit., p. 193.

exemplo. Por isso se fizeram necessárias estas explicações e repetições de conceitos.

Com efeito, essas considerações formularam a base conceitual que possibilitará a qualificação e classificação não apenas da “suspensão de deliberação social”, como de todos os outros provimentos urgentes no direito societário.

4.5 AS CONSTITUIÇÕES E DECLARAÇÕES SUMÁRIAS QUE VALEM EM SI MESMAS

Ainda neste campo, é de se abordar aquilo que nesse trabalho pode ser batizado de constituições e declarações sumárias que valem em si mesmas. Essas constituições ou declarações — como as demais — podem e devem ser antecipadas, considerando que essas constituições e declarações antecipadas valem em si mesmas e gozam da efetividade que é privada dos demais casos de antecipações concedidas em decisões constitutivas e declaratórias.

MARINONI aborda um caso típico de constituição sumária que vale em si mesma. É a mencionada modificação provisória do valor do aluguel. Afirmo o autor, como já foi transcrito, “que é certo que tal mutação provisória poderia não ter utilidade se, por exemplo, o locador não pudesse propor ação de despejo com base em falta de pagamento do aluguel fixado provisoriamente”. E então conclui:

Observe-se, contudo, que o fato de ser possível a utilização da ação de despejo nada tem a ver com a (im)possibilidade técnico-processual da provisoriedade da constituição, mas apenas com sua efetividade. Quando é possível extrair da constituição provisória alguma pretensão condenatória, mandamental ou executiva, dá-se vida, em caso de inobservância da tutela antecipatória, à provisoriedade, que, em outro caso, poderia se transformar em algo sem muita utilidade.³¹⁴

É preciso assinalar — para que não se faça confusão com uma questão já tratada — que esta invocada pretensão condenatória, mandamental ou executiva que se extrai da Constituição que vale em si mesma **está fora da demanda constitutiva**. No exemplo citado, a demanda executiva está na ação de despejo.

Há exemplo ainda mais contundente. É possível, sabe-se, liminar em ação revisional de alimentos ou mesmo em ação de exoneração de alimentos. Esta liminar é, sem a menor dúvida, tipicamente antecipatória em relação ao futuro provimento de mérito. A decisão sumária, em exoneração de alimentos, desobriga liminarmente o autor de efetuar o pagamento das pensões e, por isso, satisfaz a pretensão, ainda que provisoriamente. Não se extrai, nesta antecipação de tutela, qualquer eficácia mandamental ou executiva, mas, sim, eficácia puramente constitutiva — constitutiva negativa. Trata-se de pura desconstituição sumária e provisória.

Pois bem, foi visto que as constituições provisórias, em regra, nada valem em si mesmas, uma vez que o fim almejado no provimento liminar está sempre numa demanda a ser cumulada e que as constituições sumárias não têm qualquer efetividade, utilidade. É o caso da suspensão de deliberação social: a ordem para que o administrador, representando a sociedade, deixe de praticar ou pratique determinado ato não está na ação anulatória da própria deliberação, mas numa ação cumulada de obrigação de fazer ou não fazer. A pura desconstituição provisória e sumária, por outro lado, não teria qualquer utilidade. Nestes casos não há constituição provisória, há um juízo de probabilidade acerca da procedência da demanda constitutiva e, por conseguinte, uma antecipação na demanda cumulada, a única a autorizar ordem ou atividade executiva.

Já a decisão sumária na exoneração de alimentos prescinde de uma demanda cumulada para ter efetividade, o que não ocorre com a maioria das

supostas antecipações de constituição, porque o autor, com o deferimento da antecipação, pode deixar de pagar a pensão alimentícia sem que o demandado possa propor a execução de qualquer valor depois da decisão sumária. Isso também vale para as antecipações concedidas nas revisionais. Com a antecipação constitutiva, o demandado só tem pretensão à cobrança dos novos valores fixados na revisão liminar antecipada. Possivelmente aqui a razão de Sérgio FADEL ter concluído que nas relações jurídicas de locação é comum a revisão de valor do aluguel que, na ação própria e específica, pode ser decretada a título provisório, e em decisão antecipatória, apesar de sua nítida natureza constitutiva”.³¹⁵

Isso é importante também para esclarecer que não parece fazer sentido a posição de alguns autores, como João Baptista LOPES, para quem “a antecipação da tutela não se harmoniza com a finalidade da ação declaratória e não se ajusta à natureza da ação constitutiva”³¹⁶.

A antecipação desconstitutiva da exoneração de alimentos é exemplo clássico de como a antecipação pode se “ajustar à natureza da ação constitutiva”, ao contrário do que leciona, entre outros, o autor supracitado.

É lícito concluir que as constituições, e também as declarações sumárias, gozam de efetividade sempre que estas decisões sumárias prescindirem do cumprimento do demandado e forem também suficientes para afastar a exigibilidade de uma ação do demandado contra o autor do pedido de antecipação. Isto é, quando essas declarações e constituições sumárias afastarem a perspectiva que a situação jurídica anterior a elas proporcionava (sem a contribuição do demandado), afastando, com isso, a possibilidade da propositura de ação com fundamento naquela situação jurídica sumariamente desconstituída ou declarada inexistente, haverá efetividade a justificá-las.

315

FADEL, op. cit., p. 46.

No direito tributário, se houver a propositura de ação desconstitutiva do lançamento fiscal, a desconstituição sumária antecipada afasta a possibilidade (a exigibilidade, mais precisamente) de execução fiscal. No mesmo sentido, se a decisão final buscada é da inexistência de relação jurídico-tributária (ação declaratória negativa), a antecipação de tutela, a declaração sumária, faz desaparecer a exigibilidade tributária; reside aí a sua efetividade. O certo é que “em tais hipóteses, bastante comuns, a liminar suspensiva da exigibilidade do crédito tributário assume natureza de antecipação parcial de tutela justamente porque precipita temporalmente o efeito de provável decisão de mérito que afaste definitivamente a exigibilidade tributária, seja em virtude de anulação do ato administrativo, seja em razão da declaração da inexistência de relação jurídico-tributária (...)”³¹⁷.

Exemplos neste sentido podem ser concebidos no âmbito do direito societário. É possível imaginar a hipótese em que o administrador de uma sociedade questione a remuneração arbitrada em assembléia aos membros do conselho fiscal. A competência interna para a revisão é da assembléia; impossível, assim, a modificação pela diretoria ou mesmo pelo conselho de administração. A remuneração arbitrada — ainda em exercício de imaginação —, entretanto, é flagrantemente ilegal. Pode o administrador propor a desconstituição dessa decisão assemblear, conseguindo, liminarmente, a desconstituição provisória da deliberação que ilegalmente majorou a remuneração dos membros do conselho fiscal. A efetividade desta desconstituição sumária e provisória estaria na impossibilidade dos membros do conselho fiscal reclamarem judicialmente a diferença na vigência da liminar referida.

Não se está falando — vale ressaltar — da criação de uma *norma agendi* para orientar o comportamento do administrador, como sustenta

316
original]

LOPES, João Batista. O Juiz e a Tutela Antecipada, op. cit., p. 13. [sem grifo no

317

MARINS, James. Anotações sobre o cabimento da antecipação da tutela em matéria tributária. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 91, 1998, p. 128.

TOMMASEO e concordam Gabriele CUONZO e Roberto VALENTI ao afirmarem “*che il provvedimento d’urgenza carattere accertativo possa svolgere l’utile funzione di rappresentare una norma agendi sulla base della quale le parti possano modelare il proprio comportamento, fra gli altri*”³¹⁸, em passagem já citada. Aqui o caso é outro: o que o administrador quer — e de fato alcança com a desconstituição sumária — é uma decisão liminar que afaste, ainda que provisoriamente, a exigibilidade da diferença.

É lícito concluir que as constituições ou declarações sumárias são efetivas quando prescindem da vontade do obrigado para serem efetivadas, como na cristalina hipótese comentada da exoneração provisória de alimentos. Vale lembrar que inúmeras podem ser as hipóteses concretas no âmbito do direito societário.

4.6 O USO EQUIVOCADO DA CAUTELAR

O tema que batiza o ponto já tem manifestações no decorrer desta dissertação, aqui se quer apenas tratá-lo de maneira particular.

É possível, e não raro, que o autor resuma sua demanda à desconstituição de uma deliberação social viciada — em exemplo hipotético. O interesse processual do autor limitar-se-ia à desconstituição do ato societário. Não há qualquer novidade nisso, já que boa parte das demandas em espécie resumem-se à pretensão desconstitutiva, ainda que, por desconhecer o verdadeiro alcance da eficácia destas sentenças de procedência. Como já se vinha obtendo provimentos antecipatórios, sob o manto da previsão cautelar³¹⁹, que não

³¹⁸ CUONZO e VALENTI, op. cit., p. 90. [sem grifo no original].

³¹⁹ Entre várias outras manifestações no mesmo sentido: “Fundamental a percepção de que o processo cautelar nem sempre foi utilizado como veículo destinado a realizar a sua teórica e primitiva finalidade institucional, ou seja, buscar provimentos e medidas cautelares que efetivassem a tutela cautelar”. (CASTELO, op. cit., p. 474).

coincidiam com a pretensão desconstitutiva, não se atentava para o fato de que as demandas estavam tecnicamente mal formuladas. A ação constitutiva negativa era proposta exclusivamente para abrigar a verdadeira pretensão do autor, que era antecipatória — porque satisfativa — de um pedido que decididamente não integrava a ação constitutiva. É com propriedade que Jorge W. PEYRANO afirma:

*ante la falta de mecanismos idóneos los justiciables se ven obligados a 'inventar' procesos principales (habitualmente amparos o pretensiones mere declarativas) para poder estar en condiciones de encaballar em los mismos pedimentos 'cautelares' cuya sustancia es, en realidad, lo único que les interesa y motoriza.*³²⁰

José Carlos BARBOSA MOREIRA, entre tantos outros, também diagnosticou o problema:

O processo cautelar, que tem sua finalidade específica própria, inconfundível com a do processo de conhecimento, foi utilizado para fins que não condiziam e não condizem perfeitamente com as características essenciais. Isso aconteceu porque, por meio dele, era possível obter uma providência urgente, notadamente quando se pensa na possibilidade da concessão da liminar, que muitas vezes resolvia, de maneira definitiva, por assim dizer, o problema.³²¹

A “ação declaratória da inexistência do direito de cortar árvores em determinada região com pedido de proibição antecipada do corte”, tal qual a concebeu Antônio Cláudio da Costa MACHADO³²², é, quiçá, o exemplo mais significativo disso. O autor desta ação definitivamente não quer a indicada

320 PEYRANO, Reformulación de la teoría de las medidas cautelares ..., op. cit., p. 529.

321 BARBOSA MOREIRA, A antecipação da tutela jurisdicional..., op. cit., p. 199. Também neste sentido, WATANABE: “A inexistência de instrumento processual adequado para a tutela desses direitos, somada à irritante e desesperadora lentidão da Justiça, provocada por fatores múltiplos, estimulou a criatividade dos operadores do direito, que começaram a utilizar intensamente da ação cautelar inominada como um meio de obtenção da antecipação da tutela postulada ou a ser postulada na chamada ‘ação principal’” (WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, op. cit., p. 31).

322 MACHADO, Tutela Antecipada, p. 498.

declaração; a sua pretensão, parece óbvio, só pode ser veiculada numa ação inibitória. A tal sentença declaratória da “inexistência do direito de cortar árvores em determinada região” pode servir, no máximo, para ser afixada no tronco do vegetal lenhoso, para, contando com um certo altruísmo daquele que ameaça praticar o ilícito, afastar o alegado perigo de corte.

Exatamente neste sentido, o professor MARINONI adverte que “a tutela cautelar, diante da ausência de uma ação inibitória, era usada para permitir a antecipação da imposição do fazer ou do não fazer e, portanto, para viabilizar uma tutela inibitória efetiva”³²³. Em outro trabalho, o mesmo autor lembra que a tutela cautelar foi utilizada, antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil brasileiro, como veículo para a realização antecipada de direitos que só poderiam ser tutelados ao final do procedimento comum; isso por criação pretoriana, segundo THEODORO JÚNIOR³²⁴. Este uso equivocado se deu em razão das pressões sociais por tutela jurisdicional diferenciada, fazendo do processo cautelar uma técnica de sumarização do processo de conhecimento. MARINONI confirma que não se pode negar, contudo, que no direito italiano a tutela cautelar inominada passou a assumir, em alguns casos — principalmente a partir do momento em que foi aceita com tranquilidade na ação declaratória —, caráter genuinamente inibitório³²⁵.

Proto PISANI confessa que a inefetividade “*della tutela di mero accertamento*”, da tutela declaratória, se vale de uma “medida cautelar” — que de cautelar não tem nada — para “ganhar utilidade”:

323 MARINONI, Luiz Guilherme. Um aprofundamento da questão da tutela dos direitos: tutelas inibitória, reintegratória, do adimplemento e ressarcitória. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, v. 10, 1998, p. 725. Ainda neste sentido: “Na justiça do trabalho através do processo cautelar buscava-se a tutela não cautelar, mas satisfativa, referente à reintegração de dirigentes sindicais, cipeiros, grávidas, empregados protegidos por algum tipo de estabilidade, transferência ilegal etc.”. (CASTELO, op. cit., p. 474.)

324 THEODORO JÚNIOR, *Antecipação de tutela em ações...*, op. cit., p. 12.

325 MARINONI, *Tutela inibitória...*, op. cit., p. 194.

Il ricupero della tutela di mero accertamento a livello di effettività, ha consentito anche di rilevare che questa forma di tutela, pur essendo certamente dotata di una portata coercitiva modesta, purtuttavia da un lato non è priva di utilità pratica poiché una forza coercitiva mediata riesce ugualmente ad esplicitarla, dall'altro lato – se collegata con il ricorso alla misura cautelare di cui all'articolo 700 c.p.c. – può acquistare una efficacia a prima vista del tutto insospettata.³²⁶

Este uso equivocado da cautelar foi responsável pela confusão das chamadas cautelares satisfativas, pois, muitas vezes, os caminhos eram ditados pela prática forense, que notando a inoportunidade de um processo de conhecimento, ordinário, sucessor de uma cautelar dita satisfativa, assim decidia:

A medida cautelar inominada que visa a participação de sócio em assembléia tem cunho satisfativo, pois o interesse imediato se esgota com o cumprimento da liminar concedida.

A realização de instrução para apuração dessa resistência importaria em apego ao formalismo, senão portanto desnecessária³²⁷.

Parece óbvio que esta ação batizada de cautelar é, em verdade, ação de obrigação de fazer com antecipação de tutela. O tempo necessário para a cognição exauriente estava na instrução da cautelar, sem a necessidade de ação principal. É, vale ressaltar, o direito ao devido processo legal que fixa a carência de uma instrução processual, pois o réu — a sociedade, *in casu* — tem direito à instrução, ao direito de defesa, de fixar eventual responsabilidade do autor pelo cumprimento de liminar que depois se mostre ilegítima. Até porque, como adverte Teori Albino ZAVASCKI, “é direito fundamental do litigante demandado (como, também, do litigante demandante) o direito à chamada cognição completa, exauriente, assim entendida a que submete as soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios nos quais ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla

326
original].

PISANI, Proto. Appunti sulla tutela..., op. cit., p. 640, 1979. [Sem grifo no

327

Revista dos Tribunais 673/85.

defesa e a interposição de recursos”³²⁸. Calderon CUADRADO, neste mesmo sentido, sustenta que *“en ningún momento debe conformarse con la mera verosimilitud”*³²⁹.

Isso denota que existem ações que servem apenas para dissimular a verdadeira pretensão do autor. A introdução da antecipação da tutela, ou sua codificação, não deixa qualquer margem ao uso equivocado da cautelar, pois autoriza a revelação da verdadeira natureza do provimento buscado.

328
148.

ZAVASCKI, Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais, op. cit., p.

5.1 A SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÃO SOCIAL É, EM REGRA, ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Visto tudo isso, é preciso, finalmente, valendo-se de todos os conceitos aqui fixados, definir a natureza do provimento que ordena a suspensão de deliberação social. É evidente que esta incursão realizada na doutrina serve para instruir as definições que direcionarão o trabalho, não apenas em relação à antecipação de tutela, mas também aos outros provimentos. E só por isso foi realizada.

O vocábulo “suspensão”, assim como “sustação”, dentro da rigorosa ortodoxia processual, indicam tutela cautelar, e não satisfativa³²⁹. O sentido oferecido pela ortodoxia processual da palavra é que deve ter levado Carreira ALVIM a concluir que a anulação de uma assembléia societária é antecipação; a suspensão de sua eficácia é cautelar³³⁰. Essas conclusões, entretanto e com o máximo respeito, não procedem.

No entanto, na suspensão de deliberação social — será lícito deduzir —, a medida liminar apresenta satisfatividade, em seu conceito antes abordado. Parte da doutrina, no entanto, afirma que não há satisfatividade sob o argumento de que aquilo que ao final se pretende não se realiza com a decisão sumária. Com a palavra Alberto GOMMELLINI:

Per esprimere questo stesso concetto in termini diversi potremmo dire che la sospensiva non attua una regolamentazione anticipata di quello stesso rapporto

329 CUADRADO, Las medidas cautelares..., op. cit., p. 73

330 LOPES, João Baptista. Ação declaratória. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 66.

*controverso che forma oggetto della causa principale. Essa predispone soltanto la conservazione dello status quo in attesa che quella regolamentazione venga attuata con la decisione della causa di merito.*³³²

Stefano MECHELLI, por argumentos semelhantes, também concluiu como cautelar a natureza da suspensão de deliberação social:

*Una tale affermazione è già stata posta in discussione con riferimento alla generale categoria dei provvedimenti cautelari: questi — si dice — hanno sempre e necessariamente la caratteristica della sommarietà della cognizione a monte, della provvisorietà e della strumentalità rispetto alla decisione fondata sulla cognizione piena (essendo finalizzati a garantire la sua fruttuosità), ma non quella della anticipazione del provvedimento finale, posto che la strumentalità può trovare altre forme di espressione*³³³.

Desta citação é preciso destacar a parte invocada pelo professor italiano na classificação da suspensão de deliberação social como cautelar: “*la strumentalità può trovare altre forme di espressione*”. Isso aponta para o que será adiante esclarecido, ou seja, esta *altre forme di espressione* demonstra ao mesmo tempo que não se antecipa aquilo que ao final não se pode deferir — como já restou definido —, assim como nestes casos não há propriamente demanda cautelar, mas equívoco na sua formulação.

Quem melhor tratou *I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali* na Itália, Corrado FERRI, também caminha no mesmo sentido: “*Anzitutto, l’affermazione assai diffusa secondo cui la sospensione anticiperebbe il provvedimento di annullamento e quindi tutti gli effetti propri della decisione di merito*

331 ALVIM, Carreira. *Tutela antecipada na reforma processual*. Rio de Janeiro : Destaque, 1997, p. 21.

332 GOMELLINI, Alberto. Sulla sospensione dell’esecuzione delle delibere assembleari. *Rivista del Diritto Commerciale*, v. 1, Roma, 1987, p. 944.

333 MECHELLI, Stefano. Sull’opportuno combinarsi di misure cautelari tipiche ed atipiche in tema di impugnazione di deliberazioni assembleari. *Rivista del Diritto Commerciale*, Roma, nº 7-8, 1996, p. 287/288.

(sotto questo profilo avrebbe quindi luogo una reale funzione anticipatoria) non può essere integralmente accolta.”³³⁴

É preciso reconhecer que não são poucos aqueles que na Itália, em sentido contrário do que acima sustentou Corrado FERRI, vêm na suspensão de deliberação social *una pronuncia antecipata rispetto alla futura ed ipotetica sentenza di annullamento delle delibera dedotta in giudizio*³³⁵, mas à posição evidencia-se o já conhecido óbice não técnico-processual, mas de efetividade, exaustivamente tratado no item 4.4.3 dessa obra. Vale repetir que a decisão sumária que constitui ou declara provisoriamente não ordena ou executa a decisão, restando sempre dependente da vontade do réu. Por isso é que não há antecipação da anulação; há verossimilhança da constituição e posterior mandamentalidade ou atividade subrogatória na atuação-execução do provimento em ação cumulada.

Dizem alguns, e aquiescem muitos, que o provimento cautelar e a ulterior decisão de anulação atuam em campos diversos, ao contrário do que ocorre nas antecipações: *“Dobbiamo infatti osservare che la statuizione sospensiva opera su un piano diverso da quello su cui incide la pronuncia pretesamente anticipata, e cioè la decisione di annullamento”*³³⁶. Isso parece óbvio. A sentença desconstitutiva não atua no mesmo campo que a ordem de fazer ou não fazer, por exemplo, antecipada. Entretanto, o que não se deve admitir é o argumento de que um provimento é executivo ou mandamental em razão do grau de cognição em que foi proferido, como faz supor, entre outros, o eminente professor Victor MARINS, ao afirmar que “é curial reconhecer que eficácia de decisão liminar ou interlocutória e de decisão final não são idênticas, tendo em vista principalmente, o grau de cognição, que

334 FERRI, Corrado. **I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciale**. In: Processo Civile e Società Commerciali. Atti de XX Convegno Nazionale. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, p. 104 - 105.

335 SORDELLI, Luigi. **I sequestri ...**, op. cit., p. 803 ss; Ragusa, VITTORIO, **Provvedimenti d’urgenza e deliberazione assembleari**, Giur. Comm., 1979, v.2., p. 129.

336 GOMMELLINI, Alberto. **Sulla sospensione dell’esecuzione delle delibere assembleari**, Giurisprudenza Commerciale, v. 01, 1987, p. 943.

informa cada qual.”³³⁷ Um provimento jamais perde a natureza que o caracteriza como mandamental em razão de ter sido proferido em decisão antecipatória, e não final.

Feitas estas observações, é possível dizer que a ordem de um fazer ou não fazer, representada pela suspensão de uma deliberação social, é provimento satisfativo. O demandante quando adquire um provimento que suspende a eficácia de uma deliberação social que pretende eliminada por desconstituição, adquire tudo ou quase tudo aquilo que poderia pretender com o provimento final (de uma demanda cumulada), mas não com o provimento desconstitutivo. Por isso não se pode falar em cautelaridade, em mera garantia do resultado útil do processo principal. No entanto, esta ordem não é antecipação dos efeitos da sentença desconstitutiva, pois a decisão final decomposta não apresenta a eficácia que se quer antecipada. Ao final de uma ação desconstitutiva jamais se poderá obter ordem de fazer ou não fazer. “O material que forma a demanda” de uma ação desconstitutiva, na expressão de MARINONI³³⁸, não permite ordem na sentença. Já foi afastada a possibilidade de se invocar a multiplicidade de eficácias para se obter ordem em ação constitutiva, pois como observa Eduardo TALAMINI, “a constatação da multiplicidade de eficácias não se confunde com a simples consideração de que uma mesma ‘sentença’, enquanto ato formal, pode decidir, acolhendo, duas ou mais demandas cumuladas — cumulando, conseqüentemente, eficácias.”³³⁹

Com isso é possível concluir que o autor que pretende aquilo que se convencionou chamar suspensão de uma deliberação social, em regra, não quer somente a desconstituição, quer também o *plus* representado pela ordem dirigida à sociedade comercial, representada pelo administrador. E esta ordem não está na parte dispositiva de uma ação desconstitutiva (“desconstituo o ato e, ainda, ordeno

337 MARINS, Victor, *Tutela cautelar...*, op. cit., p. 128.

338 Marinoni, *Tutela inibitória*, op. cit., p. 50.

339 TALAMINI, *Tutelas mandamental e executiva lato sensu e antecipação ...*, op. cit., p. 144.

a abstenção” — em hipotético exemplo de sentença). A única conclusão possível, portanto, é a de que quem quer ordem em ação desconstitutiva deve cumular uma demanda que ofereça ordem ao final, como, por exemplo, uma ação inibitória, uma ação de remoção de ilícito ou ainda uma ação de obrigação de fazer ou não fazer.

O fato da suspensão de deliberação social ser, em verdade, ordem à sociedade não deve impressionar ninguém. A suposta ilegalidade antecipadamente se desfaz — se suspende — em cumprimento da ordem contida nesse mandado. Não se desconstitui antecipadamente, mas, em verdade, manda que se tenha por provisoriamente desconstituída a deliberação. Outra coisa não ocorre com a liminar no mandado de segurança, reconhece Ovídio B. SILVA³⁴⁰. Celso A. BARBI também explica que o juiz não suspende diretamente o ato na liminar do mandado de segurança, numa espécie de desconstituição sumária e provisória — como parece supor Priscila Corrêa da FONSECA³⁴¹ —, mas sim “ordena a suspensão”³⁴². É, também, interessante notar que o espanhol Francisco Ramos MENDEZ, quando fala em *suspensión de acuerdos sociales*, o classifica como uma “medida cautelar fundada em obrigações de fazer e não fazer”³⁴³.

Se o provimento antecipado é mandamental (ordem de suspensão da eficácia da deliberação societária questionada), deve haver julgamento final desta demanda mandamental, pois, como ensina o autor italiano SAMORÌ, “*nel successivo giudizio di merito l'azione proposta non potrà assumere il contenuto di un accertamento mero* [ou desconstitutiva, é lícito concluir], *dovendosi introdurre quelle medesime*

340 “A legitimidade desta ação decorre da necessidade de que a tutela jurídica se realize através do reconhecimento (juízo declaratório) da ilegalidade do ato impugnado e, como consequência, mediante a expedição do mandado, de modo que os efeitos da ilegalidade se desfaçam, em cumprimento da ordem contida nesse mandado”. (SILVA, *Curso de Processo Civil*, op. cit., p. 355).

341 FONSECA, op. cit., p. 66-71.

342 BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de Segurança*. 7. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1993, p. 174. É preciso ressaltar que esse autor não aceitava a categoria das ações mandamentais, como se infere da mesma obra referida, às páginas 151 a 153.

*domande accessorie preventivamente tutelate, il cui accoglimento ha in concreto eliminato la situazione di pericolo che minacciava il diritto soggettivo*³⁴⁴.

Alberto GOMMELLINI tem razão quando afirma que *“la sospensiva non attua una regolamentazione anticipata di quello stesso rapporto controverso che forma oggetto della causa principale”*.³⁴⁵ Efetivamente a suspensão de deliberação social não antecipa futura desconstituição, antecipa ordem de uma ação de obrigação de não fazer, numa hipótese, que sempre foi processualmente veiculada através de uma ação cautelar que de que cautelar não tem nada, porque efetivamente satisfaz, no conceito aqui definido, a pretensão do autor, ou melhor, uma das pretensões do autor, a inocultável pretensão mandamental/executiva. É por isso que afirmar que suspensão não é uma antecipação *di quello stesso rapporto controverso che forma oggetto della causa principale* não conduz à conclusão, obviamente, de que o provimento é cautelar, mas, em contrário, que ela é antecipatória de uma demanda que não foi formulada, ou de uma demanda oculta, em regra, uma obrigação de fazer (ou não fazer) com fundamento no novo artigo 461 do Código de Processo.

Não poucos se oporiam à necessidade de demanda cumulada às ações declaratórias e constitutivas para que possa haver antecipação de ordem, por exemplo. Aos que se opõem é preciso o reconhecimento de que as forças (eficácias preponderantes) das sentenças devem ser desprezadas, ou seja, é possível ordenar em ação constitutiva, ou ainda execução em ação declaratória; isso porque o provimento antecipado não deixa de conter determinada eficácia em razão do grau de cognição em que é concebido, ao contrário do que sustenta — sempre com o máximo respeito ao eminente professor —, por todos, Victor

343 MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho Procesal Civil*. 3. ed., tomo II, Libreria Bosch : Barcelona, 1986, p. 955.

344 SAMORÌ, op. cit., p. 958 [sem grifo no original].

345 GOMMELLINI, op. cit., p. 944.

MARINS³⁴⁶. Se é possível ordem de não fazer em ação desconstitutiva de deliberação social, deve ser também possível que a mesma ordem, não havendo pedido de antecipação de tutela, possa ser deferida na decisão final. Isso significa que uma sentença constitutiva possa conter ordem e imposição de multa em caso de descumprimento, pois não se pode admitir que sumariamente seja possível uma ordem que não possa constar da sentença. Ou seja, ao juiz seria lícito ordenar em ação constitutiva apenas até a sentença que, por ser constitutiva, não autorizaria ordem — o que com clareza observa Proto PISANI em passagem já referida: *“Ho piena consapevolezza della profonda disarmonia che presenta una simile prassi applicativa ed interpretativa: in via provvisoria si riesce ad ottenere più di quanto si riesca ad ottenere in via definitiva (...)”*³⁴⁷.

É extremamente interessante à questão a posição de Priscila Corrêa da FONSECA, quando afirma que a natureza da sentença cautelar de suspensão de deliberação social é desconstitutiva. Isso porque, segundo a autora, “o caráter desconstitutivo da sentença deflui da circunstância de dela não derivar a condenação da sociedade à não-execução, mas à sustação da eficácia dos atos impugnados”³⁴⁸. Após afirmar, como aqui já foi consignado, que a expedição do mandado é efeito secundário da decisão, conclui: “O não cumprimento da sentença apenas sujeita os administradores à responsabilidade pela prática dos atos proibidos, sujeitando-os não à execução, mas a espécies diversas de sanções.”³⁴⁹ Antes de prosseguir é preciso assinalar que anteriormente à suspensão de deliberação social já havia prática de “atos proibidos” pelo suposto administrador, através do descumprimento de lei ou do estatuto, pois é este descumprimento que enseja e constitui o próprio fundamento na propositura da

³⁴⁶ “A sentença que decreta o despejo contém eficácia, preponderantemente, executiva. Se cautelarmente, o juiz determina o despejo (*rectius*: desocupação do imóvel), a eficácia típica da sentença (satisfativa) no procedimento de despejo não se transmite à cautelar, que permanece com eficácia mandamental.” (MARINS, Victor, *Tutela Cautelar*, op. cit., p. 128).

³⁴⁷ PISANI, Proto. *Appunti sulla tutela...*, op. cit., p. 639.

³⁴⁸ FONSECA, op. cit., p. 140.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 139.

medida. A posição de Corrêa da FONSECA parece defluir desta específica citação de Vasco da Gama LOBO XAVIER transcrita pela autora:

Desse modo, sustenta, se a providência impusesse aos administradores a obrigação de não executar uma deliberação deste tipo, 'constituiria, em relação à eventual sentença anulatória, não um *minus*, e nem sequer um *aliud*, mas um *maius*, ou seja, teria um alcance mais radical do que a própria decisão definitiva. Essa conclusão seria, para o autor português, inaceitável, posto que, dado o caráter instrumental das providências cautelares, estas traduzir-se-iam, 'quando muito, na antecipação dos efeitos das sentenças, cuja utilidade prática visam salvaguardar, e nunca irão além disso.³⁵⁰

Parece a confirmação, sob outra ótica, de tudo que vem sendo dito. Não se pode imaginar que um despacho liminar supostamente antecipatório possa conter ordem que não possa ser encontrada, com grau mais profundo de cognição, na sentença. Vasco da Gama LOBO XAVIER não podia conceber que o despacho liminar representasse um *maius* em relação à eventual sentença condenatória, e por isso imagina uma "sentença cautelar desconstitutiva", como "antecipação dos efeitos da sentença anulatória". Ocorre que a decisão cogitada pelo autor português não era cautelar, mas antecipatória, antecipação de desconstituição, sem qualquer efetividade, pois desprovida de ordem, onde "o não cumprimento da sentença apenas sujeita os administradores à responsabilidade pela prática dos atos proibidos, sujeitando-os não à execução, mas a espécies diversas de sanções", nas palavras de Corrêa da FONSECA³⁵¹. Para que a liminar pudesse conter ordem, só com demanda cumulada de natureza mandamental/executiva. É o que parece lógico concluir a partir das assertivas de Corrêa da FONSECA e LOBO XAVIER.

Outro reconhecimento possível aos que se opõem à necessidade de demandas cumuladas — aqui defendida — é que seria necessária uma nova classificação das ações, ou das tutelas, como esboça sob outros critérios, por

350

Ibid., p. 138.

exemplo, o professor Luiz Guilherme MARINONI³⁵². Não há razão nesta dissertação, no entanto, para se tipificar um provimento de suspensão de deliberação social numa novíssima e inédita classificação das ações, das sentenças de procedência ou, ainda, das tutelas. Entretanto, o que a necessidade de demanda cumulada parece evidenciar é que a atual classificação pode estar superada. O certo é que enquanto predominar a atual classificação, se faz necessária a cumulação das ações quando o que se quer antecipado não coincide com o resultado final buscado.

Quando o demandante se depara com uma deliberação social passível de desconstituição e que, além disso, no caso concreto, exista “justificado receio de ineficácia do provimento final” (na linguagem do Código de Processo Civil), é preciso conceber o provimento necessário ao afastamento do chamado “justificado receio de ineficácia do provimento final”, mandamental/executivo e não desconstitutivo. Na quase totalidade dos casos não basta a desconstituição provisória, desprovida de ordem, pois desprovida de efetividade, à exceção do certo já referido “altruísmo” do demandado (improvável, pois que já vinha descumprindo a lei e/ou o contrato social/estatuto) no cumprimento da decisão provisória. Em regra o que se pretende é ordem, preferencialmente, acompanhada de multa, para que se faça ou não se faça algo. A suspensão da eficácia de uma deliberação social não é outra coisa senão, sempre em exemplo, a seguinte decisão: “(...) considerando a alta possibilidade de desconstituição do ato assemblear atacado (ação desconstitutiva), ordeno (ação de obrigação de não fazer cumulada) à sociedade demandada que suspenda sua eficácia, abstendo-se, por isso, de suspender o direito de voto do sócio-demandante, sob pena de multa”.

Em regra se quer uma decisão mandamental, pois como ensina PONTES DE MIRANDA, “esta decisão é aquela que tem por fito preponderante que

351

Ibid., p. 139.

352

MARINONI, *Tutela inibitória*, op. cit., p. 410 e ss.

alguma pessoa **atenda**, imediatamente, ao que o juízo **manda**”³⁵³. É esta relevância eficaz do *imperium* que se pretende, sem, entretanto, alcançar os resultados que são próprios de uma pretensão constitutiva negativa, como a anulação de uma deliberação societária. Estas eficácias (ordem e desconstituição), aquiescem todos, não convivem na mesma decisão com a força própria de cada uma, são materiais que formam demandas diversas. A diversidade dos efeitos, observa Eduardo TALAMINI, da forma de efetivação do comando da sentença é decorrência direta das diferentes eficácias — e, por conseguinte, dos diferentes conteúdos³⁵⁴. Estranho, portanto, a posição de boa parte da doutrina que, a despeito disso tudo, defende a antecipação de ordem em ação constitutiva, batizando-a, entretanto, de “mero efeito prático”.

Isso já foi abordado, mas vale lembrar que no plano dos conceitos jurídicos admite-se diferença entre tutela e efeito, tal qual os concebe Cândido Rangel DINAMARCO³⁵⁵. Isso, entretanto, não quer significar que a diferença autorize a antecipação de efeitos estranhos à tutela pretendida, pois, como reconhece o próprio DINAMARCO, “essa visão da tutela por um ângulo exterior ao processo mostra que é defeituosa — ou pelo menos pouco clara, ou incompleta — a redação do novo artigo 273 do Código de Processo Civil (red. lei nº 8.952, de 13.12.94), que fala em ‘*antecipar os efeitos da tutela*’. “Antecipa-se a própria tutela”, conclui o professor, “que é um valor em si mesma e não se confunde com ato processual que a antecipa”.³⁵⁶

Afirmar que o provimento antecipado é “mero efeito prático” quando deferido liminarmente, passando a ser mandamento propriamente dito se

353 PONTES DE MIRANDA, *Tratado das Ações*, tomo VI, p. 3. Ovídio BAPTISTA diz que “o que é decisivo para que exista uma ação mandamental é que a respectiva sentença de procedência contenha um mandado, como sua eficácia preponderante. O que se quer, o objeto principal do pedido é, justamente, a obtenção deste mandado” (BATISTA, *Curso de Processo Civil*, v. 2., op. cit., p. 262).

354 TALAMINI, *Tutelas mandamental e executiva lato sensu* ..., op. cit., p. 147.

355 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela Jurisdicional*, *Revista de Processo*, v. 81. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 63.

concedido ao final, também é corroborar a tese daqueles que dizem que o despacho liminar na ação de despejo é mandamental, enquanto que esta mesma decisão na sentença é executiva. Isso é qualificar as eficácias dos provimentos pelo grau de cognição em que foram proferidos, sem insistir naquilo que já foi objeto de análise em capítulo próprio.

Para pôr fim à questão é preciso frisar que efetivamente na tutela cautelar, como observaram Alberto GOMMELLINI e Stefano MECHELLI, *“la strumentalità può trovare altre forme di espressione”*. Não quer isso significar, todavia, e como já foi dito, que em razão do provimento liminar na suspensão de deliberação social não coincidir com o provimento final buscado, se está frente a um provimento cautelar. A natureza do provimento, evidentemente, não pode ser por aí determinada. É que os provimentos listados por Alberto GOMMELLINI e Stefano MECHELLI, aos olhos desta dissertação, têm clara natureza satisfativa, não se limitam a assegurar o resultado útil do processo principal. E se têm clara natureza satisfativa só podem ser concedidos em antecipações de eficácias potencialmente existentes na sentença pretendida. É o reconhecimento disso que leva Guilherme FERNANDES NETO a concluir pela necessidade de ação própria quando se quer o cumprimento de obrigação de fazer, referindo-se, inclusive, a julgado neste sentido³⁵⁷:

Ora, vê-se com facilidade, a possibilidade de propor suspensão das deliberações sociais, tendo como ação principal aquela que objetive uma determinada obrigação de fazer, exigindo a execução compulsória de determinado direito como, tal como, a subscrição de determinado número de ações.³⁵⁸

356 Ibid., p. 64.

357 Apelação cível nº 58701516, pela 4ª Câmara Cível do TJRGS, em 27 de maio de 1987, tendo como relator o Desembargador João Aymoré Barros Costa.

358 FERNANDES NETO, Guilherme. A suspensão de deliberação social e o abuso do direito de voto. *Revista do Advogado*, nº 36, p. 50, mar. /1992.

Nas medidas cautelares, apenas nas medidas eminentemente cautelares, *“la strumentalità può trovare altre forme di espressione”*; nunca em medidas satisfativas, como a suspensão de deliberação social.

Ora, a suspensão de deliberação social, em regra, não é cautelar — porque não se limita a assegurar o resultado útil do processo principal —, mas sim, no conceito de Fritz BAUR, *“orientada para a satisfação”*, e por isso deve ser *“um provimento que tenha por conteúdo aquela consequência jurídica que é dada pelo direito material”*³⁵⁹.

O fato é que, como intuitivamente e por outra ótica afirma Edgar Antônio LIPPMANN JÚNIOR, a inovação da antecipação de tutela, *“se não aboliu ao todo, ao menos deixou uma margem residual muito pequena para a utilização da medida cautelar inominada prevista pelo artigo 798 do CPC”*³⁶⁰. A medida cautelar inominada — como concebida pela doutrina —, é lícito concluir, está em estado de convalescença.

É preciso notar que, como adverte DINAMARCO, *“as medidas cautelares carecem de autonomia tutelar, visto que visam somente a dar apoio ao processo e aos seus valores, sem oferecer ao sujeito o gozo de alguma situação favorável em face do bem postulado”*³⁶¹, ou como define Álvaro J. D. Perez RAGONE, *“lo esencial es que la cautelaridad no concede atribución ninguna al*

359 BAUR, op. cit., p. 31.

360 LIPPMANN JÚNIOR, Edgar Antônio. Antecipação de Tutela: Utopia ou Realidade. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 81, 1996, p. 39. Neste sentido, por outras razões, *“Não é desarrazoado antever que do novo regime introduzido pelo artigo 273, I, do CPC possa resultar um esvaziamento substancial do Livro III do CPC. É que com a tal inovação, para se obter a prestação de tutela cautelar antecipatória (ou seja, através de medidas antecipatórias), o requerente vai dispor (para obter o mesmo efeito) assim da ação cautelar disciplinada no Livro III do CPC como da simples liminar prevista no artigo 273 do mesmo diploma. Ora, não parece subsistir dúvidas sérias que, entre as opções acima, a parte preferirá obter cautelar através de liminar, por se tratar de um meio (para o requerente, pelo menos) mais imediato e mais econômico”*. (GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos Sobre o Processo Cautelar*. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 102).

361 DINAMARCO, Tutela jurisdicional, op. cit., p. 78.

requirente”³⁶². Fica claro que o provimento que “suspende uma deliberação social” mediante uma ordem de não fazer, sob pena de multa, jamais poderá ser classificado como cautelar, porque efetivamente oferece ao sujeito, por si só, o gozo de alguma situação favorável em face do bem postulado, ou, ainda, “*concede atribución al requirente*”.

É sem dúvida arriscado em dissertação defender posição que encontra pouca ressonância na doutrina, especialmente na forma sistemática como aqui vai colocada, mas o trato da matéria, com os conceitos aqui concebidos, parece não deixar outra saída.

É, por tudo isso, reveladora a posição que deixa escapar Ferruccio TOMMASEO ao tratar, em artigo já citado, exatamente dos “*provvedimenti d’urgenza e diritto delle società*”. O consagrado professor italiano comenta posição jurisprudencial que admite que “*lo stesso accertamento della nullità della clausola statutaria d’una s.r.l. — che prevede per le deliberazioni assembleari il voto unanime dei soci — puo essere anticipato in sede cautelare con un provvedimento d’urgenza*”. Até aqui nada de novo, pois que já foi amplamente abordada a possibilidade de antecipação de declaração e sua conhecida inefetividade. A novidade está no comentário à decisão elaborado por TOMMASEO:

*provvedimento la cui effettività ben potrebbe essere rafforzata con l’inibitoria nei confronti della società di non applicare la clausola in odore d’illegittimità*³⁶³.

Isso configura nada mais que uma demanda de obrigação de não fazer, ou inibitória, cumulada com ação declaratória de nulidade de deliberação social. O que é isso senão apenas o reconhecimento de que a antecipação de declaração não goza de qualquer efetividade? Outra coisa não é senão a confissão

362 Ragone, op. cit., p. 138.

363 TOMMASEO, Provvedimento d’urgenza e diritto delle società, op. cit., p. 145.

de que ação declaratória não comporta antecipação consistente em obrigação de não fazer, ensejando uma demanda cumulada.

Interessante é verificar o exemplo de quem vê utilidade na declaração sumária, como TOMMASEO. Ora, se a declaração sumária basta, é efetiva, por que *ben pottrebbe essere rafforzata con l'inibitoria nei confronti della società?*

Não é outra a conclusão que parece apresentar o italiano Gianpiero SAMORÌ, quando afirma que na maioria dos casos a ação declaratória (também à constitutiva, é lícito concluir) *“siano accoppiate condanne a (...) obblighi di fare o di non fare relativi a diritti connessi, accessori o consequenziali”*. Para confirmar que nestes mesmos casos a cumulação recai numa ação *“inibitoria, anche preventiva, di atti e/o comportamenti che, nell'ipotesi di accoglimento della domanda di mero accertamento, sarebbero illegittimi”*³⁶⁴.

Embora Corrado FERRI, quando trata da suspensão de deliberação social, cite *“una pronuncia anticipata rispetto alla futura ed ipotetica sentenza di annullamento”*, ao tratar de outros provimentos urgentes no âmbito societário, parece reconhecer que eles se resolvem em inibitórias, em obrigações de fazer ou não fazer fundamentadas no novo artigo 461 do Código de Processo, pois arrola *“provvedimenti di natura inibitoria quali limitazioni di poteri degli amministratori, sospensione di poteri di amministrazione, inibitoria al compimento di determinati atti, sospensione di esecuzioni di delibere non ancora attuate, cessazioni di attività aziendali”*³⁶⁵. Girolamo BONGIORNO, embora tratando do artigo 2.409 do Código Civil italiano, assevera que *“nella maggior parte dei casi consistono in statuizioni di natura inibitoria, quali (...) la limitazione dei poteri degli amministratori, la sospensione di uno o più amministratori con la concentrazione dei poteri in capo ai rimanenti, (...) la*

364 SAMORÌ, op. cit., p. 952-953.

365 FERRI, I procedimenti cautelari ed urgenti ..., op. cit., p. 125.

*sospensione dell'esecuzione di una delibera non ancora attuata o di un'assemblea ordinaria o straordinaria già convocata".*³⁶⁶

Admite-se, neste trabalho, que possa haver ordem não apenas com vínculo de *natura publicista*³⁶⁷, em reconhecimento de que a ação constitutiva negativa não tem a mesma "força" e "eficácia" da ordem constante do mandado. Ora, é por isso que não se pode exclusivamente propor ação de anulação de deliberação social com pedido antecipatório de suspensão de deliberação social, com fundamento numa "proibição de agir de maneira contrária", como se constante fosse da decisão final constitutiva — porque definitiva constante não é.

O último óbice que poderia ser indicado à necessidade de demanda cumulada é a pouca utilidade prática que a conclusão representa, pois que isso não importa aos consumidores do direito, aos advogados, juízes etc. Até porque não se pode desconsiderar o alvitre de PEYRANO, para quem "*quando se teoriza, es preciso apoyar por lo menos un pie en la tierra*"³⁶⁸. Deve-se também afastar o pensamento de FÉNELON, para quem "*i giuristi sono gente di grandi deliberazioni e di ampi propositi, ma la cui concretezza è nulla*"³⁶⁹.

Entretanto, uma dissertação não deve se limitar apenas ao "interesse prático" do tema abordado. E mais, foram transcritas, neste trabalho, várias decisões que deixam de conceder uma liminar por entender que não se pode conceder liminarmente mais do que se pede ao final³⁷⁰, em atenção, por exemplo

366 BONGIORNO, Girolamo. Il procedimento previsto dall'articolo 2409 C.C. In: Processo Civile e Società Commerciali. Atti de XX Convegno Nazionale. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1995. p. 172.

367 cf. item 2.1.3 - Ordem apenas com vínculo de *natura publicista*.

368 PEYRANO, J. W., *Medida Cautelar Inovativa*, Buenos Aires : Depalma, 1981, p. 7.

369 PERROT, Roger. L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, nº 4, dez./1985, p. 846.

370 Apenas para ilustrar a observação: "Tutela antecipada. Concessão para sustar cláusulas de contrato de arrendamento mercantil e determinar que o bem permaneça nas mãos do arrendatário. Inadmissibilidade. (...). Medida deferida, ademais, para satisfação de objetivo

à regra da correlação entre a sentença e a demanda, representada no direito positivo pelos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil³⁷¹. Ou ainda algumas decisões que não admitem antecipação em ação declaratória ou constitutiva, referendando antes citada posição doutrinária³⁷². Este acerto técnico, por conseguinte, facilita a utilização deste novo instrumento, a antecipação de tutela.

Noutros casos — minoritários, é verdade — aquilo que se convencionou chamar “suspensão de deliberação social” pode ter natureza cautelar. Nestes, se quer uma cautelar vinculada a uma ação constitutiva, por exemplo, que não suspenda propriamente a deliberação societária atacada. Isso, entretanto, é assunto para depois.

5.1.1 A NECESSIDADE DE DEMANDA CUMULADA

O tema também já foi abordado e agora será sistematizado. É possível que além de ordem de fazer ou não fazer, o autor possa pretender a desconstituição de uma deliberação social; isto é, desconstituição provida de coisa julgada. Haverá, também, como já foi lembrado, a hipótese de que a pretensão se resuma à desconstituição; quando, no entanto, se quer mais do que simples desconstituição, se quer o *plus* ordem, inexistente na constituição negativa, surge então um problema que deve ser analisado mais atentamente. É através de um exemplo de Ovídio BAPTISTA que o tema vai abordado:

Poderá, na prática, ocorrer casos de extrema complexidade que dificultem a análise e a determinação da existência de uma verdadeira cumulação de pedidos. Por exemplo, se peço, numa ação de despejo, que o juiz decrete a

diverso em extensão e natureza do constante no pedido inicial. Descabimento. Agravo provido” Tutela Antecipatória. Curitiba : Juruá, 1999 (Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio, 183), p. 159.

³⁷¹ DINAMARCO, Candido. *A reforma do Código de Processo Civil*, op. cit, p. 142.

³⁷² Como João Baptista LOPES, para quem “a antecipação da tutela não se harmoniza com a finalidade da ação declaratória e não se ajusta à natureza da ação constitutiva”. (LOPES, O Juiz e a Tutela Antecipada, op. cit., p. 13, sem grifo no original).

rescisão do contrato de locação e, em consequência, decrete igualmente o despejo, não obstante a existência de dois pedidos, não estarei a cumular duas demandas, entendendo-se que a rescisão do contrato é apenas fundamento, ou *causa petendi*, para o despejo e não um pedido formador de outra demanda cumulada. A rescisão do contrato, no caso, é apenas uma 'questão' da lide proposta, que é o despejo. No entanto, não seria impossível demandar-se apenas a declaração de que o contrato como consequência automática de seu descumprimento pelo inquilino; se, caso não houvesse tal cláusula de 'rescisão de pleno direito' do contrato, igualmente poderia o locador propor apenas uma ação de rescisão do contrato locatício, sem pedir cumulativamente o despejo, embora tais ocorrências fossem extremamente raras e excepcionais, pois seria impossível descobrir uma hipótese em que o locador tivesse interesse processual limitado à desconstituição do contrato sem que pretendesse também a recuperação da posse da coisa julgada.³⁷³

Quando se pretende uma desconstituição de uma deliberação social, de um ato societário qualquer, além de uma ordem de abstenção ao representante legal da sociedade comercial, é possível questionar se a desconstituição não seria somente fundamento, ou *causa petendi*, para a ordem de não fazer, e não um pedido formador de outra demanda cumulada. A ação constitutiva negativa do ato societário, no caso e adequando-se ao exemplo do professor Ovídio BAPTISTA, poderia ser apenas uma 'questão' da lide proposta, que seria, em verdade, uma ação de obrigação de fazer ou não fazer.

Aos olhos da classificação quinária das ações, a grande maioria dos exemplos do direito societário demonstram que além de ordem de não fazer, ou fazer, se quer a desconstituição do ato propriamente dito. Vale ressaltar que a doutrina brasileira tradicionalmente classifica as ações processuais e, por conseguinte as sentenças, apenas em declaratórias, constitutivas e condenatórias³⁷⁴, sem admitir a classificação quinária. De volta ao ponto, na

³⁷³ SILVA, Curso de Processo Civil, op. cit, p. 231.

³⁷⁴ MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo : Saraiva, 1975, v. 1, p. 164; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 2ª

suspensão de deliberação social, já reconheceu MARINONI, “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 (tutela mandamental) sob pena de multa.”³⁷⁵

Com isso é possível afirmar que a ação constitutiva negativa, ou declaratória negativa, pode subsistir, embora menos provável nos casos abordados, independentemente de pedido cumulado que importe ordem. Por isso não é tão-só a *causa petendi* do pedido mandamental e/ou executivo *lato sensu*, é também uma demanda cumulada propriamente dita, pois como observa Moacyr Amaral SANTOS, “na cumulação de ações, são várias as ações que se cumulam no mesmo processo, quando cada uma delas bem poderia constituir objeto de um processo distinto ou de uma distinta relação processual”³⁷⁶. A ordem de não fazer não elimina do mundo jurídico a deliberação atacada, exatamente o objeto da demanda constitutiva cumulada, pois “*le conseguenze dell’annullamento, per contro, non si esauriscono nel privare el negozio della sua efficacia, ma implicano la sua totale eliminazione dal mondo giuridico (salve le limitazioni poste dall’ordinamento all’efficacia retroattiva della sentenza di annullamento) e l’inefficacia che è propria dell’atto annullato non è che un effetto riflesso dell’accertamento della sua invalidità.*”³⁷⁷

A cumulação, nesses casos, é sucessiva eventual, ou seja, a rejeição do pedido anterior (desconstitutivo) objeta a procedência do posterior (mandamental/executivo), o que não significa que a procedência do pedido principal acarrete a procedência da demanda posterior.

ed., Rio de Janeiro : Forense, 1986, p. 63-64; GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1987, p. 85.

375 MARINONI, A tutela antecipatória nas ações..., op. cit., p. 80.

376 SANTOS, Moacyr Amaral. A., op. cit., p. 193.

377 GOMELLINI, op. cit., p. 944.

A conclusão parece bastante lógica; se o autor propõe uma ação desconstitutiva de uma deliberação social cumulada com uma ação de obrigação de não fazer, ou uma ação inibitória — donde, enfim, se requer ordem de abstenção da sociedade, por seu representante —, não se pode conceber que a pretensão à mandamentalidade subsista se improcedente a desconstituição. Ora, se a deliberação social atacada é legal, não pode haver ilícito ou obrigação a autorizar a procedência da ação mandamental/executiva.

No entanto, haverá casos concretos em que, ainda no âmbito do direito societário, a hipótese é de cumulação simples, quando se formulam dois pedidos com objetivo de obter um duplo resultado (ressarcitória com inibitório, por exemplo). Nestes casos a procedência ou a improcedência de um deles não terá qualquer repercussão sobre a procedência ou improcedência de outro.

Para relembrar conceitos, o artigo 292 do Código de Processo Civil fixa que “é permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”. Já o § 1º fixa os 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.

Há muito tempo a jurisprudência definiu a possibilidade de cumulação de ações declaratórias e constitutivas com demandas condenatórias³⁷⁸. A cumulação pode ser alternativa eventual — o que não se confunde com pedido alternativo —; isso quando o autor, com fundamento no artigo 298 do CPC, “formula mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior”. Os pedidos, nestes casos, podem até mesmo ser incompatíveis. Há, também, a cumulação simples, quando se formulam dois pedidos com objeto de obter um duplo resultado (lucros cessantes e danos morais, por exemplo). Nestes casos a procedência ou a improcedência de

um deles não terá qualquer repercussão sobre a procedência ou improcedência de outro. Por fim, existe ainda a chamada cumulação sucessiva eventual, quando a rejeição do pedido anterior objeta a procedência do posterior, o que não significa que a procedência do pedido principal acarrete a procedência da demanda posterior. Estes conceitos servem à compreensão da eventualmente necessária cumulação de pedidos aqui abordada.

Referidos os conceitos, é preciso analisar mais detidamente a questão da necessidade de cumulação, dada a sua preponderância às conclusões do trabalho.

Para a adequada compreensão do tema é preciso estabelecer como premissa a distinção, já detidamente abordada, entre as cargas eficáciais. É preciso reconhecer, em exemplo, que as cargas eficáciais constitutivas e declaratórias diferem das mandamentais ou executivas *lato sensu*. E mais: a correta dedução dos pedidos impede a compreensão da classificação das ações, assim como as cargas de eficácias, pois, como observa Sérgio Gilberto PORTO, “a perfeita compreensão do tema que envolve a classificação das ações representa a possibilidade da dedução de pedidos adequados e, de outro lado, representa, por igual, o arsenal indispensável, para que o Magistrado prolate sua decisão nos exatos termos que lhe exige a situação submetida à apreciação. Com efeito, compreender (esta é a palavra certa) a perfeita classificação das ações importa em dominar o tema que envolve a classificação das sentenças quanto às cargas de eficácias”.³⁷⁹

Estas premissas conduzem à discordância do que sustenta Proto PISANI, (em passagem já referida) quando afirma que “.... *talché dal punto di vista della incisività della tutela (ove si prescinda dal risarcimento del danno) finisce per esservi molto poca differenza tra un provvedimento che ad esempio ordini la cessazione di un*

379
cit., p. 37.

PORTO, Sérgio Gilberto. Classificação de ações, sentenças e coisa julgada, op.

comportamento lesivo del diritto al nome, all'immagine o di altro diritto della personalità ed un provvedimento che si limiti al mero accertamento del diritto stesso..."³⁸⁰

Existe diferença sim — isso já foi exaustivamente colocado no trabalho — entre ordem com imposição de multa, por exemplo, e mera declaração ou constituição sumárias. O descumprimento da ordem, passível de ser antecipada na hipótese de pedido mandamental, gera direito à multa e autoriza medidas sub-rogatórias. O descumprimento da constituição sumária nada pode significar na hipótese de descumprimento, até porque, "sobrevindo sentença que prejudique a tutela antecipada, seja por modificação seja por anulação, fica sem efeito, obrigando-se ao retorno ao estado anterior (artigo 588, III)"³⁸¹, Neste sentido a súmula 405 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.³⁸² Como já foi apontado, nem sempre "a inobservância da decisão do juiz caracteriza crime de desobediência. Isso só ocorre se o provimento jurisdicional desrespeitado for prevalecentemente uma *ordem, mandamento*. Em outros termos: apenas quando a decisão tiver eficácia *mandamental*, seu descumprimento constituirá na prática crime de desobediência"³⁸³. Na Itália, as decisões afastam a incidência do artigo 338, comma 2º, do Código Penal (crime desobediência) nestas hipóteses³⁸⁴.

380 PISANI, Appunti sulla tutela di..., op. cit., p. 636.

381 SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro**, op. cit., p. 46.

382 "A doutrina e a jurisprudência têm concordado no sentido de que prevalece intocado o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula 405. Anterior ao Código de Processo Civil (que é de 1973), a súmula dispõe que "Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária". (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liminares: alguns aspectos polêmicos*, op. cit., p. 172.)

383 TALAMINI, Eduardo. *Prisão civil e penal e 'execução indireta'...*, op. cit., p. 141.

384 *Condividiamo al riguardo il pensiero di Pret. Milano (ord.), 15 febbraio 1990, cit., che dopo avere affermato che una pronuncia meramente dichiarativa del diritto emessa in sede cautelare ed urgente costituisce una pronuncia del tutto insuscettibile di esecuzione che potrebbe unicamente sortire un effetto di coazione psicologica a tenere una condotta rispettosa del diritto provvisoriamente accertato, conclude nel senso che 'una pronuncia del genere non potrà dare luogo a responsabilità penale ex articolo 388, comma 2, c.p., dal momento che non è un provvedimento eseguibile, né prescrive misure cautelari'.* (SAMORI, op. cit., p. 970, nota nº 41).

É importante notar que a parte majoritária da doutrina autorizada fala em antecipação quando trata da liminar em mandado de segurança “que suspende a execução do ato administrativo ilegal ou nulo”³⁸⁵, sem notar que não está se antecipando propriamente a desconstituição enquanto eficácia secundária da ação de segurança, mas, a ordem, o mandado constante do conteúdo da sentença de mérito da mesma ação. Não fosse isso — e as razões indicadas na imaginária “inibitória declaratória” valem ao caso³⁸⁶ — bastaria a propositura de ação anulatória (ou declaratória), onde estaria o juiz autorizado a antecipar ordem à autoridade impetrada para deixar de executar ou suspender a eficácia do ato atacado³⁸⁷. Claro que aqui não se fala na cognição própria do mandado de segurança (*secundum eventum probationis*) — como a define Kazuo WATANABE³⁸⁸ —, até porque, não guarda qualquer relação com a força de sua sentença.

A antes referida lição de Proto PISANI induz parte da doutrina brasileira a afirmar que “a situação fática da constituição provisória determinada pelo provimento antecipatório teria no plano dos fatos a mesma situação decorrente da liminar executiva e mandamental cumprida com fundamento num juízo de plausibilidade do direito, ou da provável futura constituição do direito, sem que haja a constituição provisória propriamente dita”.³⁸⁹ Não há discordância em relação a isso; todavia, parte da doutrina demonstra não conseguir entender que a constituição provisória só tem “a mesma repercussão no plano dos fatos”, só goza de efetividade, se houver cumprimento voluntário e espontâneo do demandado.

385 Por todos, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, 18. ed. São Paulo : Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999, p. 408.

386 Cap. 4.4.

387 “Se lhe bastasse a declaração de nulidade do ato ilegal praticado pela autoridade, não teria o autor ação de mandado de segurança. A legitimidade desta ação decorre da necessidade de que a tutela jurídica se realize através do reconhecimento (juízo declaratório) da ilegalidade do ato impugnado e, como consequência, mediante a expedição do mandado, de modo que os efeitos da ilegalidade se desfaçam, em cumprimento da ordem contida nesse mandado”. (SILVA, *Curso de Processo Civil*, v. 2, op. cit., p. 265).

388 WATANABE, *Da cognição no processo civil*, op. cit., p. 89 e ss.

Por isso se quer ordem, para que o comando judicial goze de efetividade e tenha meios de coerção indiretos. “Esta é a razão pela qual não se deve pedir ao juiz que conceda medida liminar prorrogando, por exemplo, um contrato por prazo determinado, cujo término é iminente, sob o fundamento de que o mesmo encontra-se tacitamente prorrogado, sem pedir o essencial, que seria, no caso, a ordem (eficácia mandamental) para que o réu tolere o exercício das faculdades outorgadas pelo contrato, como se ele, na verdade, ainda existisse”.³⁹⁰

Mas, muitas vezes apenas a ordem não resolve, embora isoladamente resolva em muitas situações. Aqui foram citados exemplos de como a doutrina e a jurisprudência — inclusive no direito comparado — tratam a reintegração no emprego. A maioria afirma que a força constitutiva não basta à reintegração, pois que é necessária ordem ao demandado. No entanto, a força mandamental não possui a carga eficaz típica de ação constitutiva; por isso a cumulação:

Exemplo desta última situação parece ser a necessária prorrogação (ou reconstituição) provisória do contrato de trabalho da empregada grávida para que continue a ter direito ao convênio médico. Isto porque a eficácia mandamental da mera reintegração no emprego não teria consequências jurídicas e fáticas (anexas) perante terceiros que não integram a relação material onde a ordem foi cumprida nem a relação processual (consequência reflexa) de onde ela emanou³⁹¹.

Embora o professor Luiz Guilherme MARINONI tenha defendido a possibilidade de ordem em ação constitutiva sem pedido cumulado, ele afirma em um de seus livros que todas as espécies de pedidos podem ser objeto de tutela antecipatória no caso de julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados.

389 CASTELO, op.cit., p. 490.

390 SILVA, *Do Processo Cautelar...*, op. cit., p. 110.

391 CASTELO, op. cit., p. 460-461.

Ou seja, podem ser tutelados antecipadamente os pedidos declaratório, constitutivo, condenatório, executivo e mandamental³⁹², insinuando a necessidade de cumulação.

Muitas vezes o pedido mandamental, fundamentado no artigo 461, por exemplo, de onde se quer ordem de não fazer, poderá requerer uma instrução processual muito mais sumarizada materialmente³⁹³, o que eventualmente poderá não ocorrer, sempre em exemplo, com um pedido constitutivo cumulado. Nestes casos, decide-se antecipadamente o pedido cumulado que não requer instrução probatória, seguindo o processo quanto ao pedido que ainda requer tempo para julgamento³⁹⁴. Não houvesse cumulação, esta possibilidade deixaria de existir, trazendo para a discussão de uma inibitória, em mais um exemplo, a discussão acerca “do dano, a culpa ou o dolo, com as alegações e provas que digam respeito a qualquer um desses elementos”³⁹⁵.

Isso tudo não quer dizer que o juiz esteja absolutamente adstrito ao pedido do autor. A atuação dos provimentos de urgência e a nova ação do artigo 461 também indicam o contrário. Isso significa que “pode o juiz conceder a tutela que considere mais adequada à satisfação da pretensão, desde que se contenha na linha do desdobramento natural do pedido”³⁹⁶. Ou seja, como a nova ação do 461

392 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipada, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 155.

393 “Embora os artigos 461 do CPC e 84 do CDC não façam surgir procedimentos documentais, a compreensão dos pressupostos da tutela inibitória permite que o procedimento inibitório não seja invadido por questões estranhas à tutela contra o ilícito. Isto quer dizer, precisamente, que a compreensão dos pressupostos da tutela inibitória faz com que o próprio procedimento inibitório torne-se um procedimento ‘sumarizado’, ou melhor, um procedimento que não admite a discussão de questões que poderiam nele ser postas na ausência de uma adequada compreensão da verdadeira fisionomia da tutela de prevenção do ilícito. (MARINONI, *Tutela Inibitória...*, op. cit., p. 260.)

394 Neste sentido, “Se o autor pediu, pode o juiz conceder uma ou algumas delas, em liminar, deixando as outras para a sentença final, desde que, evidentemente, não resulte prejuízo ao requerente, caso em que a concessão torna imperiosa”. (ALVIM, Carreira, *Tutela específica da obrigações...*, op. cit., p. 196).

395 MARINONI, *Tutela Inibitória...*, op. cit., p. 260.

396 ALVIM, Carreira, *Tutela Específica das Obrigações...*, op. cit., p. 186.

contém natureza híbrida, vale referir, executiva *lato sensu* e mandamental³⁹⁷, pode o juiz, requerida a abstenção do demandado, deferir uma tutela de remoção do ilícito, em consideração ao fato de que estes provimentos são passíveis de confirmação ao final. Nas palavras de Carreira ALVIM, são tutelas contidas na linha do desdobramento natural do pedido.

Por fim, Jorge Pinheiro CASTELO, que escreveu a mais completa das monografias acerca da antecipação de tutela, publicada pouco antes deste trabalho, criou um capítulo próprio para tratar da cumulação de pedidos. Estranho, no entanto, que o autor pareça insinuar a existência de pedido antecipatório apartado do pedido principal e autônomo em relação a este, como se fosse possível fazer um pedido final constitutivo e um antecipatório mandamental — que se resumisse à fase antecipatória —, o que parece pouco lógico e tecnicamente despropositado. Embora isso não seja dito claramente, é passível de inferência em algumas passagens de sua obra³⁹⁸. A importância disso, contudo, reside no reconhecimento da necessidade de pedidos cumulados.

397 Assim, Eduardo TALAMINI: “Concedida a tutela típica do artigo 461, acompanha-lhe, ainda que não expresso no ato decisório, a determinação do emprego de todos os meios ali dispostos para a obtenção do resultado específico. Ou seja, desde logo o provimento terá eficácia executiva *lato sensu* e mandamental. A decisão posterior que comine a multa ou defina a forma de atuação sub-rogatória apenas estará efetivando a decisão originária”. (TALAMINI, Tutelas mandamental e executiva *lato sensu*..., op. cit., p. 144).

Neste mesmo sentido: “Assim, a sentença que julga procedente o pleito de tutela específica acolhe, em ato único, os dois pedidos imediatos, ou seja, acolhe tanto o pedido mandamental quanto o executivo *lato sensu* como se fossem um só. Não se vislumbra a possibilidade de julgar procedente o pedido mandamental e improcedente o executivo *lato sensu*. A procedência do primeiro implica, necessariamente, a procedência do segundo. A sentença de procedência adquire, em único momento, as duas eficácias: a mandamental e a executiva *lato sensu*”. (SPADONI, Joaquim Felipe. Aspectos Recursais da ação para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambie, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999., p. 311).

Ainda nesta mesma linha, Marcelo Lima GUERRA reconhece que o § 5º, do artigo 461 do CPC, atribuiu “poderes indeterminados para a fixação dos meios executivos (sub-rogatórios e coercitivos) mais adequados ao conteúdo do direito a ser satisfeito” (GUERRA, Marcelo Lima. Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Processo de execução e assuntos afins. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 312).

398 “Tal qual ocorre com a cumulação de pedidos, a compatibilidade lógica entre os pedidos de tutela antecipada só é exigível nos casos de cumulação simples e de cumulação

5.2 A ABORDAGEM DO DIREITO COMPARADO E A PREVISÃO DO ANTEPROJETO BUZAID

A suspensão de deliberação social tem no direito comparado previsões específicas na lei, o que não ocorre no Brasil. Alfredo BUZAID, no anteprojeto que leva seu nome, tentou introduzir no Código de Processo Civil uma previsão específica, que seria assim disciplinada:

Artigo 889. Qualquer sócio pode requerer a suspensão de deliberação social, quando esta violar a lei, o estatuto, ou o contrato.

Parágrafo único. Esta medida só poderá ser pleiteada na pendência de ação anulatória de deliberação social.

Artigo 890. O juiz indeferirá o pedido se verificar, em seu prudente arbítrio, que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que pode derivar da execução da deliberação social³⁹⁹.

Sem a vigência da previsão concebida pelo Ministro BUZAID — excluída pelo Congresso do texto definitivo —, a suspensão de deliberação social continuou sendo deferida como cautelar inominada⁴⁰⁰. Assim, a medida ficou livre das limitações que lhe impunham o texto proposto, especificamente, em relação à legitimidade ativa e à “ação principal” anulatória.

No direito comparado, como já foi dito, há inúmeras legislações que expressamente prevêm a medida de suspensão de deliberação social. A exposição disso, todavia, não será em ponto apartado — como preferem alguns —,

sucessiva não eventual (ou sucessiva simples), em que o autor pretender a antecipação de todos os pedidos cumulados". (CASTELO, op. cit., p. 493.)

399

Anteprojeto Ministro Alfredo Buzaid. São Paulo : Saraiva, 1968, p. 828.

400

Entre outros, THEODORO JÚNIOR, *Processo Cautelar*, op. cit., p. 107.

mas no corpo do capítulo, sendo invocadas as previsões estrangeiras sempre que necessárias à ilustração do debate.

Desde já merece ser destacado que nos países onde há previsão específica, como na Itália com seu artigo 2.378, comma 4, Código Civil, a legislação fixa limitações e condições (quanto à legitimidade, por exemplo) que por certo não estão presentes no Brasil. Essas limitações, no entanto, vêm sendo afastadas pelo uso do *provvedimento atipico* do artigo 700 do C.P.C. italiano. Ou seja, quando o caso concreto não é contemplado pela previsão específica e mais restrita do Código italiano, tem-se admitido — por construção doutrinária e pretoriana — o recurso à previsão da cautelar inominada (700 do C.P.C. italiano)⁴⁰¹.

Isso interessa ao debate brasileiro, já que dessa discussão de suplementariedade da previsão geral em relação à específica pode nascer o caminho que deve ser seguido pelo debate acerca da suspensão de deliberação no Brasil, assim como de outros provimento urgentes no direito societário. É o que os italianos chamam de *“opportuno combinarsi misure cautelari tipiche ed atipiche in tema di impugnazione di deliberazioni assembleari”*⁴⁰².

Esta é a maior contribuição que o direito comparado pode oferecer à discussão.

5.3 O INTERESSE TUTELADO NA SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÃO SOCIAL

Embora matéria do campo estrito do direito societário, é oportuno abordar o que a doutrina especializada fixa enquanto interesses tutelados na

⁴⁰¹ “In tali casi è allora evidente che il ricorso all’articolo 700 c.p.c. non vuole essere, e non è, una elusione ai principi e alle condizione poste dalla norma speciale, bensì un diverso rimedio a garanzia dell’effettività del diritto d’azione” (PAPPALARDO, Marisa. *Suspensione della deliberazione assembleare a norma dell’art. 700 CPC. Rivista del Diritto Commerciale*, nº 1-2, , jan./fev. 1988, p 113).

⁴⁰² A expressão é de Stefano MECHELLI, op. cit., p. 277.

suspensão de deliberação social. Neste ponto, as posições limitam-se, ora a indicar o interesse da sociedade, ou o interesse social, ora a restringir o interesse tutelado na medida de suspensão ao interesse do sócio-autor.

Luiz Paulo Moitinho de ALMEIDA afirma que “é do interesse público que as ilegalidades cometidas pela assembléia geral, no seu deliberar, sejam denunciadas”.⁴⁰³ Alberto PIMENTA, por sua vez, fala em proteção às minorias ao indicar o interesse tutelado⁴⁰⁴.

É certo, no entanto, que o interesse geral das minorias, o interesse público, ou o interesse social, só justificam uma suspensão de deliberação social quando atrelados ao interesse do sócio-autor ou, como afirma GOMMELINI: “*Per quanto riguarda l’azione di impugnazione delle delibere assembleari di s.p.a., può oramai considerarsi superata la tesi che afferma che l’azione è data ai soci a tutela dell’interesse della società: è dominante infatti l’opinione per cui la legittimazione è data ai soci nel loro stesso interesse.*”⁴⁰⁵

É evidente que o fato do interesse tutelado na suspensão de deliberação social ser o interesse do próprio autor, não afasta, obviamente, a possibilidade de que este interesse se atrele ao interesse societário propriamente dito, ou como define Corrado FERRI:

*Orbene, nella prima ipotesi, impugnazione del socio di delibera annullabile, certamente il socio fa valere un proprio interesse (o diritto soggettivo?), che tuttavia potrebbe prospettarsi anche come tutelato in coincidenza, come occasionalmente protetto con la tutela di quello sociale*⁴⁰⁶.

403 ALMEIDA, Moitinho de, **Anulação e suspensão ...**, op. cit., p. 10.

404 PIMENTA, op. cit., p. 78.

405 GOMMELINI, op. cit., p. 948.

406 FERRI, **I procedimenti cautelari ed urgenti ...**, op. cit., p. 97.

Muito já se falou a respeito da forte restrição que há quanto às medidas urgentes no direito societário, em particular. É especificamente por isso que o interesse tutelado na suspensão de deliberação social ganha relevo; é que a doutrina vincula o rompimento daquilo que deve ser regra (não concessão de medida urgente no direito societário) ao interesse tutelado na suspensão de deliberação social. Parece ser por isso que os autores, hoje majoritários, afirmam que o interesse tutelado na medida é o do próprio sócio e atrelam-no ao interesse societário. Criam, assim, uma forma melhor de aceitar-se aquilo que muitos batizam de “indevida ingerência do Poder Judiciário na vida societária”.

É como define Alessandro MAURIZI, a suspensão serve *“alla salvaguardia di un diritto del socio ma, in funzione di un interesse superiore rappresentato dalla tutela del corretto funzionamento dell’organizzazione”*⁴⁰⁷.

Adiante será abordado tema correlato, qual seja, a discussão quanto ao mérito e à legalidade da deliberação questionada.

5.4 O OBJETO DA SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÃO SOCIAL

5.4.1 SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÃO SOCIAL E ASSEMBLÉIA

Inicialmente é preciso ressaltar que não só as deliberações tomadas em assembleias gerais (ordinárias ou extraordinárias), como presume parte da doutrina, são passíveis de suspensão. Isso porque não apenas deliberam, nas sociedades anônimas, as assembleias, mas, deliberam também e com igual repercussão jurídica, o conselho de administração, o conselho fiscal e, até mesmo,

407

MAURIZI, L’artigo 700 c.p.c. nel diritto delle società, op. cit., p. 824.

a própria diretoria. Enfim, deliberam também estes centros de poderes da administração das sociedades: os órgãos sociais.⁴⁰⁸

Neste ponto não será abordada a questão que só adiante será mais especificamente tratada: o objeto da suspensão de deliberação; se a própria deliberação, sua execução ou, como aqui ficará definido como o melhor conceito, sua eficácia.⁴⁰⁹ Esta definição, porém, é pertinente à questão da conotação restrita que fazem alguns da possibilidade de suspensão de deliberação social, limitando-a tão-somente aos casos de manifestação assemblear.

Como já foi dito, parte da doutrina restringe à assembléia o poder de deliberar, ou melhor, de gerar deliberação passível de suspensão. O argumento maior dessa parte da doutrina é de que as deliberações, ou atos deliberativos, tomados pelos diretores, gerentes nas limitadas ou conselho de administração e fiscal, devem ser levados à assembléia geral; é esta deliberação tomada em assembléia geral que seria passível de suspensão. Porém, será definido, o que se suspende não é a deliberação social, mas, sim, sua eficácia (sempre através de ordem ou atividade sub-rogatória, vale ressaltar) — por isso a remissiva anterior. Como é a eficácia que fixa o nascimento de um dos requisitos indispensáveis da antecipação — *periculum in mora* — é a existência desta mesma eficácia, quando for capaz de gerar *periculum*, que autorizará, desde que preenchidos os demais requisitos, a concessão da medida antecipada na ação cumulada.

Convém reforçar que sempre que se falar em suspensão da deliberação, deve-se considerar o acúmulo conceitual fornecido pela dissertação, ou seja, o juiz não defere a “suspensão da eficácia”, antecipando desconstituição, mas impõe um fazer ou um não fazer, ‘ordena’ à sociedade demandada, para que a eficácia da deliberação atacada não produza os efeitos que se mostraram, em

408 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 2.ed. São Paulo : Saraiva, 1995, v. 2, p. 132.

409 cf. item 5.4.2 - A suspensão da eficácia da deliberação - suspensão de deliberação já executada.

cognição sumária, geradores de risco autorizador dessa decisão sumária. Isso, evidentemente, não será sempre recorrente, o que não obsta a interpretação sistemática destes conceitos.

Dizer que as deliberações assembleares podem ser objeto de suspensão de deliberação social significa dizer que enquanto não houver deliberação final de assembléia estará obstado o nascimento de *periculum in mora*. A fragilidade da restrição, feita a observação, denota-se evidente. O direito administrativo já abordou o problema quando discutiu o esgotamento da via administrativa como requisito de admissibilidade da provocação da tutela jurisdicional. As razões daquele debate servem a este. Não se pode exigir que um agente da sociedade exaure a discussão interna para poder requerer ao judiciário; pois, admitida a hipótese, se estaria dizendo que o *periculum* só está autorizado a “nascer” ao aviso final da sociedade comercial que a discussão interna findou. A fragilidade disso, repita-se, é evidente.

Sempre que qualquer órgão social deliberar, e esta deliberação adquirir eficácia capaz e suficiente para não poder prescindir de uma *summaria cognitio* do Poder Judiciário sob pena de *periculum*, seja qual for o órgão societário, esta deliberação é passível de suspensão. Parece ir nessa direção a observação de Ovídio B. SILVA:

Igualmente, parece-nos cabível a suspensão cautelar dos efeitos de uma deliberação que se acuse ilegal, praticada pelos administradores de qualquer sociedade, mesmo que a lei, os estatutos outorguem aos interessados a faculdade de recorrer a órgãos societários de hierarquia superior. Precisamente aqui poderia residir a necessidade da medida cautelar, justamente para suspenderem-se os efeitos da deliberação, enquanto o órgão social superior o reexamina.⁴¹⁰

Assim também se posiciona Guilherme FERNANDES NETO.⁴¹¹ Da simples análise dos poderes de um conselho de administração de uma sociedade anônima, citados pelo professor paranaense Rubens REQUIÃO⁴¹², exsurge a necessidade de se estender aos demais órgãos sociais a possibilidade de que seus atos sejam suspensos através desta medida liminar. Neste mesmo sentido, a companhia quando prescindir do conselho de administração, estabelecendo a constituição apenas da diretoria, desempenhará, segundo REQUIÃO, todas as funções administrativas, traçando a política geral dos negócios da sociedade e executando-a, como o estatuto determinar⁴¹³. Aqui também se evidencia a importância da suspensão das deliberações desses demais órgãos.

Maria Pia Calderon CUADRADO, professora titular de processo na Universidade de Valência, em recente obra acerca da tutela cautelar no direito espanhol, ao tratar da *Suspensión de acuerdos impugnados de sociedades, asociaciones y entes asimilados*, batiza o título específico de “*Supensión de acuerdos impugnados de junta general y consejo de administración de sociedad anónima y asamblea de sociedad cooperativa*.”, evidenciando a possibilidade oferecida pelo direito espanhol, o qual tem cautelares nominadas para tratar do tema⁴¹⁴, de suspender não só as decisões tomadas em assembléia como as emanadas do *consejo de administración*⁴¹⁵.

411 Fernandes Neto, op. cit., p. 48.

412 “Daí a competência ampla do conselho de administração que, como componente do órgão de execução, estabelece a política econômica, social e financeira a ser seguida pela sociedade e exerce permanente vigilância sobre os executivos lotados na diretoria. A lei traça, num quadro amplo, essa competência: I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia; II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto; (...); IV - convocar assembléia geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132 (isto é, assembléia geral ordinária); (...); VIII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição; VIII - autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais, e a prestação de garantias e obrigações de terceiros (...). (REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, v. 2, op. cit., p. 158 e 159).

413 Ibid, p. 160.

414 Ley de Sociedades Anónimas (RD Ley 1564/1989, de 22 de diciembre). Ley de Sociedades de responsabilidad Limitad (Ley 2/1995, de 23 de marzo) e Ley de Sociedades Cooperativas (Ley 3/1987, de 2 de abril), e, inclusive, a Ley de las sociedades desportivas (10/1990, de 15 de octubre).

415 RAMOS, Manuel Ortells; CUADRADO, Mária Pía Calderón. *La tutela judicial cautelar en el derecho español*. op. cit., p. 98.

O professor Ovídio SILVA, com razão, vai além ao estender a possibilidade de suspensão não apenas aos órgãos societários colegiados, ao admitir que as decisões unipessoais de administradores e gerentes podem, em princípio, fundar a necessidade de tutela cautelar, uma vez que os administradores e gerentes também deliberam.⁴¹⁶

Esta posição é, sem dúvida, a mais correta para a questão.

5.4.2 A SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DA DELIBERAÇÃO. SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÃO JÁ EXECUTADA

A adoção do melhor critério de definição do conteúdo da providência de suspensão de deliberação social encontra repercussão nos demais pontos deste trabalho, o que torna preponderante a abordagem.

Vale aqui, mais uma vez, o alvitre quanto à terminologia adotada. Suspende a eficácia nada mais é do que ‘ordenar’ um fazer ou um não fazer que represente à sociedade a suspensão da eficácia da deliberação impugnada. Como já se observou, não se desconstitui antecipadamente, mas, em verdade, manda que se tenha por provisoriamente desconstituída a deliberação. Isso não deve causar qualquer surpresa, pois mesmo que se considere a suspensão de deliberação social como uma medida cautelar, a sua atuação se daria através de ordens, já que para a maioria da doutrina o provimento cautelar é sempre mandamental. É interessante repetir que o espanhol Francisco Ramos MENDEZ, quando fala em *suspensión de acuerdos sociales* o classifica como uma “medida cautelar fundada em obrigações de fazer e não fazer”⁴¹⁷. Celso A. BARBI também explica que o juiz não suspende diretamente o ato na liminar do mandado de segurança, numa espécie de

⁴¹⁶ Silva, Ovídio Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro : Forense, 1979, p. 431.

desconstituição sumária e provisória — como parece supor Priscila Corrêa da FONSECA⁴¹⁸ —, mas “ordena a suspensão”⁴¹⁹. **A suspensão é, portanto, ordem de fazer ou não fazer.** Com esta ressalva o ponto deve ser visto.

Ademais, já foi dito que o fato da suspensão de deliberação social constituir, em verdade, ordem à sociedade, não deve impressionar ninguém. A suposta ilegalidade antecipadamente se desfaz em cumprimento da ordem contida nesse mandado, o mesmo ocorrendo com a liminar no mandado de segurança.

Com a ressalva, é preciso dizer que a parte da doutrina que trata da matéria defende que o conteúdo da medida é a suspensão da própria deliberação, representada por uma anulação provisória, antecipada. É o caso de FALZONE, *“secondo il quale l’oggetto specifico del provvedimento sospensivo sarebbe l’atto in sé e non gli effetti che questo produce”*⁴²⁰. O Código de Processo Comercial Português, de 1896, incluía a suspensão de deliberações sociais entre os processos especiais (Livro II, Título IV, Capítulo III) e falava também (artigo 115) em suspensão da própria deliberação⁴²¹.

Esta solução não serve, visto que as antecipações de declarações ou constituições negativas, embora possíveis, em regra não têm qualquer utilidade, não gozam de efetividade, como já foi amplamente exposto. Ocorre, na verdade, um juízo declaratório, ou desconstitutivo, de verossimilhança a servir de suporte para antecipação de um efeito mandamental ou executivo, constante na demanda cumulada. Anulação e suspensão operam em campos diversos, como observa GOMMELLINI ao afirmar que *“dobbiamo infatti osservare che la statuizione sospensiva*

417 MENDEZ, op. cit., p. 955.

418 Fonseca, P. C., op. cit., p. 66-71.

419 BARBI, op. cit., p. 151-153.

420 *Apud* GOMMELLINI, op. cit., p. 943.

421 “Todo o accionista que houver protestado em assembléia geral contra deliberações nela tomadas, em oposição às disposições expressas na lei e nos estatutos, e as queira fazer suspender, assim o deverá requerer (...)” (PIMENTA, A. op. cit., p. 6.)

opera su un piano diverso da quello su cui incide la pronuncia pretensamente anticipata, e cioè la decisione di annullamento"⁴²². Mais adiante, o autor italiano afirma que não pode haver anulação provisória: *"In ciò, si ha l'ulteriore conferma dell'impossibilità di attribuire al provvedimento di sospensione il carattere e la portata di un'anticipazione, sia pou provvisoria della pronuncia di annullamento"*⁴²³.

Já a previsão que constava do Anteprojeto Buzaid, em atenção ao que dispunha o Código Civil italiano, embora o artigo 889 falasse em suspensão da deliberação social, optou pela suspensão da execução da deliberação social, como consta do artigo 890 (O juiz indeferirá o pedido se verificar, em seu prudente arbítrio, que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que pode derivar da execução da deliberação social).

Também na previsão do direito italiano (artigo 2.378, 4º, C.P.C) a referência é quanto à execução da deliberação (*Il presidente del tribunale o il giudice istruttore, sentiti gli amministratori e i sindaci, può sospendere, (...), l'esecuzione della deliberazione impugnata*). Na previsão atual do direito português, artigo 396 do Código de Processo Civil, há igualmente menção à execução da deliberação (se alguma associação ou sociedade, seja qual a sua espécie, tomar deliberações contrárias à lei, aos estatutos ou ao contrato, qualquer sócio pode requerer, no prazo de cinco dias, que a execução dessas deliberações seja suspensa). A previsão legislativa argentina mencionada (artigos 251 e 252 da vigente Lei de Sociedades Anônimas) também trata a questão da mesma forma.

Já foi mencionada neste trabalho a importância da discussão doutrinária do direito italiano quanto à complementariedade da cautelar denominada *ex* artigo 700 do C.P.C. italiano em face a uma cautelar nominada, em especial a previsão do artigo 2.378, comma 4, Código Civil. Neste ponto a discussão volta a interessar, pois a previsão específica da suspensão do direito italiano, nas palavras

422 GOMMELINNI, op. cit., p. 943.

423 Gommellini, op. cit., p. 945.

de BONACCORSI, *vuole solo impedire che la delibera sia eseguita*⁴²⁴. Assim se posiciona boa parte da doutrina especializada: fixa o conteúdo da suspensão de deliberação na suspensão de sua execução ou de seus atos executivos.

Entretanto, o debate italiano logo constatou que havia deliberações que prescindiam de execução, classificando-as como deliberações *self-executing*. Uma vez constatado que não apenas os atos que dependem de execução poderiam gerar prejuízo que autorizasse a propositura de suspensão de deliberação social, a doutrina italiana passou a defender, para estes casos, a utilização da previsão inespecífica do artigo 700, já que a previsão específica do Código Civil expressamente referia-se apenas à 'suspensão da execução'. É o que explica MECHELLI: *"Infatti, escludendo ogni deliberazione self executing dall'applicazione della sospensione 'dell'esecuzione' della deliberazione, anche per il caso della sostituzione degli amministratori verrebbe meno la possibilità di applicare il rimedio tipico"*⁴²⁵.

Porém, como a doutrina italiana constatou, no confronto aparente gerado pela "discussão de suplementariedade", a suspensão da execução é conceito insuficiente para definir o conteúdo da suspensão de deliberação social. Por muito tempo a jurisprudência italiana negou a suspensão das deliberações que prescindiam de execução, como ressalta GOMMELLINI⁴²⁶. Só após a constatação de que aqueles atos deveriam ser passíveis de suspensão é que o direito italiano passou a valer-se da previsão inominada para abrigar as pretensões de suspensão de deliberações *self executing*:

Infine, quando ci si trovasse di fronte a deliberazioni self executing che esauriscano per intero la loro efficacia nel mondo giuridico e segnatamente nel

424 BONACCORSI, La tutela cautelare d'urgenza contro le delibere assembleari, op. cit., p. 700.

425 MECHELLI, op. cit., p. 289-290.

426 *"La sospendibilità di queste deliberazioni è stata più volte negata dalla giurisprudenza fondamentalmente sulla base del rilievo che l'articolo 2378 riferisce espressamente il provvedimento di sospensione alla esecuzione dell'atto assemblear."* (GOMMELLINI, op. cit., p. 957).

*riflesso interno dell'organizzazione societaria, l'assenza di rimedi cautelari non potrebbe porsi come un problema.*⁴²⁷

Foi esta a solução adotada por parte da doutrina e da jurisprudência italiana. Outra parte resolveu o problema dando interpretação extensiva à previsão do Código Civil, oferecendo ao termo *"esecuzione"* o significado de *"efficacia"*⁴²⁸. Desta discussão denota-se que razão assiste àqueles que fixam o conteúdo da medida abordada na suspensão da eficácia da deliberação social⁴²⁹.

Eficácia é a capacidade do ato em produzir efeitos⁴³⁰ e é exatamente a produção dos efeitos — eficácia — da suspensão de deliberação que se quer evitar. Na expressão de MAURIZI, a suspensão serve para *"evitare che tali effetti — pregiudizievoli — si producano"*⁴³¹. Revogada a suspensão, explica Corrado FERRI, *"l'atto deliberazione torna ad essere produttivo degli effetti che era idoneo a produrre al momento dell'inibitoria"*⁴³². Tanto Maria Pia Calderon CUADRADO⁴³³ como Ignacio GIMÉNEZ⁴³⁴, ao tratar da medida no direito espanhol, valem-se da expressão *"suspensión de la eficacia del acuerdo"*. Ovídio B. SILVA também fala em suspensão cautelar dos efeitos da suspensão⁴³⁵.

427 MECELLI, op. cit., p. 290.

428 Neste sentido, ZAGANELLI C., Sulla sospensione di delibere di nomina di amministratori di società per azioni e cooperative. Giur. Comm., 1976, v.2, p. 363 ss.

429 Entre outros, neste sentido, MAURIZI, A., L'articolo 700 c.p.c. nel diritto delle società, op. cit., p.817.

430 "Em correspondência com o duplo enfoque dos efeitos acima expostos, pode-se falar de eficácia como simples aptidão para produzir efeitos (em potência) ou como conjunto de efeitos verdadeiramente produzidos (em ato)". (CASTELO, op. cit., p. 411).

431 MAURIZI, Sulla sospensione, con il provvedimento d'urgenza, della convocazione di una assemblea di società, Rivista del Diritto Commerciale, nº 1-2, Roma, 1992, p. 51.

432 FERRI, I procedimenti cautelari ed urgenti ..., op. cit., p. 108.

433 RAMOS, Manuel Ortells; CUADRADO, María Pia Calderón. La tutela judicial cautelar en el derecho español. op. cit., p. 99.

434 GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo; SANTOS, Andrés de la Oliva. Especialidades procesuales en la Ley de Sociedades Anónimas Madrid 1990, p. 437.

435 SILVA, Do processo cautelar, op. cit., p. 125.

Ao juiz — na perspectiva do caso concreto —, visto que deve evitar a produção de efeitos e não só ordenar a não execução da deliberação atacada, cabe analisar a forma de produção de efeitos da deliberação para ditar o conteúdo do mandado (ou eventualmente executar) necessário a obstar que quaisquer efeitos produtores de ‘risco’ sejam evitados. Isso tem relevância prática, como se infere do intenso debate que a matéria ganhou na Itália. Há deliberações societárias que prescindem de qualquer ato posterior do administrador para produzir efeitos; prescindem, por isso, de execução e constituem as deliberações *self executing*, como as classificou a doutrina italiana. Também estas, ao lado das que devem ser ‘executadas’ pelos administradores, são passíveis de suspensão.

E é na construção da ordem, na construção do mandado judicial que essa idéia deve estar ancorada. Nada de novo nisso, valendo novamente recorrer a Ovídio BAPTISTA quando o autor aponta que a suspensão de ato se dá mediante a expedição do mandado, de modo que os efeitos da ilegalidade se desfaçam em cumprimento à ordem contida nesse mandado.⁴³⁶

Definido o conteúdo da medida como a suspensão da eficácia da deliberação atacada, é preciso dizer que nem todos os efeitos produzidos por uma deliberação são, necessariamente, suspensos com a concessão da medida, com o que dissente Priscila Corrêa da FONSECA, apoiada em LOBO XAVIER.⁴³⁷ Aqui mais uma razão, entre outras, para que o entendimento de que a medida suspende a deliberação em si seja afastado. Assim fosse — e não é, pelos motivos já expostos —, deferida a suspensão porque algum dos efeitos produzidos poderia gerar prejuízo a direito, toda a deliberação estaria afastada.

A conclusão é lógica: não basta, para o deferimento da medida, a alegação de contrariedade à lei ou ao estatuto/contrato social: verossimilhança. A isso soma-se a exigência do justificado receio de ineficácia do provimento final

436

SILVA, *Curso de Processo Civil*, op. cit., v. 2, p. 355.

437

FONSECA, P. C., op. cit., p. 78-79.

que a produção de determinados efeitos da deliberação questionada pode gerar. Logo é possível imaginar uma deliberação questionada a qual apenas parte da eficácia total gerada ocasiona efeitos prejudiciais ao direito da parte. Também é possível imaginar que a parcela eficaz gerada que não produza efeitos prejudiciais, produza, com a eventual suspensão, *de contre*, efeitos maiores do que poderia gerar a não-suspensão. É certo que não se defere a medida quando a suspensão gerar prejuízo maior do que a não-suspensão. Nesse caso, cumpre ao juiz, na construção da ordem constante do mandado, suspender unicamente a eficácia que, sob a alegação da parte, seja responsável pela produção dos “efeitos prejudiciais”, mantendo intacta a eficácia restante.

É o que pensa, por exemplo, Corrado FERRI:

*In altri termini, la delibera, anche se sospesa, non produce soltanto quegli effetti il cui verificarsi pregiudicherebbe il diritto sostanziale dell'impugnante (o meglio, del socio opponente), ma il provvedimento cautelare non la annulla né la rende certamente priva di qualsiasi efficacia.*⁴³⁸

É possível questionar a suspensão de deliberação social que não produza, pelo menos de imediato, efeito algum — uma deliberação de eficácia diferida. Imagine-se a hipótese de deliberação que fixa prazo para o início da vigência — início da eficácia (“dentro de dois anos, contra o que prescreve o estatuto, o pró-labore dos diretores será multiplicado por vinte”). Desde sua aprovação é possível buscar a anulação, mas não há, por inexistência de eficácia, ‘justificado receio de ineficácia do provimento final’ a fundamentar a demanda sumária de suspensão (em ação cumulada). Na iminência ou iniciada a vigência sem que haja sentença na anulatória, nasce o *periculum* que autoriza a concessão da medida de suspensão da eficácia da deliberação atacada, sempre através de ordem em ação cumulada. A eficácia representa, por conseguinte, a manifestação provocadora do nascimento do *periculum*.

Dito isto, passa-se ao último item de análise do ponto.

Moitinho de ALMEIDA, apoiando-se em Manuel Baptista LOPES e boa parte da jurisprudência portuguesa, afirma: “Também é essencial para a suspensão poder ser decretada que a deliberação social de que resulta não tenha sido ainda executada, pois que não podem ser suspensas as deliberações já executadas.”⁴³⁹

O doutrinador português, entretanto, não tematiza sobre sua premissa. O início da produção de efeitos da deliberação social não obsta, de forma alguma, a concessão de provimento suspendendo a continuidade da produção destes efeitos. A dedução é singela, pois é claro que tal não significa que a tutela sumária passe a fazer as vezes da tutela reparatória. Os efeitos jurídicos produzidos antes da concessão da medida não serão evidentemente desfeitos pela concessão. MARINONI, tratando da inibitória, explica a questão:

A tutela inibitória, na hipótese de que o ilícito já tenha sido praticado, preocupa-se com o perigo da sua continuação ou repetição. Neste caso, como é óbvio, não importa o ilícito que já foi praticado, mas apenas a probabilidade da sua continuação ou repetição.⁴⁴⁰

No exemplo antes referido (fixação de pró-labore em desacordo com o estatuto), o recebimento pelos diretores de ilegal pró-labore por três meses não obsta, é óbvio, a concessão de suspensão dos efeitos da deliberação que os fixou em desacordo com o estatuto, evitando, assim, a continuidade dos recebimentos. O que a suspensão não alcança, porque aí o campo é exclusivo da tutela reparatória, é o pró-labore já recebido em nome da eficácia não suspensa antes do deferimento da demanda sumária.

439

ALMEIDA, Moitinho, op. cit., p. 161.

5.5 A LEGITIMIDADE AD CAUSAM

5.5.1 A LEGITIMIDADE ATIVA

É de fundamental importância definir a quem se outorga legitimidade ativa à propositura da demanda de suspensão de deliberação social, assim como proceder a definição do passivamente legitimado a esta demanda. Este ponto, como de resto os demais, tem raras manifestações na doutrina brasileira.

É pertinente se iniciar pela regra constante da multicitada previsão do Anteprojeto Buzaid, embora o seu autor, como já foi lembrado à exaustão, classificasse a medida como cautelar:

Artigo 889. Qualquer sócio pode requerer a suspensão de deliberação social, quando esta violar a lei, o estatuto, ou o contrato.

Novamente constata-se que a não-promulgação da cautelar nominada de suspensão de deliberação social bem serviu ao direito brasileiro. Em vigência estivesse a citada previsão, apenas aos sócios estaria outorgada a legitimidade ativa à propositura da demanda. E a matéria, isso será constatado, comporta melhor solução.

Neste ponto interessa ressaltar as peculiaridades próprias desta ação que, em face da regra doutrinária geral acerca da legitimidade, indicam a melhor definição possível. Esta regra apresenta-a, pelos demais, Giovanni CHIOVENDA:

Com esta quer significar-se que, para receber o juiz a demanda, não basta que repute existente o direito, mas faz-se mister que o repute pertencente

àquele que o faz valer. Ou seja, que reconheça a identidade da pessoa do autor com a pessoa a quem a lei favorece (legitimação ativa), e a identidade da pessoa do réu com a pessoa a quem é contrária a vontade da lei (legitimação passiva).⁴⁴¹

Para LIEBMAN, a legitimidade é a pertinência da ação àquele que a propõe e em confronto com a contraparte⁴⁴². SATTÀ ensina que *“la legittimazione è una situazione soggettiva, una relazione di un determinato soggetto col provvedimento che viene invocato dal giudice. Ciò sia attivamente che passivamente, perchè alla legittimazione attiva (ad agire) si fa corrispondere la legittimazione passiva (acontraddire)”*⁴⁴³.

A discussão quanto à suplementariedade da inominada em face de cautelar nominada no direito italiano, antes já invocada, também auxilia o debate quanto à legitimidade, ativa e passiva, na suspensão, pois que enquanto o artigo 2.377 do Código Civil italiano outorga legitimidade à impugnação da deliberação aos sócios, conselheiros fiscais e administradores, o artigo seguinte do mesmo diploma, que trata especificamente da suspensão, *“si limita a stabilire che il provvedimento può essere richiesto ‘dal socio oponente’, e non fa alcun cenno agli soggetti, amministratori e sindaci, appunto, indetti nell’articolo 2377 c.c.”*⁴⁴⁴.

A limitação à legitimidade ativa está também no direito espanhol quando define que *“La suspensión de eficacia del acuerdo tan sólo podrá concederse si concurriendo los presupuestos examinados es solicitada por el demandante o demandantes que representen al menos un cinco por ciento del capital social (o el diez por ciento de los votos sociales).”*⁴⁴⁵

441 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 258-259.

442 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Problemi del Processo Civile**. Milano : Morano Editore, 1962, p. 46.

443 SATTÀ, Limiti di applicazione del provvedimento d’urgenza, op. cit., p. 109.

444 GOMMELLINI, op. cit., p. 963.

445 RAMOS e CUADRADO, *La tutela judicial cautelar...*, op. cit. p. 99-100.

O direito português limita mais ainda a legitimidade ativa à suspensão — decorrente da legitimidade à anulação — ao restringi-la aos sócios que não tenham votado a deliberação impugnada⁴⁴⁶. Alberto PIMENTA chega a fazer coincidir a legitimidade para as ações de suspensão e anulação de deliberação social com a legitimidade para o exercício do direito de voto⁴⁴⁷.

Elencadas as restrições que faz a doutrina estrangeira à legitimidade ativa à propositura da 'demanda de suspensão', ditadas, é verdade, muito mais pelas disposições expressas que têm em seus ordenamentos, como as teria o brasileiro com promulgação da previsão do Anteprojeto Buzaid — mas não as tem —, é preciso definir como deve portar-se a doutrina nacional na definição quanto à legitimidade ativa.

Antes, porém, convém analisar como se comporta o direito comparado face às limitações que lhe impõe a legislação, em especial o direito italiano.

Como foi visto, o Código Civil italiano limita ao sócio oponente a legitimidade ativa à propositura da demanda. A primeira limitação está, portanto, em legitimar não todos os sócios, mas apenas o sócio oponente. Justifica a doutrina, que aceita esta limitação, valendo-se do argumento de que ninguém pode agir contra fato próprio, posição resumida pelo julgado italiano que sentenciou que *"le deliberazioni dell'assemblea di una società anonima non possono essere impugnate con l'azione di cui all'articolo 163 cod. comm. dal socio che abbia concorso a formale col proprio voto favorevole."*⁴⁴⁸

446 ALMEIDA, Moitinho, op. cit., p. 39 ss.

447 PIMENTA, op. cit., p. 21.

448 FONSECA, P. C., op. cit., p. 88.

No entanto, há tempos, a maior parte da doutrina italiana, incluindo VIVANTE⁴⁴⁹, admite ao sócio *consenziente* o direito de impugnar e, neste sentido, o direito de requerer a suspensão da deliberação social. Dois os motivos: o primeiro, invocado por VIVANTE, aduz que o sócio, ao votar favoravelmente, não assume nenhum vínculo contratual; o segundo, citado por Corrêa da FONSECA, assevera que a hipótese de erro é muito freqüente, especialmente diante de deliberações que envolvam assuntos complexos, que requeiram o exame de numerosos documentos como aprovação de balanço, contas de administradores etc.⁴⁵⁰

Assim, a todos os sócios deve ser outorgada a legitimidade ativa à ‘suspensão de deliberação social’. A todos os sócios, vale frisar, individualmente, lembrando que a previsão espanhola assevera que “*la suspensión de eficacia del acuerdo tan sólo podrá concederse si (...) es solicitada por el demandante o demandantes que representen al menos un cinco por ciento del capital social*”. No Brasil, como não existe tal previsão, a ninguém é lícito impor a aludida restrição ao direito de demandar a suspensão. Contudo, depreende-se da norma do direito espanhol a preocupação com a seriedade da iniciativa, impondo a irresignação de um número mínimo de sócios para justificar a possibilidade de propositura. No Brasil, sem a previsão legal expressa, ao juiz é possível valorar a demanda de suspensão partindo-se da premissa, expressamente fixada na Espanha, de que a suspensão requerida por um sócio isolado, *a priori* e sem a análise dos demais elementos, apresenta, em regra, um grau menor de verossimilhança do que uma demanda proposta por um percentual expressivo do capital social.

A inexistência de regra expressa neste sentido impõe ao juiz esta valoração, sempre considerando que “*appare infine la considerazione che il legislatore si è limitato a prevedere la quota minima di capitale, garantire la serietà dell’iniziativa processuale in relazione alla gravità dei provvedimenti che potrebbero essere emanati*”⁴⁵¹.

449
1935, p. 256.

VIVANTE, Cesare, *Trattato di diritto commerciale*, 5ª ed., v. 2, Milano : Vallardi,

450

Fonseca, P. C., op. cit. p. 88.

451

BONGIORNO, op. cit., p. 139.

É oportuno assinalar que não apenas ao sócio *consenziente* e isolado deve-se outorgar legitimidade. Na Itália, onde o artigo 2.378 do Código Civil afastou a possibilidade de suspensão oferecida para impugnar, pelo 2.377, ao conselheiro fiscal e ao administrador, a doutrina e a jurisprudência trataram de afastar, por uma ou outra interpretação, a limitação legal.

Quem sustenta a limitação apresenta argumentos que poderiam valer mesmo em face do ordenamento brasileiro. Afirma-se que *“l’esecuzione della delibera inavalida dovrebbe essere pretermessa da parte degli amministratori che avrebbero l’obbligo di non dare esecuzione”*.⁴⁵² Também sustenta-se a restrição com a explicação *“secondo cui il legislatore avrebbe escluso gli amministratori del potere di chiedere al giudice la sospensione poichè essi, autonomamente, anche in mancanza di una pronuncia del giudice, potrebbero non eseguire le deliberazioni assembleari invalide”*⁴⁵³.

Essa posição, entretanto, não deve prevalecer. Primeiro, porque já se viu que não se fala em suspensão da execução da deliberação, mas em suspensão da eficácia. Neste sentido há deliberações que reclamam suspensão e prescindem de execução, porquanto produzem efeitos independentemente de qualquer ‘ato executivo’ do administrador. Se há deliberações que produzem efeitos à revelia do administrador, não há como negar-lhe legitimidade. Parece este o caminho que Vittorio Ragusa utiliza para refutar os autores que obstaculizam a legitimidade aos administradores:

*Ma poi questa spiegazione non sempre si adatta agli stessi amministratori: essa non comprende infatti tutte le ipotesi in cui non si richieda un’attività esecutiva da parte di questi; penso, in particolare, a quella che mi sembra la più importante di queste ipotesi, e cioè alla revoca degli amministratori.*⁴⁵⁴

452 FERRI, I procedimenti cautelari ed urgenti ..., op. cit., p. 90.

453 RAGUSA, op. cit., p. 140.

454 RAGUSA, op. cit., p. 142.

Por isso, com mais razão deve-se reconhecer a legitimidade do conselho fiscal que não dispõe de poder para 'executar' as deliberações sociais. Aqui, evidentemente, é preciso destacar, mais uma vez, que a suspensão não é antecipação de anulação ou nulidade, não é regulação provisória, é apenas ordem com base em juízo sumário. Para que a legitimidade ativa dos administradores seja reconhecida é preciso que no caso concreto seja possível a expedição de mandado contra quem possa obstar a produção de efeitos atacados, a sociedade. Só assim a possibilidade deve ser analisada. Ao início do trabalho, já se abordou a impossibilidade de o administrador buscar um *accertamento* provisório de seus atos, por absoluta inutilidade do provimento.

A segunda razão a fixar a necessidade de se outorgar legitimidade ao administrador tem em vista que, ainda que se possa dizer que o administrador não deve 'executar' a deliberação inválida (ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude da lei), no âmbito do processo não há deliberação válida ou inválida, há apenas alegação de validade ou invalidade. Sempre que o administrador propuser uma suspensão haverá alegação de validade analisada exclusivamente em grau de verossimilhança. E constatada a validade da deliberação, o administrador inerte, que obstar sua produção de efeitos — porque equivocadamente a imaginou inválida —, responderá perante à sociedade por sua inércia, como adverte Stefano MECHELLI:

*è evidente, infatti, che se l'amministratore impugna una deliberazione perché convinto della sua invalidità, confidando in un prossimo annullamento, egli potrà direttamente tutelarsi contro l'eventualità di dover rispondere verso la società semplicemente non eseguendo la deliberazione.*⁴⁵⁵

Corrêa da FONSECA presume que o administrador possa requerer a suspensão, havendo hipóteses de deliberações complexas que não indicam, *prima facie*, a invalidade, e, portanto, seria lícito aos administradores provocar a tutela

jurisdicional para determinar ou não a validade⁴⁵⁶. Entretanto, o que deixa de constatar a autora é que no âmbito do processo, em especial o de cognição sumária, a invalidade será sempre alegação avaliada em grau de verossimilhança. Logo, pode sempre o administrador questionar a validade da deliberação e, assim, legitimar-se a requerer sua 'suspensão'. Pelos mesmos motivos, os conselheiros fiscais.

Aqui vale notar que o administrador não vai ao judiciário para buscar um *accertamento* provisório de seus próprios atos, mas buscar uma ordem contra a sociedade (que nesta ação por ele não poderá ser representada) para que a deliberação tomada pela assembléia (nunca pelo próprio administrador) não produza os efeitos que indicam, em cognição sumária, ilegalidade capaz de gerar risco.

Parece óbvio, mas é oportuno dizer que os administradores ou conselheiros fiscais, que aos cargos somem a condição de sócio, requerem a suspensão, afastada a legitimidade pelo cargo — o que se põe apenas para argumentar — na simples condição de sócio, *consenziente* ou não⁴⁵⁷.

Fossem as limitações quanto à legitimidade juridicamente plausíveis, os italianos, que as têm em previsões legais expressas, tê-las-iam aceito. Mas não as aceitaram, abrindo caminho diverso através da construção pretoriana, o que reforça a convicção de que não há qualquer razão para que prevaleçam no direito brasileiro.

Parte da doutrina, incluindo GOMMELLINI, pensa "*che per consentire ad amministratori e sindaci di ottenere l'emanazione di un provvedimento giudiziale di sospensione si potrà applicare in via analogica l'articolo 2.378, dettato espressamente per il*

456 FONSECA, P. C., op. cit., p. 97.

457 Neste sentido, RAGUSA, op. cit., p. 148-149; FONSECA, P. C., op. cit., p. 95-96.

socio opponente, e non invece l'articolo 700 c.p.c.”⁴⁵⁸. MECHELLI defende que aos não-legitimados pela previsão específica o caminho é o *ex* artigo 700 Código de Processo Civil⁴⁵⁹; ainda neste sentido, Vittorio RAGUSA⁴⁶⁰.

O importante aqui é caracterizar a incongruência lógica dos que pretendem restringir a legitimidade ativa. O direito italiano, vale repetir, tem previsão específica que se afasta por providências da doutrina e jurisprudência, isso porque *“si deve concludere che non esistono ragioni di ordine logico che si oppongano alla concessione ad amministratori e sindaci del potere di chiedere la sospensione”*.⁴⁶¹

Também não há como negar legitimidade a terceiros, pois, como leciona Alberto PIMENTA, deve-se conferir “legitimidade a todo aquele que nisso (impugnação e suspensão) tenha um interesse legítimo.”⁴⁶² Neste mesmo sentido, Juan de LEYVA Y ANDIA⁴⁶³.

Não se deve, ainda, fazer qualquer distinção entre legitimidade ativa para requerer suspensão de deliberações nulas e anuláveis, como querem, por exemplo, Ignacio Díez-Picazo GIMÉNEZ e Andrés de La Oliva SANTOS⁴⁶⁴. Como há, sem restrições, legitimidade à suspensão na concomitante ação constitutiva negativa cumulada, há de igual forma, na ação eventual declaratória cumulada.

⁴⁵⁸ GOMMELLINI, op. cit., p. 969.

⁴⁵⁹ MECHELLI, op. cit., p. 292.

⁴⁶⁰ *“Previsti dall'articolo 2377 quali soggetti legittimati ad impugnare le deliberazioni assembleari prese in difformità dalla legge o dall'atto costitutivo, questi ultimi soggetti non vengono poi contemplati nel quarto comma dell'articolo 2378. Se dunque si dimostrasse esatta la tesi del Pretore di Bergamo si dovrebbe ammettere la loro legittimazione a chiedere la sospensione, e ciò non col provvedimento previsto dall'articolo 2378, ma con quello sussidiario previsto nell'articolo 700.”* (RAGUSA, op. cit., p. 131).

⁴⁶¹ Ibid, p. 147.

⁴⁶² PIMENTA, op. cit., p. 69.

⁴⁶³ LEVYAY ANDIA, Juana de. *Impugnación de acuerdos en las sociedades anónimas según el derecho vigente en España*. In: *La società per azioni alla metà del secolo XX*. Padova : Cedam, 1962, Studi in memoria di Angelo Sraffa., p. 509.

Resta a análise, muito mais simples, da legitimidade passiva nas 'suspensões de deliberações sociais'.

Uma citação de Bernardino SCORZA resume toda a questão:

La persona giuridica, non avendo una vita naturale propria in modo da poter dar luogo a manifestazioni di volontà, esercita la capacità d'agire mediante gli organi - uffici e persone fisiche - la cui attività dal punto della persona e non ha vita giuridica a sè: non è titolare di diritti, bensì di competenze, cioè della possibilità di esercitare diritti che sono della persona giuridica della quale l'organo è parte e neppure è titolare di poteri giuridici nei confronti della persona giuridica.

Dessa maneira o autor resume a idéia: "*Mentre l'attività dell'organo è sempre e soltanto attività della persona giuridica.*"⁴⁶⁵

Moitinho de ALMEIDA também transita nesta direção, afirmando: "*a deliberação anulada é um acto da sociedade, cuja individualidade jurídica não se confunde com a dos sócios, que só reflexamente têm interesse no acto praticado, localiza-se na própria sociedade, pelo menos em princípio, o interesse directo em contradizer, que consubstancia a legitimidade (...)*"⁴⁶⁶. Ignacio Díez-Picazo GIMENEZ e Andres de La Oliva SANTOS, no direito espanhol, também confirmam a exclusividade da sociedade no pólo passivo da suspensão de deliberação social.⁴⁶⁷

O único alvitre interessante que o tema pode merecer, como adverte Corrêa da FONSECA, é que quando aquele que pelo estatuto ou contrato social deve

464 GIMÉNEZ & SANTOS, op. cit., 431-433.

465 SCORZA, Bernardino. L'eccesso di potere come causa di invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle anonime. *Rivista di Diritto Commerciale*, v. 31, parte 1, p. 655-656.

466 ALMEIDA, L. P. Moitinho de, op. cit., p. 50.

representar a sociedade for o próprio autor da demanda de suspensão de deliberação social, caberá ao juiz nomear a pessoa a quem incumbirá a representação passiva da sociedade. Sugere a autora, invocando a legislação espanhola, que a nomeação possa recair sobre algum administrador ou mesmo sobre o sócio que tenha votado a favor da decisão atacada⁴⁶⁸. Essa mesma posição pode ser o caminho na hipótese de haver disputa pelo controle da sociedade e, com eventual decisão sumária, o autor da demanda passar a representar a sociedade antes por ele demandada.

Enfim, a legitimidade — ativa e passiva — na suspensão de deliberação social define-se pelas regras de legitimidade no processo. Algumas posições foram elencadas ao início do ponto, mas o conceito de Giovanni ARIETA sintetiza as anteriores e deve servir como modelo básico a indicar a adequação dos casos concretos: *“legittimato a ricorrere in via d’urgenza è colui che si afferma titolare del diritto del quale si teme la lesione, cioè colui che sarà legittimato attivamente nel giudizio di merito nel quale sarà legettimato attivamente nel giudizio di merito nel quale sarà fatto valere lo stesso diritto. Allo stesso modo, legittimato passivo sarà colui che, nel successivo giudizio di merito, dovrà assumere la posizione di convenuto cioè il destinatario degli effetti della futura decisione di merito”*⁴⁶⁹.

5.6 REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA DELIBERAÇÃO SOCIAL

5.6.1 PERICULUM IN MORA E IRREVERSIBILIDADE

O artigo 273 do Código de Processo Civil, limita em seu inciso I a possibilidade de antecipação de tutela restritamente aos casos em que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. O abuso do direito de

467 GIMÉNEZ & SANTOS, op. cit., 433.

468 FONSECA, P. C., op. cit., p. 106.

469 ARIETA, op. cit., p. 261.

defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu é tema para o inciso II do artigo. Entretanto, foi visto que aquilo que se convencionou chamar de suspensão de deliberação social é, em verdade, uma antecipação de tutela concedida com fundamento no § 3º do artigo 461, que supostamente se limita a exigir justificado receio de ineficácia do provimento final. A previsão cautelar inespecífica do artigo 798 do Código de Processo fala em fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação.

São as diferentes expressões do Código para falar em *periculum*, *periculum lato sensu*, pode-se dizer. A iminência do dano irreparável é pressuposto da tutela cautelar; o *periculum in mora* sugere a idéia de antecipação de tutela satisfativa, ensina Ovídio B. SILVA⁴⁷⁰.

O certo é que na suspensão de deliberação social o juiz deve ponderar se há justificado receio de que a suspensão social, tida em grau de verossimilhança como ilegal, venha a ter eficácia que crie 'justificado receio de ineficácia de provimento final'. Basta isso.

A despeito da discussão doutrinária acerca do conceito de *periculum* na antecipação de tutela, ou ainda na antecipação nas ações de obrigação de fazer e não fazer, é preciso notar que tem razão Corrado ZAGANELLI quando afirma que *"La richiesta di sospensione dell'esecuzione di una deliberazione assembleare di società di capitali demanda al giudice una doppia valutazione, la prima sommariamente deliberativa sulla sussistenza della dedotta illegalità, la seconda concernente gli inconvenienti che possono derivare dall'esecuzione di una delibera che poi venga annullata e la comparazione di tali inconvenienti con quelli cui darebbe luogo la sospensione"*.⁴⁷¹

470

SILVA, Do processo cautelar, op. cit., p. 75.

471

ZAGANELLI, Corrado. op. cit., p. 359.

Aqui o *periculum* da suspensão de deliberação social, em absoluto descompasso com o que pensa, em exemplo, Priscila Corrêa da FONSECA, apoiando-se em José Alberto dos REIS:

“Se é certo que, no que tange ao *fumus boni iuris*, deve o juiz satisfazer-se com a simples aparência da invalidade apontada, o mesmo não se pode afirmar no que diz respeito ao *periculum in mora*. Quando este, reclama-se uma certeza quase absoluta, não se facultando ao *iudex* que conclua pela concessão da providência ante a mera e eventual perspectiva do dano.”⁴⁷²

Melhor esclarecendo, o juiz não deve perguntar se há certeza quase absoluta, na expressão de Corrêa da FONSECA, da existência de *periculum* suficiente para ‘justificar’ um juízo sumário; se, enfim, há ‘absoluta certeza’⁴⁷³ quanto à possibilidade de dano irreparável ou de incerta reparação, na linguagem do Código. O que deve ser questionado pelo juiz é se ao lado da deliberação impugnada há mais *periculum*, há mais receio de dano, do que na demanda de sua suspensão. É esta a leitura com ‘sonoridades modernas’ que deve ser feita do abortado e arquivado artigo 890 do Anteprojeto Buzaid:

“O juiz indeferirá o pedido se verificar, em seu prudente arbítrio, que o prejuízo resultante da suspensão é superior ao que pode derivar da execução da deliberação social.”

Ora, é simples; sempre que ao juiz submeter-se uma demanda de suspensão de deliberação social, para ficar no exemplo, deve ele se perguntar se o alegado prejuízo da não-concessão é maior ou menor do que o alegado prejuízo da concessão. É o que parece observar Proto PISANI ao afirmar que o juiz deve “(...) *valutare comparativamente il danno che subirebbe l’istante dalla mancata concessione*

⁴⁷² FONSECA, P. C., op. cit., p. 108. [sem grifo no original]

⁴⁷³ “El requisito del peligro en la demora, de la misma forma que el de verosimilitud del derecho, debe ser objeto de una simple comprobación a efectuarse conjuntamente y del mismo modo

del provvedimento d'urgenza e il danno che subirebbe la controparte dalla sua concessione"⁴⁷⁴. É também a partir dessa interpretação que parece ser analisada a previsão específica do Código de Processo Civil português⁴⁷⁵.

A questão é que é preciso distribuir racionalmente o tempo do processo, pois o tempo, ao contrário do que sustenta Corrêa da FONSECA, tem repercussão no jurídico, como bem observou CARNELUTTI, *"il valore, che il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa"*⁴⁷⁶. O problema é que a autora vê no autor uma propriedade que não lhe é inerente: a exclusividade do autor na espera do tempo do processo. É claro que essa análise tem muita ligação com a antecipação de tutela, como é a suspensão de deliberação social, pois se constata que a visão daqueles que atribuem o risco exclusivamente ao autor pode prejudicar uma conceituação moderna da medida abordada.

Muitas vezes a justificativa de o autor ser exclusivamente condenado pelo tempo de demora do processo está a pretexto da imparcialidade do juiz, como assinala Álvaro RAGONE:

En síntesis, con el — a nuestro criterio — errado concepto de imparcialidade, fácticamente se estará siendo parcial, ya que se favorecerá con la 'omisión' ahondar el desequilibrio en el litigio, donde ab initio una de las partes tiene desigualdad sustancial y/o procesal respecto a la otra. ¿No sería a caso mas imparcial, si

sumario aplicable a aquel externo." (BOTOS, Raul Martínez. **Medidas Cautelares**. 3. ed. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1996, p. 45.)

474 PISANI, Proto., **La nuova disciplina del processo civile**, op. cit., p. 244.

475 "É requisito secundário ou sub-requisito desta 3ª condição de resultar dano apreciável da execução imediata da deliberação, que de tal execução imediata resulte um prejuízo superior ao que resultaria da suspensão, isto para evitar que, nos termos do artigo 397º-3 do Código de Processo Civil, o juiz deixe de decretar a providência, não obstante se verifiquem as condições gerais de exercício da acção." (ALMEIDA, L. P. Moitinho de., op. cit., p. 160.)

476 CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, nº 232, esp., p. 354.; *apud* DINAMARCO, Cândido R., **Nasce um novo processo civil**, In: Reforma do Código de Processo Civil, op. cit., p. 9.

*tuviera una intervención-actuación en pro de que efectivamente las partes actúen en igualdad de condiciones?*⁴⁷⁷

Quando se fala em distribuição do tempo do processo, como faz MARINONI, quer se falar, em verdade, em distribuição dos riscos. Decidir sem cognição exauriente gera risco à parte contra quem é deferida a medida da mesma forma que a não concessão gera risco ao requerente. E este risco não pode acompanhar sempre o autor. O risco deve acompanhar, na medida do possível, a parte que apresente um direito menos provável quando se fala em *fumus*, ou um risco menor, quando se fala em *periculum*. A nova redação do § 2º, do artigo 273, proposta pelo anteprojeto de reforma do Código de Processo Civil é manifestação inequívoca de distribuição de riscos no processo:

Não se concederá a antecipação quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipatório, salvo, excepcionalmente, se a negativa de antecipação acarretar à parte dano maior e irreversível.⁴⁷⁸

Ora, a alteração proposta reconhece o óbvio: a proteção ao risco da irreversibilidade não deve ser exclusividade do requerido. Isso já vinha reconhecido, por exemplo, por Teresa A. WAMBIER, para quem “o juiz deve sopesar os benefícios da concessão imediata da tutela e os malefícios de sua não-concessão, deixando para o segundo plano sua reversibilidade”⁴⁷⁹. É o que também pensa Moniz de ARAGÃO: “basta pensar em casos similares aos de alimentos para perceber que o dano decorrente de não antecipar poderá ser maior que o de não reverter ao estado anterior. Somente pelo confronto dos interesses

⁴⁷⁷ RAGONE, op. cit., p. 136-137.

⁴⁷⁸ Na exposição de motivos do anteprojeto, Athos Gusmão CARNEIRO e Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA assim justificam a alteração pretendida: “Em certos casos, todavia, ocorre a ‘irreversibilidade recíproca, ou seja, a negativa de antecipação é igualmente suscetível de ocasionar o irreversível perecimento do alegado direito do demandante, ou dano grave e irreversível às suas pretensões” (CARNEIRO, Athos Gusmão; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo., op. cit., p. 810.).

⁴⁷⁹ WAMBIER, Teresa A. A. A tutela específica do artigo 461, do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 80, São Paulo, 1995, p. 108.

em litígio e aplicando o princípio da proporcionalidade, será possível equacionar e solucionar o problema”⁴⁸⁰.

Se a parte-autor, no exemplo abordado, apresenta uma probabilidade de que a produção de efeitos de determinada deliberação, abstraindo-se a discussão quanto à verossimilhança que informa o caso concreto, é capaz de gerar um risco maior do que certamente seria gerado pela suspensão pretendida é de conceder-se a medida urgente pretendida. Neste caso, o risco deve estar a cargo da sociedade requerida, uma vez que o requerente demonstrou — lembrando que a aqui se trata apenas de *periculum* — que a produção de efeitos da deliberação atacada gera um ‘risco de dano’, ou justificado receio de que um ilícito seja praticado, maior do que poderia representar a não produção de efeitos da deliberação suspensa.

É de se observar no exame do caso concreto, como ensina Alberto GOMMELLINI, o “*pregiudizio che possa essere risentito sul piano economico dalla società convenvuta nel giudizio di impugnazione ove la delibera claudicante sia prima eseguita e poi annullata*”⁴⁸¹.

Por isso a discussão a respeito da reforma que a nova redação do Código dará à questão da irreversibilidade é pertinente. Isso porque “a restrição generalizada e indisciplinada e estatuída no parágrafo 2º do artigo 273 trata o problema de forma míope, por privilegiar demasiadamente e de forma engessada o ponto de vista da parte demandada em detrimento do autor da providência. Este também pode estar em risco de sofrer prejuízo irreparável, em virtude de irreversibilidade fáctica de alguma situação da vida”⁴⁸².

480 ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia**. In: A reforma do Código de Processo Civil, op. cit., p. 241.

481 GOMMELLINI, op. cit., p. 947.

482 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Perfil dogmático da tutela de urgência**. op. cit., p. 28.

Em verdade, basta ter presente o que há muito já sustenta TOMMASEO, em relação ao fato de que é preferível que seja evitado um prejuízo irreparável a um direito cuja existência seja provável mesmo ao preço de um dano irreversível a um direito que, em sede de urgência, pareça improvável, ou seja, o direito provável prevalece sobre o direito improvável⁴⁸³. Ou ainda o que diz MARINONI, para quem “o princípio da proporcionalidade é aplicado justamente quando o problema consiste em determinar onde se situa o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro também digno de tutela”.⁴⁸⁴

5.6.2 *FUMUS BONI IURIS* E MOMENTO DA CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DE SUSPENSÃO

O direito italiano, entre outros exemplos do direito comparado⁴⁸⁵, subordina a oportunidade da propositura da cautelar de suspensão de deliberação social à instauração precedente do processo principal de anulação ou nulidade. Era também o previsto no já citado Anteprojeto Buzaid, através do parágrafo único do artigo 890, onde se fixava que a suspensão de deliberação social “só pode ser pleiteada na pendência de ação anulatória de deliberação social”.

A promulgação do Anteprojeto Buzaid, na forma indicada, geraria, de imediato, dois problemas que sua ausência evitou: o primeiro quanto à aparente impossibilidade que o tal parágrafo único ditaria para as cautelares de suspensão antecedentes e o segundo quanto à dificuldade que a doutrina encontraria para justificar a suspensão de deliberação social quando proposta uma ação de nulidade — declaratória —, e não de anulação — constitutiva negativa. Só dessa análise, não fossem os outros problemas da imperfeição técnica na formulação do

483 TOMMASEO, *Provvedimento d’urgenza e diritto delle società*, op. cit. 155.

484 MARINONI, *A antecipação da tutela na reforma...*, op. cit., p. 77-78.

485 Direito espanhol: Ley de Sociedades Anónimas (RD Ley 1564/1989, de 22 de diciembre), Ley de Sociedades de responsabilidad Limitad (Ley 2/1995, de 23 de marzo); Direito argentino (artigos 251 e 252 do Dec. Lei nº 19.950).

citado preceito, já se pode dizer que a não promulgação dessa específica parte do Anteprojeto Buzaid ‘preencheu’ uma grande lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, com o que concorda, em outras palavras, Priscila Corrêa da FONSECA⁴⁸⁶.

Este tópico se ocupará somente do primeiro problema: liminar antecipatória *inaudita altera parte*; do segundo, ‘antecipação de declaratória’ a dissertação tratou em seção própria⁴⁸⁷. Quando se discorreu sobre a inoportunidade de se limitar a possibilidade de suspensão apenas às deliberações tomadas em assembléia, justificou-se a posição com o singelo argumento de que a lei não pode fixar, sob pena de ofensa ao princípio de inafastabilidade do Poder Judiciário, a data e a hora em que poderá nascer o *periculum in mora* indicador da necessidade de concessão de tutela de urgência.

Aqui o argumento é o mesmo, ou seja, não poderia o Código dizer que a existência do *periculum in mora* estaria condicionada no tempo ao fato de já haver sido oferecida a contestação na ação de onde se quer antecipado o provimento.

A discussão de suplementariedade entre a cautelar nominada do direito italiano e a previsão inespecífica, já invocada em tópicos anteriores, vale aqui também. É preciso ver o que afirma Giorgio SFORZA neste sentido:

Si rivengono però pronunce di diverso tenore, anche se minoritarie, le quali, da un lato, non trovano ostacolo per l'adozione di provvedimenti cautelari anche inaudita altera parte nella circostanza, che dati strumenti di tipo cautelare presuppongano la instaurazione del giudizio di merito, dall'altro, affermano il principio di portata più generale, per il quale la previsione di uno strumento tipico non esclude il ricorso alla procedura ex articolo 700 c.p.c., ove il diritto in

486 “Todavia, de modo como estava a medida regulada no Anteprojeto, resultou benéfica a sua exclusão do rol das providências típicas. É que desapareceram as limitações constantes do Anteprojeto, atinentes à legitimação, deferida só ao sócio, à condição de medida incidental e à ação principal, no Anteprojeto restrita à anulatória. (FONSECA, P. C., op. cit., p. 64).

487 cf. item XXX.

*sofferenza sia tutelabile solo con una misura che procede la instaurazione del giudizio, o il primo sia comunque insufficiente a realizzare la protezione.*⁴⁸⁸

O também italiano Vittorio RAGUSA afirma que não se encontra nem na doutrina nem na jurisprudência italianas resposta para esta escolha legislativa de excluir a possibilidade de concessão da liminar *inaudita altera pars*⁴⁸⁹. Lotario DITTRICH, referindo-se a outras cautelares com a mesma restrição, confirma o recurso à medida inominada nestes casos⁴⁹⁰. Além disso, a preocupação que pode ter levado BUZAID a ditar o citado parágrafo único do anteprojeto pode ser resolvida numa simples análise da existência do grau de verossimilhança, visto que a apresentação da contestação anterior ao deferimento da liminar nada mais pode indicar do que um grau maior de verossimilhança; isso porque no sentido vertical a cognição⁴⁹¹, com o estabelecimento do contraditório, pode ser aprofundada a ponto de indicar uma maior possibilidade de procedência, elemento caracterizador do grau de verossimilhança.

Ainda no direito comparado, na maioria dos casos onde há previsão exigindo a prévia propositura do processo principal para a suspensão, a propositura da cautelar se dá concomitante àquela, tão-só com o sentido de cumprir o equivocado preceito legal, como, por exemplo, no direito espanhol⁴⁹². Neste sentido, a cognição vertical no processo principal e na cautelar estarão em

488 SFORZA, Giorgio. *I provvedimenti d'urgenza nella giurisprudenza, raccolta sistematica di giurisprudenza commentata*, 31. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, p. 15-16.

489 “Ma per quanto si cerchi della dottrina e nella giurisprudenza una spiegazione di questa scelta legislativa, difficilmente si trova risposta: essa viene infatti accettata, puramente e semplicemente, come un dato di fatto.” (RAGUSA, op. cit., p. 136).

490 “Ci si è chiesto se in questi casi sia ammissibile prima della causa di merito il ricorso al procedimento d'urgenza. La dottrina, nonostante alcune incertezze, ha in linea di massima ammesso il ricorso ex articolo 700, sempre traendo argomento dalla funzione di chiusura del sistema cautelare svolta dall'istituto.” (DITTRICH, Lotario. *Il Procedimento d'Urgenza in “Nuovo Processo Cautelar”*, a cura de Giuseppe Tarzia. Padova : Cedam, 1993, p. 168).

491 WATANABE, Da cognição no processo civil, op. cit., p. 83.

492 No direito espanhol, em casos extremos, onde o *periculum* não pode esperar para ‘nascer’, excepciona-se a regra: “Como excepción y en el régimen de algunas medidas, se permite la solicitud previa a la presentación de la demanda principal.” (RAMOS, Manuel O.; CUADRADO, Maria Pía, op. cit., p. 32).

graus idênticos, explicitando o despropósito da subordinação — o que vale para definir que a antecipação de ordem para suspender a eficácia de uma deliberação social pode ser concedida *inaudita altera parte*.

Não obstante isso, Giorgio SFORZA insiste em subordinar o deferimento da medida à audiência do 'sindico' e do administrador. Em reconhecimento à impossibilidade de se restringir que a lei fixe impedimento à concessão de liminar, presentes os requisitos, boa parte da doutrina italiana admite, na hipótese de necessidade de concessão de suspensão *inaudita altera parte*, a concessão *ex* artigo 700 C.P.C.⁴⁹³. Ou seja, a doutrina italiana soube encontrar os caminhos para a concessão da medida *inaudita altera parte*, quer por ausência de processo principal proposto, quer pela impossibilidade de ouvida da parte contrária. É certo que a concessão sem a ouvida da parte contrária, em postecipação do contraditório, deve se constituir em exceção, porém o critério de oportunidade deve ser avaliado pelo juiz no caso concreto, e não ditado em abstrato pela lei.

Não há, portanto, restrição temporal à demanda urgente de suspensão de deliberação social; onde e quando houver *periculum* deve haver medida urgente⁴⁹⁴, pois se o direito italiano afasta a vedação expressa na previsão específica da suspensão, vinculando a demanda *ex* artigo 700 C.P.C. para poder conceder o provimento *inudita altera parte*, não há sentido para que no Brasil, onde não existe a vedação constante do ordenamento italiano, persista o ilógico óbice. Em verdade, como adverte Teori ZAVASCKI, "para definir o momento de antecipar a tutela deverá o juiz ter presente o princípio da *menor restrição possível*: o momento não pode ser antecipado mais do que o necessário. O perigo de dano, com efeito, pode preceder ou ser contemporâneo ao ajuizamento da demanda e, nesse caso, a antecipação *assecuratória* será concedida liminarmente. Porém, se o

493 Entre outros, RAGUSA, Vittorio., op. cit., p. 135.

494 "É stato però osservato che una cosa è dire che non possono essere assicurate tramite il provvedimento d'urgenza le decisioni sui diritti per i quali sono predisposte misure cautelari tipiche, altra cosa è dire che i *periculum*, contra i quali sono indirizzate le misure cautelari tipiche, non possono essere neutralizzati mediante provvedimento d'urgenza." (MAURIZI, L'articolo 700 c.p.c. nel diritto delle società, op. cit., p. 817).

perigo, mesmo previsível, não tem aptidão para se concretizar antes da citação, ou antes da audiência, a antecipação da tutela não será legítima senão após a realização desses atos.”⁴⁹⁵ Majoritariamente, a doutrina caminha neste sentido⁴⁹⁶, embora o tema divida a doutrina especializada, como adverte BARBOSA MOREIRA:

O eminente professor CALMON DE PASSOS, se bem entendi o seu pensamento, (...) considera que a decretação da tutela antecipada só se torna cabível na ocasião em que o juiz poderá proferir a sentença, o pronunciamento final. Esse eminente jurista considera que o efeito próprio da antecipação da tutela consiste, precipuamente, na possibilidade que se abre de uma execução provisória em hipóteses nas quais, normalmente, não haveria tal possibilidade.⁴⁹⁷

Para BARBOSA MOREIRA, no mesmo artigo em que cita CALMON DE PASSOS, é possível a antecipação *inaudita altera parte*, desta forma justificada:

Devo dizer que tenho dúvidas sobre a exatidão desse entendimento, exatamente porque, segundo penso, é perfeitamente possível que todos os pressupostos da antecipação da tutela já estejam configurados no próprio momento em que se ajuíza a demanda. No primeiro contato com a postulação do autor, não é impossível que o juiz verifique a existência dos pressupostos exigidos pela lei para a antecipação.⁴⁹⁸

Também para Luiz Paulo da Silva ARAÚJO FILHO, que escreveu sobre aspectos da reforma logo após o início da vigência, a concessão pode ser *inaudita*

⁴⁹⁵ ZAVASCKI, *Antecipação de Tutela*, op. cit., p. 80.

⁴⁹⁶ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela Antecipada*, op. cit., p. 528; FERES, Carlos Roberto. *Antecipação da tutela jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 33 - 34; Fadel, Sergio Sahione, op. cit., p. 53.

⁴⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil*, op. cit., p. 205. Também expressamente citando o professor CALMON DE PASSOS, Humberto THEODORO JÚNIOR diverge ao afirmar que “a lei não criou a antecipação de tutela como mera hipótese de julgamento antecipado da lide, cabível em processo com instrução já madura, capaz de autorizar, desde logo, o julgamento do mérito, como a alguns já se afigurou”. (*Antecipação de tutela em ações ...*, op. cit., p. 14).

⁴⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil*, op. cit., p. 206.

*altera pars*⁴⁹⁹. Como já foi apontado, disso discorda radicalmente CALMON DE PASSOS, para quem “a antecipação de tutela pede prova inequívoca da alegação do autor, pelo que ela é insuscetível de ser deferida sem que já tenha havido, ou ocorra concomitantemente, a decisão de mérito na demanda cuja tutela se pretende antecipar”⁵⁰⁰.

As posições doutrinárias sobre o tema são as mais variadas, assim como também a jurisprudência que as acompanha. Importante é dizer que é sim possível a antecipação *inaudita altera parte*; é sim possível suspensão de deliberação social sem a ouvida da parte contrária⁵⁰¹. No entanto, a posição de Teori ZAVASKI, já citada, parece ser a mais apropriada: “para definir o momento de antecipar a tutela deverá o juiz ter presente o princípio da *menor restrição possível*: o momento não pode ser antecipado mais do que o necessário”⁵⁰².

Vale assinalar que a recente reforma do Código de Processo na Itália, como aponta o professor de Torino Mario CHIAVARIO, reafirmou “*il carattere essenziale del contraddittorio*” ao prever que “*il provvedimento deve essere pronunciato, di regola, sentite le parti (articolo 669-sexies, comma 1º); solo quando la convocazione della*

499 “Nessa perspectiva, não havendo qualquer distinção legal, deve a tutela antecipada ser admitida em qualquer fase do processo, dentro dos limites dos princípios do direito objetivo. Assim, nada impede, até mesmo, a concessão *initio litis et inaudita altera pars*, mas desde que a verossimilhança seja suficientemente forte e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva., Considerações sobre algumas das reformas do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, p. 91).

500 CALMON DE PASSOS, José Joaquim, *Da antecipação de tutela* In: *A reforma do Código de Processo Civil*, op. cit., p. 213.

501 “A liminar pode ser concedida com ou sem a ouvida da parte contrária. Quando a citação do réu puder tornar ineficaz a medida, ou, também, quando a urgência indicar a necessidade de concessão imediata da tutela, o juiz poderá fazê-lo *inaudita altera pars*, que não constitui ofensa, mas sim limitação imanente do contraditório que fica diferido para momento posterior do procedimento”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Atualidades sobre o Processo Civil*, op. cit., p. 76).

502 ZAVASCKI, *Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais*, op. cit., p. 155.

*controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, il giudice può provvedere inaudita altera parte (articolo 669-sexies, comma 2º)”*⁵⁰³.

Em essência é isso; ao contraditório prévio sempre que possível.

Outros devem ser os argumentos quando se fala na possibilidade de antecipação com fundamento no inciso segundo do artigo 273 “fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu”. Aqui, não existe hipótese de antecipação *inaudita altera parte*, pois que não há como se caracterizar abuso do direito de defesa antes da ouvida da parte contrária.

Essas posições acerca do momento da antecipação de tutela, ou o momento da suspensão de deliberação social, são decorrência direta das posições doutrinárias que julgam diverso o grau de verossimilhança que autoriza a antecipação de tutela e a cautelar, nos termos do que pensa Ernane SANTOS ao sustentar que “requisito próprio da medida cautelar é apenas o *fumus boni iuris*, isto é, simples possibilidade de bom êxito do que se almeja com o pedido feito ou a fazer, enquanto na antecipação, embora provisório o provimento, exige-se prova que, por sua própria estrutura, gere convicção plena dos fatos e juízo de certeza da definição jurídica respectiva”⁵⁰⁴. Isso porque — explica Pinheiro CASTELO — “a tutela antecipatória de urgência e de evidência, por ser satisfativa, possibilita a invasão da esfera jurídica das partes e propicia a transferência de patrimônio ou a transferência do bem da vida ou do próprio exercício do direito reclamado a uma das partes. Por isso, a exigência de um grau maior do *fumus boni iuris* antecipatório com relação ao *fumus boni iuris* cautelar”⁵⁰⁵.

503 CHIAVARIO, Torino Mario, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari. Rivista di Diritto Processuale*, v. 46, I, 1991, p. 367.

504 SANTOS, Ernane, *Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro.*, op. cit., p. 25.

505 CASTELO, Pinheiro, op. cit., p. 290 e ss.

Pode até haver diferença entre grau de verossimilhança entre a cautelar e a antecipação, mas é certo que a diferença de grau de verossimilhança não autoriza a conclusão de que nas antecipações se requer prova inequívoca, impedindo a concessão *inaudita altera parte* de um provimento de “suspensão de deliberação social”, por exemplo. Até porque, “a existência de uma prova com esta qualidade obrigaria o juiz a prolatar sentença definitiva de mérito. Proclamada a inequivocabilidade da prova, deverá necessariamente exaurir-se a atividade jurisdicional de formação do convencimento do julgador, restando-lhe apenas o dever de proferir a sentença de mérito”, conclui o professor Ovídio BAPTISTA⁵⁰⁶.

Na análise do *fumus boni iuris* também é preciso ter presente a mesma abordagem que foi oferecida à análise do *periculum*, ou seja, o autor não pode ser o condenado exclusivo pela demora do processo. É o que já foi dito; decidir sem cognição exauriente gera risco à parte contra quem é deferida a medida. E este risco não pode acompanhar sempre o autor. O risco deve acompanhar, na medida do possível, a parte que apresente um direito menos provável. Assim deve ser vista a questão do grau de verossimilhança exigido à concessão da medida requerida, pois “a rejeição de uma liminar — ou a consagração da ordinaryness —, ao recusar ao autor algum benefício provisional, implicará automaticamente na concessão ao demandado de um benefício inverso da mesma qualidade e de idêntica grandeza (...)”⁵⁰⁷.

Não sendo o entendimento a prevalecer, numa demanda de suspensão de deliberação social, ou noutra demanda sumária no âmbito societário, se a perspectiva de vitória do autor se apresentar com um índice superior a oitenta por cento, o juiz, para ocultar uma tal percepção do fenômeno litigioso — mantendo-se ‘neutro’ — terá, necessariamente, de privilegiar a sociedade demandada, a quem não socorre mais do que vinte por cento de possibilidades de sucesso, julgando provisoriamente a seu favor, para mantê-lo no gozo das vantagens que o

506

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. *Revista dos Tribunais*, v. 692, São Paulo, p. 46-47.

‘cômodo da posse’ lhe assegura. Esta ética do procedimento ordinário descrita por Ovídio B. SILVA afronta a lógica e, por isso, deve ser desprezada⁵⁰⁸.

5.7 SUSPENSÃO DE DELIBERAÇÕES NULAS, ANULÁVEIS OU INEXISTENTES

Na grande maioria dos casos, proposta a “suspensão de deliberação social” (ação de obrigação de fazer ou não fazer), obriga-se o proponente a cumular uma ação desconstitutiva ou declaratória negativa. Constitutiva negativa para anular a deliberação atacada ou declaratória de nulidade/inexistência de deliberação. A matéria tem interesse meramente reflexo ao trabalho e como tal será abordada. Mais do que atacar diretamente o tema, interessa ao trabalho fixar definições para, a partir daí, verificar quais as repercussões — agora no campo do processo — que estas definições representam. Explica-se: Ovídio SILVA, por exemplo, afirma que não cabe suspensão de deliberação social quando a deliberação for nula. Tematizar acerca disso é objeto do ponto.

Os caracteres distintivos do regime de anulação e nulidade, leciona Vasco da Gama LOBO XAVIER, são os mesmos que os juristas bem conhecem da teoria geral do negócio jurídico, como diferenciadores dos negócios anuláveis e dos negócios nulos⁵⁰⁹. “Como todos sabem”, continua o professor português, “os ‘negócios anuláveis’ — feridos de vício que numa antiga terminologia se chamava nulidade relativa, contraposta à *absoluta* ou *radical* — produzem os seus efeitos que se tornam definitivos e inatacáveis se o acto não for anulado mediante acção judicial a intentar dentro de certo prazo por pessoas com especial legitimidade

507 Ibid., loc. cit.

508 SILVA, Processo de conhecimento e procedimentos ..., op. cit., p. 47.

509 Neste sentido também EDOARDO RICCI: “*La domanda declaratoria della nullità altro non è, se non una particolare applicazione al diritto societario di un istituto di carattere generale: quella azione dichiarativa della nullità degli atti giuridici, che viene solitamente presentata come significativo esempio di azione dichiarativa in sede di dottrina generale del diritto e del processo.*” (Gli

para tanto; os actos nulos — feridos de nulidade dita *absoluta*, na terminologia tradicional, ou ‘radicalmente nulos’ — são insuscetíveis de produzir os efeitos a que tendem, sem necessidade de serem impugnados em acção própria, e o vício a todo o momento e por qualquer interessado pode ser invocado, além de dever ser conhecido oficiosamente pelo juiz.”⁵¹⁰

Na classificação de Moitinho de ALMEIDA, invocando Cunha GONÇALVES, “as deliberações sociais são nulas ou inexistentes quando são simuladas ou destituídas de qualquer elemento essencial, por exemplo, quando as minorias dissidentes convocam para fora da sede social uma assembléia, que pretendem ser a legítima intérprete da vontade social; ou se proclamam deliberações imaginárias ou estranhas à atividade econômica da sociedade. Em contrapartida são anuláveis as deliberações viciadas na sua forma (convocação, constituição, votação etc.) ou no seu conteúdo ou objeto.”⁵¹¹

Feitas as distinções sumárias entre deliberação nula e anulável, resta ainda a necessária distinção entre nulidade e inexistência, equivalentes no conceito de Moitinho de ALMEIDA anteriormente transcrito. O conceito mais completo de inexistência de deliberação social apresenta Luca BUTTARO, que tratou do tema em sede de monografia:

Si deve pertanto concludere che un atto può essere qualificato (definito) una deliberazione assembleare solo se ed in quanto si presenti come il risultato di un procedimento enucleatosi attraverso la convocazione, la riunione (dell'assemblea), la votazione (attraverso cui si consegue l'approvazione da parte della maggioranza) e la proclamazione (intesa come controllo di accertamento dell'esito della

effetti delle sentenze sulle impugnazioni di deliberazioni assembleari. In: *Processo Civile e Società Commerciali*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, p. 26).

⁵¹⁰ XAVIER, Vasco da Gama. *Invalidez e ineficácia das deliberações sociais no direito português, constituído e constituendo; confronto com o direito espanhol.* *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 61, Coimbra, 1985, p. 2.

⁵¹¹ ALMEIDA, L. P. Moitinho de., op. cit., p. 20.

*votazione; sicchè la mancanza dell'una o dell'altra di queste fasi (o momenti) comporta l'inesistenza della deliberazione.*⁵¹²

Será visto que parte da doutrina apresentará solução análoga à nulidade e à anulação, embora reconheça entre elas a distinção herdada do direito civil, como já está claro desde as citações conceituais feitas ao início do ponto. Entretanto, quanto à inexistência, há um posição pouco questionada de equivaler a figura da inexistência de deliberação à de deliberação nula, sob o argumento de que a *“inesistenza giuridica altro non è, se non una particolare figura di nullità creata (a torto o a ragione) dagli interpreti per certi vizi procedimentali ritenuti particolarmente gravi”*.⁵¹³

Nesta mesma linha de raciocínio, há doutrinadores que defendem insubordinação do direito societário à equivalente classificação ditada pelo direito civil na distinção entre anulação e nulidade. Por todos, Edoardo RICCI, ao tratar dos artigos 2.377 e 2.379 do Código Civil italiano, respectivamente, impugnação de deliberação anulável e nula:

*Ma una volta preso atto di questi aspetti della disciplina positiva che differenziano l'impugnativa caducante fondata sull'articolo 2379 c.c. dalla impugnazione per annullamento menzionata dall'articolo 2.377 c.c., appare anche evidente tra i due mezzi una identità di struttura. Anche con l'impugnativa caducante fondata sull'articolo 2.379 c.c., infatti, l'attore fa valere un proprio diritto alla modificazione della situazione esistente ed alla creazione di una situazione nuova, chiedendone sia 'accertamento sia concreta soddisfazione con un atto di esecuzione in forma specifica.*⁵¹⁴

Equivaler as figuras da deliberação nula ou anulável importa em muito ao tema. Viu-se que o direito italiano, assim como propunha o Anteprojeto Buzaid,

⁵¹² BUTTARO, Luca., Considerazioni sull'inesistenza delle deliberazioni assembleari. In: *Studi in Memoria di Tullio Ascarelli*. Milano: Giuffrè, v. 1, 1969, p. 2.778.

⁵¹³ RICCI, Edoardo F., Gli effetti delle sentenze sulle impugnazioni di deliberazioni assembleari, op. cit., p. 37.

⁵¹⁴ RICCI, Edoardo F. Gli effetti delle sentenze sulle impugnazioni di deliberazioni assembleari, op. cit., p. 27.

prevê apenas a possibilidade de suspensão de deliberação anulável. Não está em vigência, é verdade, o projeto de previsão específica no direito pátrio, o que não obsta, como foi citado, o professor Ovídio BAPTISTA, por exemplo, de insistir na impossibilidade da suspensão de deliberação nula. Na defesa da tese o argumento é simples: o ato nulo não produz efeitos e como tal não precisa ser suspenso. Para que a assertiva de Ovídio BAPTISTA tenha validade, é preciso dizer que, ao contrário do que indica RICCI, as figuras da nulidade e anulação não se equivalem, porque do conceito herdado do direito civil não se afasta a definição no âmbito do direito societário. O direito português, vale citar, não se subordinava ao apreciar a matéria das deliberações ao regime geral do direito civil e sua fechada separação entre nulidade e anulabilidade: “Quer isto dizer que, muito embora o artigo 294 do referido Código Civil (português) considerasse nulos os negócios jurídicos celebrados contra disposição legal de caráter imperativo, tais negócios jurídicos, quando consistentes em deliberações sociais, seriam apenas anuláveis, conforme dispõe o artigo 177.”⁵¹⁵ Hoje, ainda no direito português, explica Nogueira SERENS, o legislador de 86 acolheu expressamente as categorias de invalidade das deliberações sociais⁵¹⁶.

A construção do direito português só é possível — explica Alberto PIMENTA, citando FIORENTINO — partindo-se da premissa de que “o conceito de nulidade de um acto jurídico (e a sua delimitação) é uma mera construção empírica do sistema jurídico: por outras palavras, não existe um conceito puro de acto jurídico nulo, mas só o (pseudo) conceito legislativo dele, eminentemente relativo no tempo e no espaço. Isto significa que, assim como o sistema jurídico pode livremente determinar os casos de nulidade dum acto, assim pode também livremente introduzir exceções à regra geral sem ofender com isso qualquer princípio lógico formal.”⁵¹⁷

515 ALMEIDA, Moitinho de., op. cit., p. 22 - 23.

516 SERENS, Nogueira. *Notas sobre a sociedade anônima*. 2.ed. Coimbra Editora, 1997, p. 44.

517 SERENS, op. cit., p. 52.

A prova disso, para Alberto PIMENTA, está no sistema jurídico espanhol, “que resolveu o problema desta forma expedita (embora quase inacreditável, à face dos princípios): deliberações nulas são as que infringem a lei; deliberações anuláveis são as que infringem os estatutos ou ofendem os interesses da sociedade em benefício de um ou de vários acionistas.”⁵¹⁸

No Brasil, Trajano VALVERDE afirma que no direito societário não há aplicação irrestrita à teoria das nulidades do direito civil, regida pelo princípio “*quod nullum est, nullum producit effectum*”⁵¹⁹. Waldirio BULGARELLI igualmente relativiza a repercussão no direito societário da dicotomia ditada pelo direito civil⁵²⁰.

O fato é que o artigo 286 da Lei de Sociedades por Ações fala apenas em “ação para anular as deliberações tomadas em assembléia geral ou especial, irregularmente convocada ou instada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação”, quando é possível imaginar, valendo-se do conceito do direito civil, nulidade em algumas deliberações violadoras da lei.

Ao trabalho, já foi dito, é quase estranha a discussão. Entretanto, o que já é possível dizer, neste específico ponto, é que o direito societário, na análise das deliberações sociais, não se subordina, necessariamente, aos conceitos ditados pelo direito civil. Vale dizer: é possível considerar anulável uma deliberação social que aos estritos olhos do direito civil apresente-se nula, ou inexistente, como faz o artigo 286 da Lei das Sociedades Anônimas, antes referido.

Mas, subordinadas ou não ao direito civil, haverá deliberações, não obstante a referência do artigo 286 da Lei das Sociedades Anônimas, que serão

518 SERENS, op. cit., p. 52.

519 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por Ações*. 2. Ed., v. III, Rio de Janeiro : Forense, 1953, nº 811, p. 94.

520 BULGARELLI, Waldirio, *Anulação de Assembléia Geral de Sociedade Anônima*. *Revista do Tribunais*, nº 514, p. 63.

nulas, inquestionavelmente nulas. Nesse caso, pode voltar a valer o argumento apresentado por Ovídio SILVA e Vasco da Gama LOBO XAVIER. Ou seja, não se suspende deliberação nula porque não há, *in casu*, eficácia — produção de efeitos — a ser suspensa.

Ainda assim, é oportuno dizer, haverá necessidade da suspensão, pois como lembra Corrêa da FONSECA, malgrado o ato nulo, em tese, não produza efeitos, na prática estes podem ocorrer. É como observa Antigono DONATI, “*se è vero che la deliberazione nulla non può produrre effetti secondo il diritto, è anche vero che essa produrli di fatto*”⁵²¹. Com esse mesmo raciocínio, Mariângela ZUMPANO concorda que “*non mancano i casi di nullità dell’atto che non ne inibiscono la produzione degli effetti*”⁵²².

A questão é que, embora a deliberação nula não produza efeito jurídico, a ação declaratória de nulidade serve a afastar a dúvida, porventura existente quanto à validade do ato questionado. E enquanto houver dúvida, se na prática estiver a produzir efeitos a deliberação social dita nula, com base em juízo de verossimilhança, é lícito ao juiz ditar — havendo demanda cumulada —, por exemplo e através de mandamento, um fazer ou não fazer que corresponda ao comportamento necessário da sociedade para obstar a produção de efeitos daquela deliberação suspeita de nulidade. É viável, portanto, a ‘suspensão de deliberação’ nula.

Tanto parece lógica a assertiva que o direito italiano, que tem previsão específica tão-só para a suspensão das deliberações anuláveis (artigo 2.378 C.C.), no processo *per la dichiarazione di nullità della delibera* indica que os legitimados

521 DONATI, Antigono, *L’invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*. Milano : Giuffrè, 1937, p. 249.

522 ZUMPANO, Mariângela., *op. cit.*, p. 834.

*“potranno chiedere che l'esecuzione sia sospesa soltanto nei limiti della tutela generale d'urgenza dell'articolo 700 C.P.C.”*⁵²³

Novamente a discussão de suplementariedade, entre nominada e inominada, do direito italiano vale à discussão da suspensão no Brasil. Se aqui não está em vigência a previsão que limitava a suspensão às deliberações anuláveis — como está na Itália —, com muito mais razão não se pode criar óbice à suspensão da eficácia das deliberações sujeitas à ação de declaração de nulidade, ou ainda, de inexistência.

Assim, não é absoluta a classificação de nulidade e anulabilidade. O direito societário não se subordina, necessariamente, ao conceito herdado do direito civil; pode expressamente dispor de forma diversa. É possível, então, equivaler deliberações nulas, anuláveis e inexistentes. Ainda que isso não seja admitido, o argumento de que não cabe suspensão de deliberação nula porque não há produção de efeitos e, portanto, nada a ser suspenso, também não prospera. Não fosse a simples análise da necessidade de suspensão de deliberação que se apresentem nulas, basta verificar a quantidade de cautelares preparatórias de ações declaratórias inelimináveis no direito brasileiro; ou a anterior discussão da doutrina acerca do tema, como ressaltou Arnold WALD e abordou esse trabalho.⁵²⁴

Enfim, é possível afirmar que toda deliberação social, seja qual for sua classificação (inexistente, nula ou anulável), é passível de demanda de suspensão cumulada.

5.7.1 JUÍZO DE LEGALIDADE OU JUÍZO DE MÉRITO

523

FERRI, Corrado., *I procedimenti cautelari ed urgenti* ... op. cit., p. 101.

524

WALD, op. cit, p. 163.

Ainda importa ao capítulo discorrer brevemente acerca do juízo de legalidade e do juízo de mérito no conhecimento das deliberações judicialmente impugnadas. É preciso dizer que é na análise do grau de verossimilhança que a matéria interessa à suspensão de deliberação social; do “*fumus*”, em regra, da ação de fazer ou não fazer. Em cognição sumária o juiz deve decidir se a impugnação da deliberação é feita num juízo de mérito ou de legalidade. Isso será definido, posteriormente, na ação cumulada. Por isso convém abordá-lo neste capítulo.

Erasmu Valladão AZEVEDO E Novaes FRANÇA, ao tratarem do tema, começam referendando problema aqui diagnosticado: “o juiz, inclusive por falta de específico preparo técnico, não é pessoa adequada para realizar tal avaliação, sobretudo, no campo dos negócios, onde as opções, para lá do conhecimento técnico, são, por vezes, produto de corajosas instituições”. Feita a ressalva, manifestam os autores preocupação “de preservar a autonomia das sociedades na determinação de sua própria política econômica, sem o que perderiam elas sua própria razão de ser numa economia de mercado”⁵²⁵.

Gian Franco CAMPOBASSO sustenta que o “*controllo del tribunale è un controllo di pura legalità, che non può estendersi alla valutazione dell’opportunità e della convenienza economica dell’atto*”⁵²⁶. É na preservação da autonomia acima referida que Alberto PIMENTA afirma que “não pode duvidar-se de que a lei só permite que a atividade judicial a propósito da impugnação das deliberações sociais se desenvolva no plano jurídico, no plano da legalidade, não consentindo, pelo contrário, que ela desempenhe um controle de mérito”⁵²⁷. Mas é o próprio Alberto PIMENTA que reconhece que a zona de controle da legalidade, muitas vezes, se confunde com o exame do mérito⁵²⁸.

525 AZEVEDO & FRANÇA, op. cit., p. 46.

526 CAMPOBASSO, Gian Franco. I limiti del controllo giudiziario preventivo sugli atti societari fra teoria e prassi. *Rivista del Diritto Commerciale*, nº 7-8, p. 601, 1996.

527 PIMENTA, Alberto, op. cit., p. 61.

528 PIMENTA, Alberto, op. cit., p. 59.

A questão — pelo menos é o que parece — se define por considerar o abuso ou o desvio de poder ou, ainda, a desconformidade ao interesse social, como violação à lei. É como definiu CARNELUTTI ao afirmar que há violação da lei quando *“la forma statuita dalla legge si adopera per un fine opposto a quello che la legge si propone, è sempre la legge que viene violata”*⁵²⁹.

É preciso concordar com o que ensina Corrêa da FONSECA acerca deste ponto, sendo certo que não se pode relegar exclusivamente à maioria do capital votante o juízo de conveniência e oportunidade das deliberações⁵³⁰. É contra a presunção de que a maioria é sempre o único árbitro da conveniência, que Waldirio BULGARELLI lança suas palavras:

Não obstante alguns avanços, como na Itália, por força do artigo 2.409 do C.C. de 1942, que para os padrões brasileiros tem um sabor de radicalismo intenso, e em outros países europeus e anglo-saxônicos, da análise de decisões tomadas com desvio ou excesso ou abuso de poder, ainda se procura ressalvar, ao menos em princípio, da apreciação pelo Poder Judiciário, as decisões de mérito, com base no princípio insuficientemente demonstrado, é verdade, mas existente, de que a maioria é o único árbitro da conveniência e a oportunidade das decisões que respeitem ao interesse social. Daí as dificuldades para a aceitação da figura do desvio do poder, incidente sobre decisões tomadas com respeito formal à lei, embora, perseguindo interesse extra-social, e contrariando o princípio seguido, que fora sempre o do estrito exame da legalidade⁵³¹.

Waldirio BULGARELLI, por estas razões, defende, ainda, que se deva inclinar “os nossos juízes a julgarem assuntos societários de forma substancial, e não apenas formalmente”⁵³², concluindo, noutra passagem, que “a doutrina

529 CARNELUTTI, *Eccesso di potere nelle deliberazioni dell'assemblea delle anonime*, op. cit., p. 177.

530 FONSECA, P. C., op. cit., p. 116.

531 BULGARELLI, Waldirio. **Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A**: de acordo com a Reforma de Lei nº 6.404/76. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 370.

532 Ibid., p. 139.

moderna tem apontado, e muito bem, que para o exame da estrita legalidade, não pode o poder judiciário ficar adstrito aos aspectos formais, tendo de, conforme o caso, analisá-lo de mérito, a fim de constatar se a legalidade foi violada”⁵³³.

Parece lícito concluir, enfim, que as deliberações que podem ser questionadas são exclusivamente as deliberações ilegais. O Poder Judiciário, até por falta de preparo técnico do juiz no campo específico dos negócios, não deve imiscuir-se na análise estrita de mérito das deliberações, com a ressalva de que o conceito de legalidade deve abranger o juízo de oportunidade, do abuso e do desvio de poder⁵³⁴, ou, como indica GALGANO, o Poder Judiciário deve anular “uma deliberação tal que nenhuma pessoa razoável poderia considerá-la útil para a sociedade”⁵³⁵.

O temor dos doutrinadores que querem restringir o âmbito de apreciação do Poder Judiciário, quando o assunto é deliberação social, está, muitas vezes, ligado àquilo que Carvalho de MENDONÇA chama de “minoría turbulenta e facciosa”⁵³⁶. Mesma opinião manifesta Ruy Carneiro GUIMARÃES:

Nossa opinião é que muitas vezes a razão não está com a suposta minoria oprimida ou com o acionista isolado, possuidor de parte ínfima do capital social mas, empenhado em levar o descrédito à sociedade de que faz parte na qual possui responsabilidade limitada -, impelido por sentimentos de

533 Ibid., p. 370-371.

534 “Ya hemos tenido oportunidad de decir que por abusivo debe entender-se aquel acto en el cual el titular de un derecho subjetivo ejercita su prerrogativa en forma antifuncional; es obvio que si hablamos del ejercicio de un derecho – y en este sentido no existen discrepancias en la doctrina – mal puede concluirse que el acto es ilícito: antes bien, se trata del abuso, de un acto sustancialmente lícito pero al que se le imputa una sanción socapa de que ha vulnerado la funcionalidad del mismo al ejercitárselo, o en todo caso, a los fines del reconocimiento – como dice la misma ley – que el legislador ha tenido en vista al reconocerlo.” (CONDORELLI, Epifanio. *El Abuso del Derecho*. La Plata : Platenense, 1971, p. 113).

535 *Apud* AZEVEDO & FRANÇA, Conflitos de interesses nas assembleias de S.A., op. cit., p. 46.

536 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. v. III, Rio de Janeiro : Ed. Freitas Bastos, 1963, p. 460.

vingança, de despeito, ambição ou obediência a ordens de empresas concorrentes⁵³⁷.

Contudo, a avaliação do interesse da minoria, deste interesse anti-social da minoria, deve ser avaliado somente no caso concreto, sem que isso possa levar a doutrina e a jurisprudência a diminuir a esfera de atuação do Poder Judiciário no controle dos atos de gestão da sociedade.

⁵³⁷ GUIMARÃES, Ruy Carneiro. *Sociedade por Ações; Notas de doutrina e jurisprudência*. São Paulo : Revista dos Tribunais, v. 11, 1960, p. 162.

6 DEMAIS HIPÓTESES DE TUTELA DE URGÊNCIA NO DIREITO SOCIETÁRIO

6.1 A NOVA AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER — NATUREZA EXECUTIVA E MANDAMENTAL. FUNDAMENTO LEGAL, EM REGRA, DA TUTELA DE URGÊNCIA NO DIREITO SOCIETÁRIO — ATUAÇÃO EXECUÇÃO DO PROVIMENTO DE URGÊNCIA

É lícito concluir nesta altura da dissertação que a ação de obrigação de fazer e não fazer tem um papel decisivo na atuação por via processual das tutelas sumárias no direito societário. Os exemplos concretos abordados a seguir corroborarão a utilização da ação do novo artigo 461 do Código de Processo Civil.

Muito já se falou no trabalho quanto à nova natureza da ação do artigo 461 oferecida pela reforma do Código. Agora se pretende apenas tratá-la de forma sistemática, abordando todos os aspectos pertinentes. Neste sentido se dá a importância de questionar a nova natureza da ação de obrigação de fazer e não fazer pós-reforma.

No início da dissertação esta ressalva já foi assinalada, ainda que brevemente; agora convém analisar mais detidamente o assunto. É possível que muitos possam objetar a necessidade de demanda cumulada, para possibilitar a antecipação de efeitos exclusivos destas mesmas demandas cumuladas, sob o argumento de que as ações de obrigação de fazer ou não fazer igualmente não possuem, porque meramente condenatórias, os efeitos alcançados nas antecipações pretendidas, o que provavelmente deve ter conduzido Jorge Pinheiro CASTELO à conclusão de que “por maior perplexidade que possa trazer, julgamos que justamente a antecipação do efeito condenatório é a mais difícil de logicamente justificar”⁵³⁸.

Aqui dois óbices à possível objeção presumida. O primeiro serve às ações condenatórias para pagamento de soma em dinheiro, fora, portanto, do alcance do novo artigo 461 do Código de Processo Civil. Estas ações condenatórias, embora não executivas, abrem a possibilidade para a execução diferida, em processo próprio de execução. Isso não ocorre nas ações declaratórias ou constitutivas, que não autorizam o emprego de mecanismos sub-rogatórios em processos subseqüentes, pois as sentenças declaratórias limitam-se a afirmar a existência ou inexistência de uma relação jurídica, enquanto as constitutivas apenas operam uma transformação jurídica (sempre independente de execução). É esta execução diferida que oportuniza a antecipação de soma em dinheiro através de provimento executivo ou mandamental. Por isso afirma o professor Ovídio BAPTISTA: “somente as eficácias declaratórias e constitutivas não podem ser antecipadas sob forma de liminares; e a eficácia condenatória – embora não passe de uma declaração – em virtude de sua potencialidade para gerar título executivo, poderá permitir a antecipação, não do efeito condenatório, e sim do efeito executivo, como se dá nos alimentos provisionais e nas liminares do processo monitório”⁵³⁹.

O tema aqui não irá mais detidamente analisado em razão da inutilidade da análise desta ação condenatória para a suspensão de deliberação social ou para a maioria dos provimentos urgentes no direito societário, como parece reconhecer DINAMARCO⁵⁴⁰. Além disso, para uma abordagem ideal deste tema seria necessário tratar da chamada crise da ação condenatória, o que definitivamente não pode ser feito neste espaço, bastando lembrar o que há tempos advertia LIEBMAN, ao dizer que a condenação, sob o ponto de vista substancial, não passa de uma declaração. Aqui o certo, vale assinalar, é que as sentenças declaratórias e

539 SILVA, *Curso de Processo Civil*, v. 3, op. cit., p. 66.

540 “Prefiro não dar tratamento autônomo à sentença condenatória como meio de tutela, porque em si mesma ela pouco oferece a quem tem direito à tutela jurisdicional. A situação da vida que legitima o processo condenatório é sempre uma crise de adimplemento e tal espécie de sentença é incapaz de debelá-la. Limita-se a declarar a existência do direito merecedor de tutela e aplicar a vontade sancionatória para que depois, em processo executivo,

constitutivas definitivamente não são sentenças de “repercussão física”⁵⁴¹, como podem ser classificadas as tutelas mandamental, condenatória e executiva *lato sensu*⁵⁴².

O segundo óbice à possível objeção está na transformação operada nas ações de obrigação de fazer e não fazer pela recente reforma do Código de Processo Civil, pois a partir da introdução do novo artigo 461, as ações de obrigação de fazer e não fazer deixaram de ser condenatórias, com execução diferida disciplinada pelo Capítulo III, Título II, Livro II do Código de Processo Civil — ressalvada posição em contrário de parte da doutrina⁵⁴³. Nem faria sentido imaginar que os provimentos antecipados no corpo destas ações pudessem dispor dos ‘meios de atuação’ indicados pela nova disposição do Código, enquanto às sentenças restasse apenas o processo de execução previsto no Livro II, com as conhecidas dificuldades que esta modalidade de execução enfrenta. Isso foi observado, entre muitos outros, por Cândido Rangel DINAMARCO:

Para efetivação de sentenças condenatórias proferidas em relação a obrigações de fazer e não fazer, o caminho tradicional oferecido pelo Código é execução específica (‘execução das obrigações de fazer e de não fazer’: arts. 632 ss.). São conhecidas as grandes dificuldades que essa execução enfrenta, devido à facilidade com que o obrigado pode resistir a ela e muitas vezes ao caráter personalíssimo da obrigação exequenda.

a tutela jurisdicional efetiva e útil venha a ser dispensada ao titular.” (DINAMARCO, Tutela Jurisdicional. op. cit., p. 78, nota nº 83).

541 A expressão é de BARBOSA MOREIRA, Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais, *Revista de Processo*, nº 41, 1986, p. 153.

542 Enfim, a diversidade entre a tutela mandamental e a condenatória (assim como a executiva *lato sensu*) é precipuamente estrutural; em termos funcionais, aproximadamente, elas se equivalem. Há o emprego de mecanismos diferentes para a consecução de um mesmo fim: a obtenção de resultados para a parte tutelada que dependem de alteração física do mundo dos fatos.” (Talamini, Eduardo. Tutelas Mandamental e Executiva *Lato Sensu*, op. cit., p. 150).

543 Ainda há quem sustente a posição de que a nova ação do artigo 461 do código de processo é condenatória, com execução diferida. (entre outros, GUERRA, Marcelo Lima, Execução indireta, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 64-69; NERY JUNIOR, Nelson e

Mas o novo dispositivo pensa em remediar essas dificuldades mediante duas ordens de medidas. De um lado, importou do Código de Defesa do Consumidor a adoção de severas medidas de apoio (artigo 461, § 5º.), de cuja concreta utilização se esperam resultados capazes de encurtar o árduo caminho do credor, evitando talvez a necessidade de utilizar-se do processo de execução ou imprimindo-lhe novo ritmo e nova eficiência. De outro, disciplinou também com energia a imposição de multas, destinadas a pressionar a vontade do obrigado e levá-lo à conclusão de que lhe sairá mais barato cumprir sua obrigação do que arcar com as pesadas consequências do inadimplemento obstinado.⁵⁴⁴

Isto quer significar que definitivamente não mais se aplicam às ações de obrigação de fazer e não fazer as regras dos artigos 632 a 638 e 644 a 645 do Código de Processo, o que não deve impressionar ninguém, pois, como observa MARINONI, “se o princípio da efetividade obriga o processualista a ler as normas processuais de modo a viabilizar a prestação da tutela jurisdicional adequada, não seria a presença de normas que perderam o seu sentido ante a introdução de outras capazes de fazer gerar a tutela jurisdicional efetiva que obrigaria o doutrinador a ceder, deixando de fazer prevalecer a interpretação que realmente espelha os valores da Constituição”⁵⁴⁵, com o que não discorda Ada GRINOVER⁵⁴⁶. Vale referir que a experiência já vinha apontando para a invasão das ações mandamentais nas obrigações de fazer e não fazer⁵⁴⁷.

O fato é que a nova roupagem do artigo 461, oferecida pela reforma do Código, foi concebida com sábia flexibilidade e servirá de instrumento às

NERY, Rosa Maria Andrade, Código de Processo Civil comentado, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1994, nota 2 ao artigo 461, p. 671).

544 DINAMARCO, A reforma do Código de Processo Civil. op. cit., p. 155.

545 MARINONI, Luiz Guilherme. A Tutela Inibitória, op. cit., p. 73.

546 “A abrangência do capítulo sobre execução de obrigações de fazer ou não fazer determinadas em títulos judicial só pode ser residual, sob pena de negar-se aplicação ao disposto no artigo 461” (GRINOVER, Ada, Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer, op. cit., p. 74).

547 “A experiência já obtida em outros sistemas jurídicos, particularmente o italiano, está a indicar que o campo da execução das obrigações de fazer e não fazer está sendo invadido pelas ações mandamentais, através das inibitórias (...)” (SILVA, Curso de Processo Civil, vol. II, op. cit., p. 261).

pretensões executivas e mesmo mandamentais, fundadas em obrigações de fazer ou não fazer. Quer isso dizer que é na previsão do artigo 461 que o autor deve buscar o fundamento legal para as ações de onde se quer antecipada ordem de fazer ou não-fazer ou, ainda, provimentos executivos para a “obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento”, como prevê a nova redação do Código de Processo⁵⁴⁸. Neste sentido vale transcrever o que disse Joaquim Felipe SPADONI:

Da instrumentalidade potencializada pela conjugação do provimento mandamental ao executivo *lato sensu*, esta ação pode desencadear uma forma de tutela jurisdicional de grande eficiência na proteção de direitos individuais e transindividuais, mormente aqueles de conteúdo não patrimonial. Possibilita-se conceder ao jurisdicionado a tutela específica de seu direito, entregar-lhe tudo aquilo a que faz juz, atendendo-se à exigência constitucional de efetividade e adequação da tutela jurisdicional (artigo 5º, XXXV, CF/88).⁵⁴⁹

Definitivamente, portanto, não se pode mais outorgar natureza condenatória às ações do artigo 461, na sua roupagem pós-reforma. A questão é singela. As condenatórias, concordam todos, dão origem a títulos executivos que, na hipótese de não cumprimento voluntário pelo demandado, conduzem à propositura de outra ação, execução de título judicial. As mandamentais, assim como as executivas *lato sensu*, não reclamam uma execução *ex intervallo*, já que nestes casos é o próprio juiz que, “através de expedição de ordens, que se descumpridas farão configurar o crime de desobediência e de realização pelo juiz de atos materiais faz com o que o comando seja cumprido de forma específica”⁵⁵⁰. E mais, “a sentença condenatória possui, sem dúvida, eficácia executiva”, como

548 “Não se afigura exagerado afirmar-se que nosso sistema processual é dotado de ação mandamental de eficácia bastante assemelhada à da *injunction* do sistema da *common law* e à ação inibitória do direito italiano” (WATANABE, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, op. cit., p. 521-525).

549 SPADONI, Joaquim Felipe, op. cit., p. 304.

550 WATANABE, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor...*, op. cit., p. 521-522.

afirma LIEBMAN; todavia, o peso dessa eficácia é menor do que as eficácias condenatória e declaratória, a ponto de não permitir que a execução se faça na mesma relação processual do 'processo de conhecimento'. Em suma, a sentença condenatória é aquela que prepara a execução, mas não executa imediatamente na mesma relação processual condenatória"⁵⁵¹.

O novo artigo 461 fez essa alteração e por esta razão conclui Ovídio BAPTISTA que "os poderes conferidos ao magistrado, pelo artigo 461, além de afastarem definitivamente a demanda do conceito de pretensão e ação condenatória, correspondem aos poderes que o artigo 799 do C.P.C. conferem ao juiz para concessão dos provimentos cautelares que, como se sabe, não têm o menor parentesco com as ações e sentenças condenatórias"⁵⁵². Ou ainda: "Pensando na tutela que impõe um não-fazer sob pena de multa fica claro que o caso não é de tutela condenatória, tutela que apenas autoriza a execução por sub-rogação, mas de tutela mandamental, espécie de tutela que se relaciona com a execução indireta e que confere tutela imediata ao direito invocado pelo autor independentemente de uma ação de execução"⁵⁵³.

É importante ressaltar que a nova ação do 461 relativiza a intangibilidade da vontade humana, que "era elevada à categoria de verdadeiro dogma, retratado pelo artigo 1.142 do Código Civil francês, pelo qual 'toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas, danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor', como lembra Ada P. GRINOVER⁵⁵⁴.

551 SILVA, *Curso de Processo Civil*, op. cit., v. 2., p. 131-132.

552 Ibid, p. 125.

553 MARINONI, *Tutela Inibitória...*, op. cit., p. 351.

554 GRINOVER, *Tutela jurisdicional nas obrigações...*, op. cit, p. 66. Com este mesmo raciocínio, Ovídio BAPTISTA informa que "os pressupostos ideológicos que informam nossas instituições processuais civis, assentam-se no princípio da intangibilidade da pessoa humana cuja autonomia e liberdade deve ser preservada com tal profundidade e extensão que nenhuma lei poderá penetrar na esfera inviolável da autonomia da vontade individual" (SILVA, *Curso de Processo Civil*, op. cit., v. 2,p. 251)

Quando foram abordados os conceitos de provisório e temporário (item 4.2.5), demonstrou-se que a antecipação é provisória, pois que sempre dependente da substituição pela demanda definitiva. Também por essa razão foi dito que não se pode antecipar aquilo que não é passível de ser deferido na sentença final. Isto vale aqui também, uma vez que ao concordar com aqueles que imaginam a nova ação do 461 ainda como condenatória, é preciso indagar como fica a antecipação concedida na hora de se prolatar a sentença. Seria ilógico imaginar que alguém, após obter uma antecipação de tutela mandamental — provisória e de cognição sumária —, com imposição de multa e plena de efetividade, ao receber a sentença — definitiva e de cognição exauriente — fosse obrigado, então, a invocar as regras dos artigos 632 a 638, 644 a 645 do Código de Processo, sofrendo uma evolução *in pejus*.

É certo que com o 461 ficou clara a existência do provimento mandamental em nosso sistema processual⁵⁵⁵, no entanto a ação do novo artigo não é apenas mandamental, mas também executiva *lato sensu*⁵⁵⁶. Esta nova ação veiculada pelo 461 é uma ação híbrida, cabendo “à sensibilidade do juiz optar entre as *astreintes* (as únicas adequadas às prestações correspondentes às obrigações personalíssimas, infungíveis por natureza), cumulá-las com as medidas sub-rogatórias capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento, ou decidir pela tomada imediata e exclusiva destas”⁵⁵⁷.

555 WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica..., op. cit., p. 27.

556 “A importância deste primeiro ponto decorre do fato de que a tutela inibitória tem natureza mandamental, ao passo que a tutela de remoção do ilícito possui natureza executiva, e o juiz, dentro do sistema do artigo 461 (e do artigo 84 do CDC), tanto pode conceder a tutela inibitória no lugar da tutela de remoção do ilícito como a tutela de remoção do ilícito em substituição à tutela inibitória.” (MARINONI, Tutela Inibitória..., op. cit., p. 119.)

557 GRINOVER, Ada Pellegrini, Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. In: Reforma do Código de Processo Civil, op. cit., p. 259-260. Neste sentido, “tem-se observado, contudo, que sendo a obrigação de fazer *fungível* não é possível pré-determinar se prestação da respectiva tutela executiva dar-se-á, de maneira mais eficaz, através de medidas coercitivas ou sub-rogatórias. A opção entre uma ou outra das modalidades - ou mesmo a utilização conjunta de ambas as espécies de medidas - só pode ser determinada através de um juízo de proporcionalidade que leve em consideração as circunstâncias concretas de cada caso”.

A objetivo da dissertação é demonstrar, exaustivamente, que a maioria das ações urgentes do direito societário, embora antes veiculadas através de cautelares inominadas, eram desde então antecipações de tutela; antecipações, muitas vezes, em ações cominatórias. Foi neste intento que muito antes da reforma do Código de Processo, Galeno LACERDA afirmava que “poder-se-á pensar, ainda em cautela contra sociedade para obrigá-la à entrega de ações de sócio, retidas indevidamente, se houver prejuízo iminente (não participação em assembléia, por exemplo)”⁵⁵⁸. O eminente professor gaúcho indicava a ação cominatória como a principal desta ‘cautelar’. Ora, hoje se sabe que esta ação de cautelar não tem nada, sendo em verdade um provimento antecipatório, com imposição de multa, da mesma cominatória; agora — porque assim quis a reforma do Código — da ação de obrigação de fazer ou não fazer.

Dito isto, é preciso abordar a questão da execução ou atuação dos provimentos concedidos com fundamento no citado artigo 461. Neste propósito é importante lembrar que já restou consignado que as cautelares têm um espaço mais amplo de atuação do que têm os provimentos antecipatórios. Entretanto — desde já é preciso dizer — a restrição à atuação das antecipações é somente em relação ao pedido. Havendo pedido executivo *lato sensu*, é lícito ao juiz determinar (sempre com os olhos no princípio da menor restrição possível) qual a medida executiva *lato sensu* que melhor se aplica ao caso concreto. A nova ação do 461, assinalou-se, é uma ação de natureza híbrida, uma ação de natureza mandamental e executiva *lato sensu*. A estas naturezas limitam-se as decisões judiciais possíveis nestas ações, sumárias ou não. Como não é possível ordenar ou executar em ação declaratória, não é possível, de igual forma e pelas mesmas razões, constituir em ação de obrigação de fazer.

(GUERRA, Marcelo Lima. **Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer**. In: WAMBIER, Processo de Execução..., op. cit., p. 307.)

558 LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 6ª ed., v. 08, Tomo I, Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1994, p. 237.

Embora as cautelares tenham hoje “uma margem residual muito pequena”⁵⁵⁹, em razão de terem retomado suas funções originais, é certo que ainda há no campo do direito societário medidas que são verdadeiramente cautelares. Para a atuação destes provimentos cautelares incidirá — como incide nos provimentos emanados do artigo 273 — o parâmetro operativo que o novo artigo 461 disponibilizou. É o que observa, em exemplo, Moniz de ARAGÃO:

As providências facultadas para promover o cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer podem ser igualmente empregadas para garantir imediata obediência a outras determinações, desde que se mostrem adequadas e suficientes, conclusão que deriva da lógica do sistema e coincide com a preocupação de mais e melhor assegurar a eficiência do processo.⁵⁶⁰

Com um propósito mais amplo deve ser entendido este ponto, portanto.

Quando se fala em atuação dos provimentos de urgência, quer-se distinguir este conceito da concepção que se empresta ao termo execução; execução *ex intervallo*. Foi visto que a nova ação do artigo 461 prescinde de uma execução *ex intervallo*, e por isso mesmo se batiza de atuação a forma de se efetivar as decisões, sumárias ou não, que emanam destas ações de obrigação de fazer ou não fazer. Aliás, efetivação é o termo preferido por Luiz FUX para batizar a

559 LIPPMAN JUNIOR, Edgard Antonio, op. cit., p. 39. Neste sentido, por outras razões, “Não é desarrazoado antever que do novo regime introduzido pelo artigo 273, I, do CPC possa resultar um esvaziamento substancial do Livro III do CPC. É que com a tal inovação, para se obter a prestação de tutela cautelar antecipatória (ou seja, através de medidas antecipatórias), o requerente vai dispor (para obter o mesmo efeito) da ação cautelar disciplinada no Livro III do CPC como da simples liminar prevista no artigo 273 do mesmo diploma. Ora, não parece subsistir dúvidas sérias que, entre as opções acima, a parte preferirá obter cautelar através de liminar, por se tratar de um meio (para o requerente, pelo menos) mais imediato e mais econômico”. (GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos Sobre o Processo Cautelar*, op. cit., p. 102).

560 ARAGÃO, E. D. Moniz de., op. cit., p. 243. Também neste sentido, SILVA, *Curso de Processo Civil*, op. cit., v.1, p. 126. Ainda CÂNDIDO DINAMARCO: “Sem embargo de algumas diferenças de redação, o § 3º do artigo 461 associa-se ao sistema de antecipação de tutela jurisdicional, estruturado no novo artigo 273 do CPC”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, op. cit., p. 156.)

implementação do provimento no mesmo processo⁵⁶¹. O fato é que nestes casos, adverte Proto PISANI, *“l’esecuzione non dovrà essere preceduta dalla fase della notificazione del titolo esecutivo e del precetto”*⁵⁶². É TOMMASEO, no entanto, quem melhor define a questão:

*In altre parole, non vi è quindi la necessità che il ricorrente, dopo aver attenuto il provvedimento d’urgenza debba anche esperire l’azione esecutiva per farne valere coattivamente il contenuto precettivo nei confronti dell’intimato; infatti il provvedimento, presentando un’intrinseca esecutorietà, è suscettibile d’attuazione coattiva secondo forme mal definite dal legislatore, forme che integrano una mera esecuzione processale, distinta e contrapposta all’esecuzione forzata.*⁵⁶³

Esta intrínseca executoriedade é o que se pode definir como a atuação (ou efetivação, como quer Luiz FUX) dos provimentos de urgência. É também esta intrínseca executoriedade que determina a distinção entre estes provimentos e os que reclamam execução forçada. Isso, inclusive, foi expressamente reconhecido pelo legislador italiano ao disciplinar a atuação dos provimento urgentes, lembra Giuseppe OLIVIERI, professor da *Università di Napoli*⁵⁶⁴. O fato é que a nova ação do artigo 461 trouxe ao mesmo processo a *jurisdictio* e o *imperium*, até porque “no pensamento do jurisdicionado, o *imperium* é inseparável da *jurisdictio*”, adverte o francês Roger PERROT em referência já citada⁵⁶⁵.

561 FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência (Fundamentos da Tutela Antecipada)*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 358-359.

562 PISANI, A. Proto. *Lezioni de Diritto Processuale Civile*. Napoli : Jovene Editore, 1994, p. 720.

563 TOMMASEO, I provvedimenti d’urgenza, op. cit., p. 330-335.

564 “Come si è avuto modo di osservare, il legislatore, nel disciplinare l’attività dedicata alla concreta realizzazione dei provvedimenti cautelari, ha deliberatamente evitato il ricorso al concetto di *esecuzione*, volendo con ciò sottolineare la netta differenza che deve intercorrere tra l’esecuzione forzata e l’attuazione delle misure cautelari”. (OLIVIERI, Giuseppe., I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 46, II, Padova : Cedam, 1991, p. 729).

565 PERROT, O processo civil francês..., op. cit., p. 91-203.

Pois nesta atuação, nesta técnica⁵⁶⁶ de atuação ou efetivação dos provimentos urgentes, em especial dos emanados do novo artigo 461 — destino maior dos provimentos urgentes no âmbito societário — o juiz dispõe de todas as possibilidades que a natureza do provimento disponibiliza. Cabe ao juiz — sempre com os olhos no princípio da menor restrição possível — eleger o provimento que melhor contempla o caso concreto.

Todo o contraditório é exercido no estrito âmbito de atuação da própria ação, sem que haja possibilidade de se opor embargos à execução, à exceção óbvia do terceiro. Numa suspensão de deliberação social — sempre como modelo de exemplo —, ao juiz é lícito, em razão da natureza híbrida do artigo 461, deliberar se o caso comporta um provimento mandamental (ordem para suspensão de eficácia) ou ainda um executivo *lato sensu* (intervenção judicial), numa hipótese extrema ditada pelo caso concreto, como reconhece Priscila Corrêa da FONSECA⁵⁶⁷ e mais adiante será abordado.

Por fim, vale referir que as irresignações são sempre manifestadas ao juiz no próprio processo. Disso não dissente o Código de Processo italiano, nos termos do artigo 669 — *duodecies* (*l'attuazione delle misure cautelari avvenuti ad oggetto obblighi di consegna, rilascio, fare o non fare avviene sotto il controllo del giudice che ha emanato il provvedimento cautelare il quale ne determina anche le modalità di attuazione*).

6.2 A SUSPENSÃO DE CONVOCAÇÃO DE ASSEMBLÉIA

⁵⁶⁶ “Tem-se por técnica a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. op. cit., p. 317-318, 1987)

⁵⁶⁷ “Nessas hipóteses, se a parte beneficiária demonstrasse inequivocamente que, tendo dado início à efetivação da medida, como, por exemplo, com a notificação da sociedade para que se abstinhasse de executar a deliberação impugnada, não lograra obter desta o respectivo cumprimento, deveria o provimento permanecer em plena vigência, até que, com o concurso de outros meios (intervenção, força policial etc.), se alcançasse a correspondente observância” (FONSECA, P. C., op. cit., p. 142).

Assim como as cautelares extravasaram o seu leito original, a suspensão de deliberação social foi considerada, por muito tempo, destino único das pretensões urgentes no direito societário.

No entanto, já foi assinalado, nem sempre a suspensão de deliberação social é a tutela de urgência recomendada para certas situações de direito material, não obstante esta generalização abordada tenha induzido a doutrina e a jurisprudência a classificar todas as medidas que antecedem a realização da assembléia como 'suspensão de convocação de assembléia'.

O que se vinha fazendo, em verdade, quando se queria "suspender uma assembléia", era a propositura de uma ação declaratória qualquer (ação declaratória da inexistência do direito de convocar assembléia etc.) com cautelar incidental que efetivamente traduzia a pretensão do autor. O autor reconhece, como ensina Proto PISANI, que como a declaratória é "*certamente dotata di una portata coercitiva modesta*", deve vir acompanhada de uma medida cautelar, pois "*se collegata con il ricorso alla misura cautelare di cui all'articolo 700 c.p.c. – può acquistare una efficacia a prima vista del tutto insospettata*"⁵⁶⁸. É conclusão deste trabalho, porém, que esta cautelar (que 'empresta efetividade' à declaratória) não é verdadeiramente cautelar. Também se concluiu que a declaratória referida não é a ação própria para a espécie, servindo apenas de instrumento da "cautelar".

Também já foi visto que não adianta antecipar a declaração sumária desta "ação declaratória da inexistência do direito de convocar assembléia": em razão da sua inutilidade prática.

Isso, enfim, já foi objeto de extenso debate e por isso não será aqui repetido. O certo é que aquilo que se convencionou chamar 'suspensão de convocação de assembléia' subdivide-se, em verdade, em três hipóteses possíveis.

Há convocações assembleares, que em si são deliberações, que devem ser suspensas, porque ínsitas nas próprias deliberações que as convocam o grau de verossimilhança da violação da lei ou do estatuto que, ao lado do 'justificado receio', autoriza a concessão da ordem em ação cumulada. Nestas hipóteses a convocação, pela forma realizada, já fixa um vício insanável de confronto com a lei ou com o estatuto. Nem sempre, porém, e aqui o cuidado que deve ter o juiz da 'suspensão de convocação', as irregularidades na deliberação de convocação e suas necessárias e posteriores formalidades podem ensejar a 'suspensão da convocação'. É exemplo claro da premissa fixada, a hipótese de ausência de determinadas formalidades na convocação da assembléia, como, em exemplo, a inexistência de publicidade ditada por lei ou estatuto. Neste caso, não há de se falar em suspensão da convocação, pois o comparecimento unânime dos acionistas supre a falta de qualquer das formalidades legais, como lembra o professor Rubens REQUIÃO⁵⁶⁹ ao referir-se ao artigo 124, § 4º, da Lei das Sociedades por Ações. Modesto CARVALHOSA confirma que "comparecendo ao conclave, os acionistas que representem a totalidade do capital social, será considerada regular a assembléia geral, mesmo que a respectiva convocação tenha sido irregular"⁵⁷⁰. É com este fundamento que parece ter sido proferida a decisão constante da jurisprudência italiana, citada por LENER, onde se estabelece que "*la sospensione non può essere concessa in quanto eventuali irregolarità della convocazione dell'assemblea possono essere sanate della costituzione di un'assemblea totalitaria*"⁵⁷¹.

Há, porém, convocações que trazem 'vício insanável' no próprio ato de convocação. O prejuízo, nestes casos, está na realização da assembléia em si. O juiz, na hipótese, não precisa esperar a realização de uma assembléia que, *prima*

⁵⁶⁹ "Esse princípio, que já havia sido consagrado na jurisprudência administrativa das Juntas Comerciais, tanto que foi objeto de Portaria nº 18 do Departamento Nacional do Registro do Comércio, de 20 de setembro de 1969, inspirou o § 4º do artigo 124. Este projeto está assim redigido: Independentemente das formalidades previstas neste artigo, será considerada regular a assembléia geral a que comparecerem todos os acionistas." (REQUIÃO, Rubens, Curso de Direito Comercial, 2º v., op. cit., p. 139).

⁵⁷⁰ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. v. 2, São Paulo : Saraiva, 1997, p. 539.

⁵⁷¹ LENER, *Provvedimenti d'urgenza e società per azioni*, op. cit., p. 659.

facie, apresenta-se juridicamente inviável, pois que o vício, em contrário do exemplo anteriormente comentado, é insanável.

Nestes casos a avaliação do prejuízo, ou do risco de prejuízo, não se mostra diferente das considerações já elaboradas em capítulo precedente. Ou seja, o que deve perguntar o juiz é se ao lado da deliberação de convocação impugnada há mais *periculum* do que há na demanda de sua suspensão. Alessandro MAURIZI, que se dedicou à matéria em sede de monografia, explica as razões da suspensão nestas hipóteses:

*Si può dunque ben dire che in questi casi 'la possibilità di intervento del giudice prima della realizzazione dell'evento pregiudizievole ad evitare che si producano eventuali conseguenze di carattere irreparabile' oltre che lecita, 'risponde....ad un criterio di razionalità' e perchè no di economicità del giudizio*⁵⁷².

Não há no exemplo citado, é preciso esclarecer, ordem de suspensão da assembléia convocada propriamente dita ou ainda suspensão da eventual eficácia da possível deliberação da assembléia irregularmente convocada, mas ordem para que se suspenda a eficácia da própria deliberação de convocação até decisão final, com demanda cumulada, que anule ou declare nula a própria convocação — deliberação de convocação. É bastante evidente que não se pode suspender a eficácia de uma deliberação que nem mesmo foi tomada.

Assim conclui Alberto PIMENTA, valendo-se, entretanto, de uma ótica aparentemente diversa e não menos válida. O professor português refuta acórdão da relação de Lisboa onde havia se decidido que as irregularidades de convocação não podem ser invocadas como fundamento da suspensão das deliberações sociais. E refuta sob o argumento válido de que em verdade “todos os actos preparatórios da assembléia fazem parte do processo deliberativo e são suscetíveis de determinar a invalidade das deliberações e, por consequência, as infrações da

572

MAURIZI, Sulla sospensione, con il provvedimento d'urgenza ..., op. cit., p. 53.

lei ou dos estatutos verificados quanto a eles e podem ser invocados como fundamento do pedido de anulação ou de suspensão das deliberações sociais.”⁵⁷³

Quando a própria convocação, enquanto deliberação societária, traz vício insanável, a ordem de suspensão, em ação de obrigação de fazer ou não fazer, cumulada com outra que desconstitua a convocação viciada, deve ser deferida para suspender a própria convocação. Aqui a primeira hipótese quando se fala de “suspensão de convocação de assembléia.

Entretanto, o ato de convocação pode estar formalmente perfeito, o que não obsta que esta mesma convocação esteja acompanhada de ameaça a determinado direito; ameaça que não consta e nem do ato de convocação se presume. É preciso lembrar que uma ordem de suspensão de convocação de assembléia — concebida na primeira hipótese —, enquanto liminar antecipatória de uma ação de obrigação de fazer ou não fazer, terá como ação cumulada uma ação de anulação/nulidade da própria convocação.

Afastada a hipótese de ordem de suspensão da convocação, com ação cumulada de anulação/nulidade, restam ainda duas hipóteses que não podem ser confundidas, embora até hoje genericamente tidas como “suspensões cautelares de convocação de assembléia”. A segunda hipótese pode ser resumida pela jurisprudência citada por Galeno LACERDA:

Cumpre registrar, finalmente, caso talvez sem precedentes ocorrido no Rio Grande do Sul, de sustação liminar em ação cautelar inominada, não de deliberação, mas da própria realização de assembléia em sociedade anônima, em face de irregularidades atribuídas aos diretores, com o objetivo de evitar aprovação das contas.⁵⁷⁴

573 PIMENTA, op. cit., p. 30.

574 LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 8, tomo I (artigos 796 a 812), op. cit., p. 236.

Aqui não há qualquer irregularidade no ato específico de convocação da assembleia. O ato da convocação da assembleia é formalmente inquestionável. As ilegalidades apontadas estão fora da convocação em si. São, como quer o exemplo de Galeno LACERDA, “irregularidades atribuídas aos diretores, com o objetivo de evitar a aprovação das contas”. Estas irregularidades, que nada têm de convocação (em si uma deliberação, vale repetir), indicam a impossibilidade de realização válida da assembleia, não obstante, regularmente convocada.

As irregularidades apontadas são também insanáveis, comprometendo definitivamente a realização da assembleia. Nestas hipóteses concretas é necessária a ordem de não fazer a assembleia, sem qualquer ação cumulada, evitando que a assembleia se realize sem que sejam afastadas as irregularidades apontadas e que são o fundamento da obrigação de não fazer. É como na lição de MAURIZI:

*Qualora invece, prima della riunione assembleare si possa ragionevolmente ritenere che l'assunzione della delibera provocherà effetti pregiudizievoli, ben si potrà far ricorso alla tutela cautelare d'urgenza ex articolo 700 c.p.c. la cui ratio, come è noto, 'non è certamente soltanto quella di evitare che il ritardo nella rimozione degli effetti di un comportamento, li renda definitivamente pregiudizievoli ma, a maggior ragione, quella di evitare che tali effetti si producano.*⁵⁷⁵

Entretanto, o exemplo de Galeno LACERDA não comporta apenas esta interpretação. Imagine-se a possibilidade, não pouco provável, em que as alegadas irregularidades cometidas pelos diretores para evitar a aprovação das contas, como consta do acórdão, ensejavam apenas um fazer ou um não fazer daqueles agentes sociais que podem ser supridos antes da realização da assembleia. Enfim, uma obrigação dos agentes sociais que não tenham comprometido, como ocorre

575

op. cit., p. 51.

MAURIZI, Alessandro. Sulla sospensione, con il provvedimento d'urgenza ...,

na segunda hipótese concebida, a realização da assembléia regularmente convocada.

Os diretores, por exemplo, e aqui estaria a irregularidade, deixaram de submeter ao conselho fiscal as contas que deveriam ser votadas na assembléia designada. Pelo estatuto, hipoteticamente, há necessidade de prévia análise das contas pelo referido conselho, obstada pelo 'irregular' ato dos diretores. Os diretores — é possível dizer — têm a obrigação de submeter as contas ao conselho. Designada a assembléia, ainda não o fizeram. Nesta obrigação de fazer há justificado receio de ineficácia do provimento final, na linguagem do Código, representado pela realização da assembléia para aprovação das contas sem prévio parecer do conselho fiscal. Aqui a ação a ser proposta é ação de obrigação de fazer com a antecipação de tutela prevista pelo parágrafo terceiro do artigo 461 do Código de Processo Civil, igualmente sem qualquer necessidade de demanda desconstitutiva cumulada. Não há nada a desconstituir; muito menos a declarar. A pretensão se resume ao fazer da sociedade, por seus representantes. Aqui a terceira e última hipótese quando se fala, equivocada e genericamente, de suspensão de convocação de assembléia.

Nestes casos a situação enseja tão-somente antecipação da obrigação de não fazer. MONTESANO, por exemplo, fala em hipótese onde a irregularidade *"consista nella violazione di un obbligo di non fare infungibile (nella specie, non mutare la situazione della società con la convocazione dell'assemblea)"*⁵⁷⁶.

Isto já vem sendo abordado em outras partes do trabalho, aqui se quer unicamente fixar a noção de que frente a uma assembléia — ainda não realizada — que indique em grau de verossimilhança violação da lei ou do estatuto, somada ao 'justificado receio', nem sempre é necessário que a ordem de fazer ou não fazer venha acompanhada de uma demanda desconstitutiva ou declaratória cumulada.

Há casos em que a pretensão se limita à ordem de fazer ou não fazer e por isso não se deve propor qualquer outra ação, que viria maculada pelos mesmos vícios das ações principais inúteis aqui já comentadas.

Em síntese, viu-se que quando houver irregularidade insanável — porque se sanável descabe ordem de suspensão — no ato em si de convocação de assembléia, é de se propor suspensão da deliberação convocatória (através de ordem à sociedade emanada de ação de obrigação de fazer ou não fazer), tendo como ação cumulada uma ação de anulação ou nulidade da própria convocação. Esta a primeira hipótese.

Quando, por outro lado, porquanto haja inquestionável regularidade na convocação da assembléia, persista ameaça de lesão a direito, por irregularidades que nada têm com o ato de convocação em si, é lícito, ao ativamente legitimado para tal, requerer, em ação de obrigação de não fazer, ordem de suspensão da realização da assembléia. É a segunda hipótese.

Há, por fim, hipóteses que se valeram muitas vezes de demandas cautelares apenas em face da inexistência da previsão hoje expressa do § 3º do artigo 461 do Código de Processo Civil. Muitas vezes se está diante de uma típica ação de obrigação de fazer ou não fazer por parte de um administrador — na representação da sociedade, por óbvio —, e não será a designação de uma assembléia que irá descaracterizar esta obrigação, fazendo nascer a necessidade de cumulação de uma ação constitutiva negativa ou declaratória. Nestas hipóteses a simples ordem à sociedade, em ação autônoma em relação à assembléia, poderá afastar as irregularidades indicadas e possibilitar a realização válida do conclave. Nisso reside a terceira hipótese.

6.3 A CONVOCAÇÃO URGENTE DE ASSEMBLÉIA

É certo que antes da reforma do Código, ou ainda hoje, em razão da insuperada e multicitada incompreensão que a ausência da codificação dos provimentos antecipatórios causou, quem pretender um provimento judicial de convocação de assembléia proponha uma “ação declaratória do direito de convocar assembléia”. Como preparatória desta ação de declaração, o autor poderia propor uma ação cautelar em que o juiz liminarmente determinasse a validade da convocação. Ou ainda, é possível que se requeira um provimento antecipatório, em ação declaratória, que declare sumariamente válida a convocação.

À luz de tudo que vem sendo dito, tanto a imaginada cautelar como a antecipação concebida não se prestam ao fim pretendido pelo autor. Ou melhor, não são tecnicamente apropriadas, sem qualquer apego a excesso de formalismo — como amplamente debatido.

Para a correta análise do ponto é preciso notar o que prevê o artigo 123 da Lei de Sociedades por Ações :

Compete ao Conselho de Administração, se houver, ou aos diretores, observado o disposto no estatuto, convocar a assembléia geral.

Parágrafo único - A assembléia geral pode também ser convocada:

(...)

b) por qualquer acionista, quando os administradores retardarem, por mais de 60 (sessenta) dias, a convocação, nos casos previstos em lei ou no estatuto.

Modesto CARVALHOSA diz que “a lei prevê a hipótese de convocação da assembléia geral por acionista individual, no caso de descumprimento dessa

obrigação legal ou estatutária por parte dos administradores” e explica ainda que “trata-se de direito e não de obrigação do acionista”⁵⁷⁷.

“Convocação é a notificação dos acionistas para se reunirem em assembléia geral a fim de deliberarem sobre o assunto de interesse social”, define CARVALHOSA invocando conceito de HALPERIN⁵⁷⁸. A partir deste conceito CARVALHOSA conclui que:

Sob o ponto de vista subjetivo, deve ser entendida a convocação não como uma notificação, mas apenas como um convite, na medida em que o comparecimento do acionista ao conclave não é dever, porém direito individual e inderrogável (artigo 125). Objetivamente, no entanto, é uma notificação, já que é meio pelo qual se dá ciência aos acionistas da reunião que irá realizar-se a fim de que não possam, em qualquer hipótese ou sob qualquer pretexto, alegar ignorância relativamente à realização do conclave⁵⁷⁹.

Vários países têm legislação com previsão expressa para que o poder judiciário convoque assembléias em hipóteses específicas, o que não ocorre no Brasil⁵⁸⁰. Não obstante a ausência de previsão expressa, é óbvio que o poder judiciário, ainda que não diretamente, poderá fazê-lo. Como e quando é o que deve ser discutido.

577 CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 543.

578 CARVALHOSA, op. cit., p. 536.

579 Ibid, loc. cit.

580 “Na França, a lei de 1966, em seu artigo 158, preceitua que os acionistas não podem reunir-se por autoridade própria, mas podem dirigir-se ao Tribunal, pedindo que este designe um mandatário para convocar a assembléia geral. Na Argentina, a lei de 1972, em seu artigo 236, admite que, no caso de pedido de convocação de assembléia geral, que não tenha sido atendido, os acionistas recorram ao Judiciário ou à autoridade de controle estatal. Na Espanha, o artigo 57 da Lei das Sociedades Anônimas de 1951 dispõe que, na hipótese de os administradores serem negligentes e não convocarem a assembléia geral, poderão os acionistas solicitar ao Judiciário autorização para convocá-la *ut singuli*. Na Itália, o artigo 2.367 do Código Civil de 1942 preceitua que, se os administradores não atenderem a pedido de convocação formulada por acionistas titulares de 1/5 do capital social, tal convocação será ordenada por decreto do presidente do Tribunal. Nos Estados Unidos, a legislação de alguns Estados também prevê a possibilidade de convocação da assembléia geral extraordinária (*special meeting*) pelo Judiciário”. (CARVALHOSA, op. cit., p. 548-549).

Pelo que foi mencionado é certo concluir que: a) em determinadas hipóteses pode um acionista individual, entre outros exemplos possíveis, convocar a assembléia; b) ninguém pode ser compelido a comparecer à assembléia convocada, já que no alvitre de CARVALHOSA “o comparecimento do acionista ao conclave não é dever, porém direito individual”; c) a convocação é objetivamente uma notificação aos acionistas.

Inferre-se disso que a legitimidade ativa para a ação — seja ela qual for — pode ser exercida por acionista individual. É também possível concluir que o juiz não pode “determinar o comparecimento” dos acionistas, mas tão-somente assegurar a realização da assembléia.

Desse modo, numa hipótese concreta, se o acionista individual, porque há mais de dois anos não se convoca a assembléia ordinária (para evidenciar o direito material), encaminha pedido por escrito e fundamentado aos administradores, com a indicação, inclusive, das matérias a serem incluídas na ordem do dia, e não é atendido, ou seja, a sociedade, pelos administradores, se abstém de convocar a assembléia (preenchendo os requisitos do artigo), pode este mesmo acionista, por conta própria, convocar o conclave. Basta notificar os interessados quanto à data e o local da assembléia, até porque — foi visto — “a convocação é objetivamente uma notificação aos acionistas”. Não há aqui qualquer intervenção do poder judiciário para viabilizar a convocação dos acionistas.

Se o acionista optar por provocar o poder judiciário, são duas as ações equivocadas do imaginário acionista individual do exemplo concebido. Uma delas é propor uma “ação declaratória do direito de convocar assembléia”, pedindo uma declaração antecipada da validade da convocação. O pedido é tecnicamente possível, mas, por tudo que já foi dito, não goza de qualquer efetividade, de qualquer utilidade. É que esta declaração sumária tem apenas, como advertem os italianos Gabriele CUONZO e Roberto VALENTI, “*un effetto di coazione psicologica*

sull'intimato a non ledere il diritto provvisoriamente accertato"⁵⁸¹. Pinheiro CASTELO diria que esta declaração sumária tão-somente "pode induzir a um espontâneo adimplemento e a desencorajar comportamentos em desconformidade com o reconhecimento de probabilidade explícito na declaração urgente"⁵⁸². Se os acionistas convocados, ainda assim, presumirem ilegal a convocação e acreditarem na improcedência da ação, deixando de comparecer, nada poderá ser feito. Ao final, procedente a ação, as implicações legais do não comparecimento são exatamente as mesmas que adviriam de um não comparecimento sem a declaração sumária. É por isso que a declaração sumária, na maioria das vezes, e como já se concluiu antes, não passa de mero "conselho judicial".

Outra hipótese já apontada é veicular uma cautelar inominada à "ação declaratória do direito de convocar assembléia", para pedir que o juiz liminarmente determinasse a validade da convocação. Essa cautelar, entretanto, não é verdadeiramente cautelar, pois não assegura nada, fazendo as vezes da inefetiva declaração sumária comentada no parágrafo anterior.

Além disso, nestes casos, caberia ao acionista individual tomar todas as providências práticas para a convocação, como, por exemplo, antecipar as respectivas despesas de publicação.

A ação correta é outra. A convocação, como já foi visto, independe da sociedade. Se a sociedade se abstém de convocar a assembléia — conforme hipótese do art. 123, inciso *b* —, pode este mesmo acionista individual providenciar a convocação da assembléia. Entretanto, a abstenção da sociedade pode significar que ela venha a criar óbices práticos à realização da assembléia convocada. E mais, pode ser que o acionista individual não tenha condições financeiras de assumir as despesas com a convocação ou outras necessárias à realização da assembléia. E é certo que as despesas com a convocação correm por

581 CUONZO & VALENTI, op. cit., p. 85.

582 CASTELO, op. cit., p. 444.

conta da sociedade, pois era a essa que competia promover a convocação, observa Fran MARTINS⁵⁸³.

Nesta hipótese há evidente obrigação legal e estatutária da sociedade convocar a assembléia. Disso é possível deduzir dois pedidos cumulados — ambos com fundamento no artigo 461 do Código de Processo Civil: o primeiro, uma obrigação de não fazer, consubstanciada em ordem, sob pena de multa, à sociedade para que não crie qualquer óbice à realização da assembléia; o segundo, uma obrigação de fazer, consubstanciada em ordem à sociedade, também sob pena de multa, para que promova os atos materiais necessários à realização do conclave, tais como publicações, locação de espaço apropriado à reunião etc.

É fácil constatar que nesta hipótese não se quer declaração alguma, mas, sim, ordem à sociedade que vem descumprindo a obrigação legal e estatutária de convocar a assembléia.

6.4 ANTECIPAÇÃO DE SOMA EM DINHEIRO NA APURAÇÃO DE HAVERES

A dissolução parcial de sociedade, que em verdade não passa de uma avaliação atual do patrimônio social para, com base nele, definir a parcela que tocará ao sócio dissidente, é uma fórmula elaborada pela doutrina e amplamente admitida pelos Tribunais e “encontra nas Limitadas utilização intensiva que permite aos quotistas obterem, na via judicial, resultado semelhante ao alcançado pelo direito de recesso ou a retirada em sociedades anônimas — com a substancial diferença de que, aqui, não precisam alegar nenhuma das hipóteses que constam na lei, em elenco fechado, como pressuposto para o exercício deste direito (no caso do Decreto nº 3.708, a divergência na alteração do contrato social, artigo 15)”⁵⁸⁴.

583 MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro : Forense, tomo I, v. 2, nº 162, p. 549.

584 NUNES, Márcio T. G. *Dissolução Parcial de Sociedade*. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 19.

Márcio NUNES, autor de monografia sobre a matéria, lembra o procedimento da dissolução parcial:

Procedente o pedido de dissolução, segue-se a apuração dos haveres do sócio que se retira, conforme determinar a sentença e quantificar a execução – admitida inclusive a liquidação por arbitramento -, tendo por base, segundo a doutrina majoritária, o valor efetivo, real e atualizado do patrimônio da sociedade, *embora não haja*, na hipótese, propriamente, um procedimento liquidatório normal.⁵⁸⁵

Assim é, portanto, um processo normal de dissolução parcial de sociedade, com cognição exauriente e execução diferida, muitas vezes, com necessidade de liquidação por arbitramento. Haverá casos, entretanto, que a hipótese concreta presumirá necessidade de provimento urgente. Disso trata o ponto.

Antes da reforma do Código de Processo, ou, mais especificamente, da introdução da antecipação de tutela, a jurisprudência — abrindo o caminho que a lei deixava de indicar — vinha deferindo ‘medidas cautelares’ para ‘garantir o resultado útil do processo principal’ que ordenavam o pagamento de *pro labore* ao sócio dissidente na pendência do processo de dissolução parcial⁵⁸⁶. Estas ‘medidas cautelares’, obviamente, nada tinham de cautelar, servindo, na verdade, ‘como veículo para a realização antecipada de direitos que só poderiam ser tutelados ao final do procedimento comum’.⁵⁸⁷

Com a codificação da antecipação de tutela, não há mais espaço para este tipo de “cautelar”. É possível agora, preenchidos os requisitos do artigo 273 do

585 NUNES, op. cit., p. 22.

586 Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. 4ª Câmara Cível, j. em 16.04.1997. Ap. nº 4.977/95. Relator: Des. Wilson Marques. ADCOAS, nº 8.155.827.

587 MARINONI, Luiz Guilherme. Da passagem do processo civil clássico para o processo civil contemporâneo: as razões perdidas., op. cit., p. 230.

Código de Processo, antecipação do pagamento de soma em dinheiro em ação de dissolução parcial, antecipando o pagamento dos haveres que só seriam objeto de posterior ação de execução.

Observa MARINONI que “embora nova entre nós, a tutela antecipatória de pagamento de soma em dinheiro é conhecida há muito no direito comparado. No direito italiano, por exemplo, é possível que o trabalhador peça, sem necessitar aludir a receio de dano irreparável ou de difícil reparação, não só o pagamento da soma não contestada, como também o pagamento da soma contestada, que pode ser antecipada a *título provvisorio*”⁵⁸⁸.

Apesar de nova no direito brasileiro, a antecipação de soma em dinheiro é provimento muito útil a várias situações concretas, sendo “uma arma poderosíssima contra os males corrosivos do tempo no processo”⁵⁸⁹. É o caso da apuração de haveres. Muitas vezes o sócio retirante não pode esperar a longa tramitação de um processo ordinário de dissolução parcial. O valor a ser ‘apurado’, muitas vezes, é o único existente à subsistência da família, em exemplo possível. Nestes casos é lícito ao juiz, sempre preenchidos os requisitos do Código, antecipar pagamento de soma em dinheiro. Quase sempre, haverá uma parte incontroversa dos haveres a serem apurados, sendo possível, nestes casos, independentemente de urgência, a antecipação com fundamento no inciso segundo do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Nisso aquiesce a maioria. Quando se fala do modo de atuação desta antecipação de pagamento de soma em dinheiro é que o consenso se desfaz. O certo é que a antecipação possa avançar até a efetiva entrega do dinheiro ao autor da demanda, como única forma de realmente caracterizar a satisfatividade buscada. Não é o que pensa boa parte da doutrina.

588 MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo Direito Processual Civil Brasileiro*, op. cit., p. 49.

589 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. op. cit., p. 138.

Ovídio BAPTISTA observa que “as medidas antecipatórias, tal como elas foram inseridas no contexto do Código, encontram-se em ambiente manifestadamente hostil, posto que seu manejo não pode prescindir da utilização de princípios e normas que lhe são por natureza adversos”⁵⁹⁰. Esse ambiente hostil faz surgir entendimento, como o de CALMON DE PASSOS, no sentido de que “admitir a antecipação do que será irreversível é transformar em definitiva uma execução que dessa natureza não se pode revestir ou se colocar o executado”.⁵⁹¹ Esta posição sustenta um entendimento que fixa o limite da antecipação do pagamento de soma em dinheiro na penhora, equivalendo-a à execução provisória⁵⁹². Este entendimento, no entanto, não serve à satisfação do direito do autor que não pode esperar o fim do processo para se valer de parte do que tem direito com a dissolução parcial.

O fato é que “a estreita ligação que se quis estabelecer entre execução provisória e o cumprimento dos provimentos de antecipação funcionam de fato como fortes elementos de restrição ao uso da tutela antecipatória”, como assevera Carlos Alberto CARMONA⁵⁹³.

Restringir o alcance da antecipação do pagamento de soma em dinheiro de parte dos haveres a serem apurados não faz o menor sentido; é retirar qualquer cunho de satisfatividade da medida; é esvaziar a perspectiva de efetividade que ela pode representar. A antecipação do pagamento de soma em dinheiro da apuração de haveres só faz sentido se realmente antecipar, fazendo chegar ao autor o objeto desta antecipação. A necessidade de subsistência da família do

590 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Antecipação da tutela: Duas perspectivas de análise. *Revista de Informação e Debate, Jurídica Brasileira*, vol. 1, p. 251.

591 PASSOS, Da antecipação da tutela. In: TEIXEIRA, (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*, op. cit., p. 210.

592 “Quanto à execução da tutela antecipada, há pelo menos uma sintonia: trata-se ela de uma execução provisória ...” (FERREIRA, William Santo, op. cit., p. 175).

593 CARMONA, Carlos Alberto. A Antecipação de Tutela no Direito Processual Civil Brasileiro. *Revista de Informação e Debate, Jurídica Brasileira*, v. I, 1999, p. 89.

autor, enquanto exemplo que autoriza a concessão, não se supre com uma antecipação que tenha a execução provisória como parâmetro operativo. Até porque, “a satisfação só tem sentido na sua dimensão dinâmica, ou seja, no plano da realidade, da vida social”⁵⁹⁴. É como defende Pinheiro CASTELO:

Incidirá em verdadeira *contradictio in terminis* um provimento antecipatório que não possa ser satisfativo por não permitir atos que importem alienação de domínio ou levantamento, sem caução idônea de depósito de dinheiro, quando tais atos sejam necessários para o cumprimento de sua finalidade de obstar a periclitacão da incolumidade do direito tutelado.⁵⁹⁵

A questão é que sem a efetiva entrega do dinheiro ao autor não se pode falar nem mesmo em satisfatividade, como já se observou. “Em outros termos, se o provimento antecipatório não for além da penhora, realizando a *hasta* pública e o pagamento, este não será satisfativo. E, se não for satisfativo, não será antecipatório!”⁵⁹⁶. Qualquer coisa diferente disso será, como observou Ovídio Baptista, mera “promessa de antecipação”⁵⁹⁷.

A questão é simples. Só há antecipação com satisfação e não se pode falar em satisfação sem a entrega do dinheiro ao autor que demonstre, em grau de verossimilhança, a existência de “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”, na linguagem do Código de Processo. A conclusão de Luiz Guilherme MARINONI é definitiva ao ponto:

Quem pede tutela antecipatória de pagamento de soma com base no artigo 273, do Código de Processo Civil, parte da premissa de que o não pagamento antecipado ocasionará dano irreparável. A urgência, que é requisito indispensável para a tutela fundada no artigo 273, I, é completamente incompatível com a idéia de que a execução deve parar na

594 CASTELO, op. cit., p. 143.

595 Ibid, p. 357.

596 CASTELO, op. cit., p. 603.

597 SILVA, O processo civil e sua recente reforma, op. cit., p. 418.

penhora, pois o fim não é o de assegurar a viabilidade da realização do direito de crédito, mas o de tutelar uma situação que depende da realização do direito de crédito.⁵⁹⁸

Por fim, é importante destacar que a pretensão do autor, em face das circunstâncias do caso concreto, pode se resumir à pretensão cautelar de arresto, por exemplo. Se o autor tiver exclusivamente receio de que a administração da sociedade irá dilapidar o patrimônio a ponto de inviabilizar a futura execução dos haveres apurados, sem que haja necessidade de pronta satisfação do direito, deve limitar seu pedido ao arresto dos valores necessários à garantia da execução.

Nada obsta, portanto, a concessão de provimento cautelar no âmbito da apuração de haveres, não obstante com objetivo diverso da antecipação do pagamento de soma em dinheiro, o que determina diversidade de natureza dos provimentos abordados.

A diferença entre as duas hipóteses é cristalina.

Embora o capítulo tenha sido batizado de “Antecipação de soma em dinheiro da apuração de haveres”, é certo que essas mesmas conclusões são válidas para todas as hipóteses em que uma relação societária ensejar antecipação de soma em dinheiro.

6.5 EXIBIÇÃO, BUSCA E APREENSÃO DE LIVROS DE SOCIEDADE

Destaca Waldirio BULGARELLI que ainda sob a influência da então recente Lei Alemã de 1937, o Decreto-lei 2.627 de 1940 consagrava, além dos direitos gerais dos acionistas, outros dispositivos entendidos como flagrantemente endereçados à proteção das minorias, como por exemplo, “o direito à exibição

598

MARINONI, Questões do Direito Processual Civil Brasileiro, op. cit., p. 52.

judicial dos livros (artigos 57 e 58, *alínea c*)”⁵⁹⁹. Ramiro PODETTI fala até mesmo em intervenção judicial na sociedade para assegurar a exibição de livros⁶⁰⁰, em hipótese que será mais adiante abordada.

Ninguém poderá contestar o direito do sócio ou do acionista à exibição dos livros da sociedade. E por isso “nenhuma sociedade mercantil pode recusar aos sócios o exame de todos os livros e documentos de sua escrituração e, se não houver em seus atos constitutivos limitações de tempo e lugar, o direito dos sócios é exercitável sempre que estes o pretenderem”.⁶⁰¹

Disso ninguém dissente, até porque, há previsões legais a garantir este direito. Há, entretanto, uma diferença entre a forma de exercício deste direito nas sociedades anônimas e nas demais sociedades; isso porque, nas palavras de Modesto CARVALHOSA, “o caráter eminentemente capitalista da companhia pressupõe, na maioria dos casos, que o exercício desses direitos deve originar-se de um efetivo interesse patrimonial, na melhor condução dos negócios sociais, no interesse do próprio acionista e no comum a todos”⁶⁰².

Nas sociedades anônimas também não se pode esquecer que o direito do acionista individual de fiscalizar se efetiva mediante o Conselho Fiscal,

599 BULGARELLI, Waldirio. *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A ...*, op. cit., p. 14-15.

600 PODETTI, J. Ramiro. *Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral IV: Tratao de Las Medidas Cautelares*. Buenos Aires : Ediar, 1956, p. 258-259.

601 OLIVEIRA, C. A. Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., v. VIII, tomo II, Editora Forense, p. 178. Fernando Boiteux ensina que “a exibição integral consiste em pôr os livros à disposição do interessado, que tem este direito especial e excepcional para serem por ele compulsados, lidos e examinados minuciosamente desde a primeira à última página; implica num exame completo, a indagação de todo o estado patrimonial e do movimento dos negócios da casa comercial. A pessoa a favor de quem é ordenada a exibição integral tem a faculdade de extrair desses livros quanto lhe possa ser útil, por isso que se trata de livros comuns”. (BOITEUX, Fernando. A exibição de livros comerciais e a prisão dos administradores da empresa requerida. *Atualidades Forense*, nº 114, ano 12, jan./fev., p. 21, 1998.)

602 CARVALHOSA, op. cit, p. 305.

participação nas assembléias, verificação dos demonstrativos financeiros e relatórios, pedidos de informações.⁶⁰³

O certo é que a previsão, na Lei de Sociedades por Ações, do artigo 109, ao estabelecer que “nem o estatuto social nem a assembléia geral poderão privar o acionista dos direitos de (...) fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais”, assegura expressamente este direito de fiscalizar. As limitações acima justificadas — a este direito de fiscalizar — estão assim consubstanciadas no artigo 105 da mesma Lei:

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.

Há, portanto, limitação que restringe o direito de fiscalizar à minoria (cinco por cento do capital social) e não ao acionista individual, além de se exigir “fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia”⁶⁰⁴, nos termos da previsão transcrita. Às demais sociedades mercantis não há restrições deste tipo.

Pois bem, ao lado das previsões de direito material que garantem o direito de fiscalizar e o conseqüente direito de acesso aos livros da sociedade, fixa o

⁶⁰³ CAMPOS, Gustavo Leopoldo Caserta Maryssael de; COSTA, Marcos da e NUNES, Mérces da Silva. In: *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, Coord. VIDIGAL, Geraldo de Camargo; SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999, p. 324.

⁶⁰⁴ “Em se tratando de sociedades por ações, a exibição por inteiro fica condicionada a dois requisitos específicos: a) pedido de acionista que representem pelo menos 5% do capital social; e b) sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer órgão da companhia (Lei nº 6.404, de 15.12.76, artigo 105; idem na revogada Lei das Sociedades Anônimas, Decreto-Lei nº 2.627, de 26.09.40, artigo 57). Cuida-se, segundo a lei, de direito essencial, de que o acionista não poderá ser privado, nem pelo estatuto social, nem pela assembléia geral (Lei nº 6.404,

Código de Processo Civil que “tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial: (...) II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamenteiro, depositário ou administrador de bens alheios; III - da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei”⁶⁰⁵.

Ainda tratando de exibição de documentos, o Código também estabelece que “o juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder”, em previsão similar à constante do artigo 381 do mesmo Código de Processo Civil⁶⁰⁶.

Estas exibições de documentos não têm a mesma natureza e é nisso que consiste o primeiro problema a ser abordado. Algumas são cautelares, outras não. Diz Ovídio BAPTISTA, por exemplo, que “a distinção científica entre tutela satisfativa e tutela cautelar nunca será mais imperiosa do que no momento em que se enfrente a tarefa de conceituar as ações de exibição, separando adequadamente as que sejam cautelares das outras que não o sejam”⁶⁰⁷.

A primeira definição é separar da discussão as hipóteses dos artigos 355 a 363 e 381 do Código de Processo Civil. É também como diz Ovídio BAPTISTA: “Separemos, portanto, as espécies. Uma coisa é exibição incidente de documento, segundo os artigos 355 a 363, ou, na hipótese do artigo 381, que não é cautelar, justamente porque aí a exibição é para imediata produção de prova exibida e não simplesmente para sua assecuração”⁶⁰⁸. Não há, portanto, qualquer cautelaridade

citada, artigo 109, III)” (OLIVEIRA & LACERDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 178).

605 Artigo 844 do Código de Processo Civil.

606 “O juiz poderá 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”.

607 SILVA, *Do processo cautelar*, op. cit., p. 340.

608 Ibid, p. 355.

nestas hipóteses, “nada há, aí, de cautelar; o juízo é de admissibilidade da prova a ser exibida, prescindindo do exame do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*”⁶⁰⁹. Também aqui não se fundamentam propriamente as ações de exibição dos livros da sociedade. Neste ponto, nenhuma dissidência na doutrina.

Restam as citadas previsões de direito material e ainda a exibição de documentos tratada pelo já transcrito artigo 844 do Código de Processo Civil. Aqui cessa a unanimidade da doutrina. Abordando o artigo 105 da Lei de Sociedades por Ações, Francisco Aurélio DENENO sustenta tratar-se “de medida cautelar, preparatória de ação principal, nos moldes dos artigos 796 e 844 do Código de Processo Civil”⁶¹⁰. Nesta linha, Modesto CARVALHOSA confirma o entendimento de que “o processo de exibição não constitui um fim em si mesmo, mas é um processo acessório que supõe, necessariamente, um processo principal em que serão apreciadas as provas colhidas por meio de exibição”⁶¹¹.

Para estes autores, portanto, todas as ações de exibição são cautelares, preparatórias em relação a um necessário processo principal, ao qual se vinculam obrigatoriamente. Não haveria, também para estes autores, uma ação de exibição autônoma, fundada em um direito material que nada tem de cautelar e que não pressuponha uma ação principal.

A posição, com o máximo respeito aos autores citados, é equivocada, pois, ao lado da ação cautelar de exibição de documento há também uma ação de

609 OLIVEIRA, C. A. Alvaro de; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed., v. VIII, tomo II, Editora Forense, p. 162. Os mesmos autores fazendo a distinção entre as previsões dos artigos referidos e a exibição cautelar, aduzem que “a natureza cautelar dessa espécie de exhibitória, antecedente à lide principal, resulta da sua não-satisfatividade, enquanto destinada a assegurar a prova, não a produzi-la, tal como ocorreria se exibidos o documento ou a coisa nos autos do processo principal. Não há confusão possível entre uma e outra; basta pensar que a prova só será realmente produzida quando admitida como tal no processo principal” (op. cit., p. 164).

610 Alonso, Félix Ruiz. In: **Comentários à Lei das Sociedades por Ações**, Coord. VIDIGAL, Geraldo de Camargo; SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999, p. 67.

611 CARVALHOSA, op. cit., p. 223.

exibição autônoma e satisfativa, que com aquela definitivamente não se confunde⁶¹². Ensinaram Alvaro de OLIVEIRA e Galeno LACERDA que “a linha divisória há de ser traçada considerando-se que nas satisfativas ocorre efetivamente atendimento ao direito material de exibição, enquanto nas cautelares, atento ao risco de dano, o juiz não satisfaz, mas apenas assegura”⁶¹³. Esta posição vem sendo adotada também por parte da jurisprudência⁶¹⁴.

A ação cautelar de exibição não se fundamenta no direito material consubstanciado nas previsões citadas (artigo 105 da Lei de Sociedades por Ações; artigo 18 do Código Comercial). A ação cautelar de exibição — que tem no artigo 844 do Código de Processo Civil seu fundamento legal — presta-se exclusivamente à assecuração de provas. Não satisfaz o direito à exibição por inteiro de livros da companhia, como prevê o artigo 105 da Lei de Sociedades por Ações, apenas assegurando a prova para a ação principal, de quem é dependente.

Referindo-se ao artigo 18 do Código Comercial⁶¹⁵, Ovídio B. SILVA sustenta que “ao comercialista, ou ao próprio processualista, que leia este dispositivo, não haverá de ocorrer a estranha idéia de que o Código Comercial brasileiro, de 1850, estivesse a tratar da ação cautelar exhibitória de livros e escrituração comerciais. Cuida-se aí a toda evidência de uma espécie de ‘direito à exibição’ inconfundível com a pretensão cautelar, sempre ligada, como temos dito,

612 “Embora o Código só tenha tratado da exibição como incidente da prova e como medida cautelar preparatória, o certo é que pode ela ser admitida em satisfação também de pretensões de direito material autônomas, como a do artigo 18 do Código Comercial” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, op. cit., p. 277).

613 OLIVEIRA & LACERDA, op. cit., p. 182.

614 Brasil. Supremo Tribunal da Justiça-4ª Turma. Recurso Especial 59.531-SP. Relator: **Ministro Cesar Rocha**. 26 ago. 1997. Revista dos Tribunais, 611/76, p. 51.594. São Paulo. Tribunal da Justiça Especial. 96/280. Rio Grande do Sul. Tribunal da Justiça. 177/360.

615 “Art. 18. A exibição judicial de livros e escrituração comercial por inteiro, ou de balanços gerais de qualquer casa de comércio, só pode ser ordenada a favor dos interessados em questões de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil por conta de outrem, e em caso de quebra”.

a uma pretensão probatória”⁶¹⁶. Ernani FIDELIS, neste mesmo sentido, informa que:

pelo que se infere dos exemplos históricos, o pedido de exibição, ainda que possa ser a causa remota de qualquer processo posterior, nunca teve o fito de provar fato, referente a pedido satisfativo que se vai formular. O objetivo da exibição, na verdade, sempre foi, para o interessado, o de tomar conhecimento da coisa ou do documento, a fim de se posicionar com relação a seu direito ou obrigação, conforme lhe parecer próprio.⁶¹⁷

Parece óbvio que essas ações fundadas em previsões do direito material (artigo 105 da Lei de Sociedades por Ações; artigo 18 do Código Comercial) efetivamente não têm natureza cautelar, decorrem de pretensão à exibição fundada em direito material. A procedência da ação cautelar de exibição nada tem com o direito material estabelecido por aquelas disposições. E é por isso que se diz que “sendo formulada como demanda cautelar, que sempre será preparatória, com finalidade de assegurar prova, a existência ou inexistência de um direito material à exibição é indiferente para o cabimento da ação. Basta-lhe o interesse processual, probatório”⁶¹⁸.

Assim, é lícito concluir que o sócio ou o acionista têm três opções quando se falar genericamente em exibição de documento. A comentada hipótese dos artigos 355 a 363 e 381, que se presta à imediata produção de prova exibida. Uma segunda hipótese, comum a todas as sociedades e ditada pelo artigo 844 do Código de Processo, de natureza cautelar e que serve a assegurar a prova, subordinada exclusivamente ao interesse processual. E, por fim, a terceira hipótese, ditada pelas citadas disposições de direito material e, nas sociedades anônimas, com o exercício limitado pelo artigo 105 da Lei de Sociedades por

616 SILVA, Do Processo cautelar, op. cit., p. 352.

617 SANTOS, Ernane Fidelis dos. Aspectos da Exibição Preparatória de coisa ou documento. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 52, 1987, p. 72-73.

618 SILVA, Do Processo Cautelar, op. cit., p. 350.

Ações. As três hipóteses, é visto, têm campos de atuação distintos e definitivamente não se confundem.

Quando o interesse do acionista, numa sociedade anônima, fundar-se no direito de fiscalizar, como lhe outorgam os artigos 105 e 109 da Lei de Sociedades por Ações, “o interesse em ver ou conhecer o documento próprio ou comum, nesta hipótese, é o ‘bem da vida’ tutelado pela lei, como emanção do direito que o requerente tem sobre o documento. Não há, aqui, nenhuma preparatoriedade, relativamente a uma demanda principal subsequente”.⁶¹⁹

Nessas hipóteses, e apenas nessas hipóteses, incidem as limitações ditas pelo artigo 105 da Lei de Sociedades por Ações. É por isso que só tem direito material à exibição de documentos da sociedade a minoria (cinco por cento do capital social) e não o acionista individual, além de se exigir “fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia”, nos termos da própria previsão. Não preenchidos estes pressupostos, deve-se indeferir a demanda autônoma e satisfativa de exibição do acionista de uma sociedade por ações.

Isso não quer significar — como faz supor a tese daqueles que conceituam todas as hipóteses como cautelares — que o acionista individual (possuidor de menos de cinco por cento do capital social) não tenha direito à exibição cautelar, limitada exclusivamente ao interesse processual. Por este motivo está equivocada a decisão que negou “a exibição cautelar requerida por acionista de sociedade anônima, por não ter ele preenchido pressuposto do artigo 105 da Lei nº 6.404 (Lei das Sociedades Anônimas) que outorga o direito à exibição apenas aos acionistas que detenham, no mínimo, ações que correspondam a 5% do capital social”⁶²⁰. O professor Ovídio BAPTISTA é definitivo ao tratar deste limite do artigo 105 da Lei das Sociedades por Ações:

619 Ibid, p. 351.

620 SILVA, Do processo cautelar, op. cit., p. 350.

Este limite apenas diz respeito à pretensão exhibitória não cautelar, ou seja, ao interesse alegado pelo acionista de inteirar-se da realidade contábil da empresa de que participe, sem formular pedido de exibição como medida preparatória de alguma ação que pretenda ajuizar contra a empresa. Neste caso, caberá ao juiz avaliar o interesse processual na exibição, para deferir-lhe o mesmo que o acionista não desfrute da posição acionária indicada pelo artigo 105 da Lei de Sociedades Anônimas.⁶²¹

A exibição cautelar definitivamente não se confunde com a ação de exibição autônoma e satisfativa, onde pode haver pretensão “a que se exhiba o documento, apenas para conhecê-lo, ou para verificar o seu conteúdo ou o estado de sua conservação, sem pretender produzir prova em processo futuro”⁶²², ao contrário do que ocorre com as cautelares, pois nestas hipóteses a ação é sempre preparatória e dependente de uma ação principal.

Definida a questão e afastada qualquer possibilidade de se confundir as hipóteses de exibição de documento, é preciso reconhecer que apenas as exibições verdadeiramente cautelares podem ser veiculadas pelo artigo 844 do Código de Processo. As ações satisfativas e autônomas, nascidas das disposições materiais referidas, não têm previsões no Código de Processo Civil. Isso, evidentemente, não impede a propositura destas mesmas ações de exibição.

Muitos que as admitem como autônomas e satisfativas sustentam que, também pelo artigo 844 do Código de Processo, devem ser veiculadas, prescindindo da propositura da ação principal⁶²³. É exemplo daquilo que a

621 Ibid, p. 356.

622 Ibid, p. 345.

623 “Se o sócio quer se inteirar do conteúdo de algum documento, conforme o direito emergente da relação jurídica societária, pode se valer da ação exhibitória do artigo 844, II, independentemente de outra ação principal futura. Esse pedido não terá finalidade probatória, constituindo tão-somente exercício de direito sobre o conteúdo de documento e isto porque a relação de direito material estabelece uma relação de comunicação de documento, a que corresponde a pretensão de exibição. A demanda exhibitória, nessa hipótese, nada compreenderá de cautelar e muito menos antecederá a outra: a exibição do documento

doutrina convencionou batizar “cautelar satisfativa”. É, entretanto, o direito ao devido processo legal que fixa a carência de uma instrução processual não exauriente, pois o réu, a sociedade, *in casu*, tem direito à instrução completa, pois tem direito de defesa, enfim, de fixar eventual responsabilidade do autor pelo cumprimento de liminar de exibição que depois se mostre ilegítima. Até porque, como adverte Teori Albino ZAVASCKI, “é, pois, direito fundamental do litigante demandado (como do litigante demandante) o direito à chamada cognição completa, exauriente, assim entendida a que submete as soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios nos quais ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos”⁶²⁴. Calderon CUADRADO, neste mesmo sentido, sustenta que “*em ningún momento debe conformarse con la mera verosimilitud*”⁶²⁵.

Como a cautelar, então, não tem estrutura formal para possibilitar a cognição exauriente — direito das partes —, é de se imaginar que fosse processualmente concebida, *de lege ferenda*, uma ação de exibição autônoma e satisfativa. A proposta, entretanto, não encontra aqui o espaço apropriado para o debate, pois que muito mais ampla. Disso já se falou também quando a tendência à *ordinariedad* foi tratada.

É relevante lembrar que em razão de não haver juízo de probabilidade, PONTES DE MIRANDA sustentava que esta ação de exibição — não cautelar — é condenatória ou de preceito cominatório, ou mesmo executiva, dependendo do caso concreto. Parece certo concluir que esta ação de exibição fosse mesmo de preceito cominatório, não obstante a já mencionada inefetividade que sempre marcou esta ação, já que condicionada ao provimento final.

desde logo satisfará o direito do sócio”. (OLIVEIRA & LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 172).

624 ZAVASCKI, *Antecipação de tutela e colisão de direito fundamentais*, op. cit., p. 148.

625 CUADRADO, *Las Medidas Cautelares...*, op. cit., p. 73.

É neste sentido a posição pela qual “pode o interesse do autor, nesses casos, cingir-se ao mero *facere* da exibição. Se assim for, a pretensão do autor pode se tornar muito próxima da execução de obrigação de fazer (Código de Processo Civil, artigo 632), que pressupõe, é claro, vínculo obrigacional entre as partes, o que não se exige aqui”⁶²⁶. Assim, é possível concluir que havendo vínculo obrigacional entre as partes, o que sempre há numa sociedade comercial, a nova ação do artigo 461 é o caminho por onde se deve veicular esta ação de exibição autônoma e satisfativa.

Isso não significa, todavia, condenar esta ação de exibição a uma “ordinariedade” que não lhe é própria, como podem supor alguns. No julgamento destas ações existe a possibilidade de liminar de antecipação de tutela, como ocorre na liminar da exibição cautelar. Na instrução processual, deve o juiz livrá-la de qualquer discussão que não esteja diretamente ligada à obrigação de exhibir, valendo-se sempre que possível, da sumarização formal, representada pelo julgamento antecipado da lide. Nada diferente disso pode ser feito enquanto houver no ordenamento uma única ação de conhecimento para todas as diferentes ações de direito material.

Agora é necessário tratar da possibilidade de busca e apreensão do livros da sociedade, pois vem se decidindo que “a norma legal contida no artigo 105 da Lei 6.404/76 autoriza apenas a exibição dos livros da sociedade, não sua apreensão”⁶²⁷.

É da redação dada ao artigo 105 da Lei das Sociedades por Ações que nasce esta orientação. Diz o dispositivo que “a exibição por inteiro dos livros da companhia pode ser ordenada judicialmente”; apenas ordenada e não apreendida — conclui-se. Na verdade, o juiz deve inicialmente ordenar a exibição, mas se houver resistência à ordem, apreendem-se os livros. A natureza híbrida do artigo

⁶²⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**, op. cit., p. 927.

461 autoriza esta busca e apreensão, enquanto provimento executivo. Até porque, a busca e a apreensão, já informava PONTES DE MIRANDA, podem ser medidas facilitadoras da execução do mandamento de outra medida preventiva.⁶²⁸ O citado artigo 105, enfim, não precisaria dizer que a exibição pode ser ordenada, sujeita a companhia à busca e apreensão na hipótese de descumprimento e ainda cometimento de crime de desobediência pelo administrador resistente⁶²⁹. Disso, por certo, tratam o Código de Processo Civil e o Código Penal.

Essa restrição à busca e apreensão não encontra respaldo quando se fala em exibição cautelar de documentos, pois há muito vem se decidindo que ela “pode ser cumulada com o pedido liminar de sua busca e apreensão, pois são ambos processos cautelares”⁶³⁰.

O certo é que em ambas as hipóteses — cautelar ou satisfativa —, “a solução mais adequada parece ser a de que, logo na primeira recusa, mande o juiz buscar e apreender o documento, a modo de medida executória instrumental, sem prejuízo de instauração de procedimento penal por desobediência à ordem judicial”⁶³¹.

Por fim, é preciso apontar a hipótese, mais adiante abordada, em que a não exibição possa significar até mesmo intervenção judicial na sociedade. PODETTI cogita hipótese onde o gerente não permite o exame dos livros e documentação da sociedade para sustentar que “*en tal supuesto, la intervención se*

627 RT 574/112.

628 PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 8. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1959, p. 353.

629 “Tanto a parte quanto o terceiro titular do documento cuja exibição for determinada em demanda cautelar hão de ficar sujeitos não só à medida de busca e apreensão, mas igualmente à responsabilidade penal por crime de desobediência, como sucede, em geral, com as ordens contidas em sentenças (mandamentais) cautelares” (SILVA, *Do processo cautelar*, op. cit., p. 358).

630 RT 625/85.

631 OLIVEIRA & LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 165.

limitará a asegurar el ejercicio de esos derechos”⁶³². Isso, no entanto, será tratado em capítulo próprio.

6.6 A CAUTELAR NAS DESCONSTITUIÇÕES DE DELIBERAÇÕES SOCIETÁRIAS

6.6.1 DEPÓSITO JUDICIAL DE VALORES EXCESSIVOS DE *PRO LABORE*

Muitas vezes, os provimentos que vinham sendo deferidos sob o manto da cautelar inominada, efetivamente, possuíam a natureza cautelar — natureza de segurança para a execução. É disso que se quer falar, embora já se tenha mencionado hipóteses de cautelares no direito societário.

O novo artigo 152 da Lei de Sociedades por Ações estabeleceu os critérios que a companhia deve seguir para fixar a remuneração global ou individual dos administradores, apurado através de quatro elementos, a saber, a) responsabilidades; b) tempo dedicado às funções; c) competência e reputação profissional; d) valor de seus serviços no mercado⁶³³. É o *pro labore* que Alberto Xavier de FREITAS indica como os “benefícios e vantagens indiretas ou complementares”⁶³⁴.

Não rara a possibilidade de que a assembléia geral exorbite os limites ditados pelo artigo referido, desconsiderando os critérios fixados pelo dispositivo da Lei de Sociedades por Ações. É prática comum nas sociedades, sendo um

⁶³² PODETTI, op. cit., p. 258-259.

⁶³³ É a íntegra do novo dispositivo: “Artigo 152 - A assembléia geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta sua responsabilidade, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado”.

“exemplo-paradigma” para Alaôr SCISINIO, autor que escreveu sobre o abuso do direito das maiorias acionárias⁶³⁵.

Os acionistas legitimados, nestas hipóteses, podem impugnar a deliberação societária, invocando violação da lei e propondo ação desconstitutiva da deliberação societária viciada. Como a propositura da ação, evidentemente, não suspende a eficácia da deliberação atacada, no trâmite do processo haverá continuidade de recebimento do *pro labore* tido como ilegal. Muitas vezes, os acionistas legitimados podem querer, em razão das necessidades da hipótese concreta, ordem à sociedade para que suste a eficácia da deliberação questionada, fazendo com que a remuneração volte ao valor anterior à deliberação ou, ainda, seja “antecipadamente” arbitrada. Neste caso não se está falando em provimento de natureza cautelar, mas em antecipação de tutela já abordada.

Entretanto, a hipótese concreta poderá determinar que os acionistas limitem sua pretensão ao mero depósito da diferença questionada até a conclusão do processo principal desconstutivo. Nesses casos há provimento de natureza nitidamente cautelar. O acionista quer tão-somente assegurar o seu direito de crédito, demonstrando em grau de verossimilhança, a possibilidade de que o administrador frustrar posterior penhora que possa garantir o ressarcimento da parte excessiva do *pro labore*. Não há qualquer dose de satisfatividade neste provimento, pelo contrário, aí está um exemplo típico de um processo eminentemente cautelar.

634 FREITAS, Alberto Xavier. *Administradores de Sociedades*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979, p. 35-36.

635 “A fixação de verbas honorárias, gratificações dos diretores sem atendimento aos interesses dos acionistas minoritários. As leis fiscais são o limite. Consome-se parte ponderável do lucro destinado aos investidores com sua distribuição graciosa aos que, pelo voto da maioria, exercem funções administrativas. A prática conhece a existência de acionistas que são diretores em todas as companhias do grupo, recebendo de todas elas os honorários que se destinam, realmente, aos acionistas que tenham o controle da empresa e em cujas mãos se enfeixa o poder de deliberação, que inclui a faculdade de destituir o diretor infiel que não divida as vantagens recebidas pelo exercício do cargo desnecessário”. (SCISINIO, Alaôr

Por certo que o exemplo pode ser invocado na eventual fixação abusiva da remuneração dos membros do conselho de administração e fiscal.

É simples; se desde a liminar o autor se livra dos efeitos da deliberação questionada, com conseqüente suspensão de pagamento dos valores excessivos, é caso típico de uma antecipação de tutela, pois presente a satisfatividade a determiná-la. Se, por outro lado, houver somente pedido de depósitos dos valores questionados, o provimento é eminentemente cautelar. Carreira ALVIM diz que “a entrega da guarda de pessoa ou coisa é antecipação, a sua apreensão provisória é cautela; a entrega de um quadro ao seu dono é antecipação, o seu depósito para que não seja alienado é cautela; a matrícula de um aluno é antecipação, a mera reserva da vaga é cautela”⁶³⁶. Nessa perspectiva, o imediato não-recebimento dos valores questionados é antecipação; o mero depósito judicial da diferença é cautelar.

6.6.2 VOTO EM SEPARADO

Waldirio BULGARELLI lembra que “o direito de voto pode ser suspenso por força da suspensão do exercício dos direitos do acionista, admitida no artigo 120, no caso de o acionista deixar de cumprir obrigação imposta pela lei ou pelo estatuto, cessando a suspensão logo que cumprida a obrigação”⁶³⁷.

Majoritariamente, a doutrina entende — indica Fran MARTINS — que a decisão de suspensão do exercício de direito do acionista, como o direito de voto,

Eduardo. *As maiorias acionárias e o abuso de direito*. Rio de Janeiro : Forense, 1998, p. 83 - 84).

636 CARREIRA ALVIM, *Tutela antecipada na reforma processual*, op. cit., p. 21.

637 BULGARELLI, Waldirio. *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A ...*, op. cit., p. 126.

competete à assembléia geral extraordinária, pois que a competência e o objeto da assembléia geral ordinária é ditada pelo artigo 132 da mesma lei.⁶³⁸

Na hipótese de a suspensão se dar em assembléia geral ordinária, extrapolando o objeto próprio desta assembléia, o acionista suspenso pode propor uma suspensão de deliberação societária, que nada mais é do que uma ação de obrigação de fazer, pela qual o magistrado ordena a suspensão da eficácia da deliberação atacada com ação anulatória cumulada.

Entretanto, o acionista suspenso, na iminência de nova assembléia, pode propor medida cautelar, incidental ou preparatória à desconstitutiva da deliberação que o suspendeu, requerendo ao juiz que determine à sociedade que seu voto seja recebido em separado. Este é também um provimento eminentemente cautelar, uma vez que não satisfaz a pretensão do autor, já que apenas garante a viabilidade da futura decisão de mérito, que determinará — em face da procedência ou improcedência da desconstitutiva — a apuração ou não daquele voto antes, cautelarmente, recebido em separado.

Na mesma perspectiva do capítulo anterior, a imediata restauração do direito de voto é antecipação; o mero voto em separado é cautelar.

7 INTERVENÇÃO URGENTE EM SOCIEDADE

7.1 INTRODUÇÃO — MANIFESTAÇÕES DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL

Ao comentar o artigo 799 do Código de Processo Civil, é com extrema naturalidade que Galeno LACERDA observa:

Pela sua importância, a suspensão cautelar de diretor ou administrador merece destaque à parte. Trata-se de medida também cabível, sempre que a diretoria, ou determinado diretor ou administrador, locupletar-se com os bens sociais, dissipá-los, aliená-los fraudulentamente, negligenciar de maneira grave seus deveres em prejuízo da sociedade, ou usurpar funções mediante eleição ilegal. A cautela completar-se-á com 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).⁶³⁹

Outro autor, com a mesma naturalidade e sem tematizar a assertiva, conclui: “Concedida a liminar, o juiz nomeia um administrador judicial provisório, estranho ao quadro social, para substituir, sob compromisso, o gerente afastado, fixando honorários mensais, que normalmente devem corresponder à retirada do *pro labore* do substituído.”⁶⁴⁰ O professor Pinto FERREIRA afirma, neste mesmo sentido, que:

É também possível a suspensão cautelar de direitos do administrador, quando a diretoria em seu conjunto, ou o diretor ou administrador em particular, pretende beneficiar-se ou locupletar-se em prejuízo da sociedade, ou usurpar tais funções em eleição ilegal. À cautela concedida, provisoriamente, pelo juiz, deve seguir-se a ação principal de destituição, de dissolução de sociedade, etc. Tal medida cautelar pode ser utilizada

⁶³⁹ LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VIII, tomo I (artigos. 796 a 812). Publicações Forense, p. 237 e 238.

⁶⁴⁰ RODRIGUES FILHO, Eulâmpio. Sociedade por quotas de responsabilidade Ltda. - Suspensão cautelar e afastamento de gerente. *Revista Jurídica Mineira*, v. 34. Belo Horizonte, 1987, p. 21.

evidentemente contra quaisquer administradores de bens, sociais ou individuais.⁶⁴¹

Novamente Galeno LACERDA, agora citando uma manifestação da jurisprudência:

Mais tarde, os juízes Itamar Rezende Duarte, de Jaguarão, em sentença de 20.2.74, proferida no Processo nº 6.313/21, e Flávio Pâncaro da Silva, de Caxias do Sul, em decisão de 21.10.77, afastaram provisoriamente, em cautela inominada, diretores de sociedades, em ações movidas por sócio ou sócios, que alegavam administração ruinosa. Nas liminares, nomearam-se igualmente administradores provisórios. No caso de Jaguarão não houve recurso, o que não ocorreu no de Caxias do Sul, provido em parte o agravo pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado sulino, em acórdão de 2.8.78, porque o Juiz escolheu como administradores os próprios promoventes da ação, fato que a Câmara não tolerou.⁶⁴²

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ainda sem tematizar, decidiu que é legal a decisão, em antecipação de tutela, de nomeação de jurista para presidir assembléia geral ordinária, em razão de impasse entre grupos de acionistas⁶⁴³.

Noutra ponta, Eduardo TALAMINI, observando que no novo artigo 461 “ao lado da eficácia mandamental (tendente à ‘tutela específica’, na terminologia da lei), o provimento antecipatório do § 3º contém eficácia executiva *lato sensu*”, conclui que, com fundamento no § 5º do mesmo artigo, está “autorizada a tomada de providências destinadas à ‘obtenção do resultado prático equivalente’, independente da participação do réu”. Entre tais providências, exemplifica TALAMINI, enquadram-se “a intervenção de auxiliar do juízo na administração da

641
1992, p. 222.

FERREIRA, Pinto. **Medidas Cautelares**. 4 ed. Rio de Janeiro : Editora Forense,

642

LACERDA, Galeno, **Comentários ...**, op. cit., artigos 796 a 812.

643

Tutela Antecipatória, **Jurisprudência Brasileira**, v. 183, op. cit., p. 308.

empresa, a fim de adotar medidas que vinham sendo descumpridas”⁶⁴⁴. Em sentido análogo, Priscila Corrêa da FONSECA defende que “especificamente no que tange à suspensão de deliberação social, além da imposição de multa por dia de atraso, no acatamento à ordem de suspensão, quando, evidentemente, couber, do recurso à força policial e da aplicação do crime de desobediência, poderia o juiz nomear um interventor para cumprir a ordem de suspensão”⁶⁴⁵.

MARINONI diz que “também é possível a nomeação de administrador para que sejam implementadas decisões relativas a questões que dizem respeito à vida interna de sociedades comerciais”⁶⁴⁶.

Essas citadas manifestações da doutrina e da jurisprudência colocam, com extrema naturalidade e sem tematizar, a possibilidade de intervenção judicial numa sociedade particular. O assunto, no entanto, não tem a naturalidade que lhe é atribuída pela escassa doutrina e não tão rara manifestação jurisprudencial. É necessário enfrentar o tema. Disso trata o ponto. A intervenção judicial e a nomeação de administrador judicial provisório são manifestações da tutela de urgência no direito societário.

Como todos os provimentos urgentes concedidos antes da reforma do Código, também a destituição e a nomeação de um administrador judicial, ou administrador provisório, foi sempre classificada como cautelar. Criou-se, pela doutrina e jurisprudência, a figura da ação cautelar de destituição de administrador de sociedade e/ou nomeação de administrador judicial. Galeno LACERDA, como foi visto, imaginava uma “ação principal de destituição, de dissolução da sociedade ou outra análoga”.⁶⁴⁷ Ovídio B. SILVA falou em ação cautelar de remoção de administradores de empresas comerciais, quando há ação

644 TALAMINI, *Tutelas mandamental e executiva...*, op. cit., p. 150.

645 FONSECA, P. C., op. cit., p. 134.

646 Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 77.

647 LACERDA, Galeno, *Comentários ...*, tomo I artigos 796 a 812, p. 238.

visando à anulação das assembléias que os elegeram ou demanda de destituição de administradores com base em conduta lesiva aos interesses sociais a estes imputada⁶⁴⁸.

Com a reforma do Código, alguns autores, como Eduardo TALAMINI e Kazuo WATANABE ⁶⁴⁹, como já foi assinalado, julgaram possível a nomeação de administrador provisório para dar cumprimento à decisão judicial descumprida por administrador de sociedade comercial.

O espaço dedicado ao tema, no entanto, vai de algumas linhas a poucas páginas, o que definitivamente não atende à importância e seriedade com que o tema deve ser tratado.

A agressão à sociedade privada que representa a destituição e a nomeação de um terceiro administrador judicial (não eleito pela assembléia e, por vezes, sequer acionista); o interesse tutelado na medida; a ausência de previsão legal neste sentido (ao contrário de exemplos do direito comparado); as variadas formas de intervenção; a legitimidade para a propositura da medida; a natureza do provimento; os limites da intervenção; enfim, toda uma série de questões que são debatidas com profundidade no direito comparado e que no Brasil não encontram qualquer espaço, embora a jurisprudência venha consagrando a hipótese.

Tentar sistematizar e classificar as hipóteses de intervenção, assim como definir limites e formas, é o assunto deste capítulo.

7.2. ÓBICES À INTERVENÇÃO

7.2.1 A PERSPECTIVA LIBERAL COMO ÓBICE À INTERVENÇÃO

648

SILVA, A ação cautelar inominada no direito brasileiro, op. cit., p. 431.

O primeiro aspecto que deve ser abordado quanto aos óbices à intervenção, é o que aqui se batiza de perspectiva liberal. Primeiramente, vale definir intervenção como a destituição de administrador societário, somada ou não à nomeação de administrador judicial provisório, nas suas mais variadas modalidades. A simples destituição, não há dúvida, representa uma forma de intervenção na sociedade comercial e, como tal, também, vai ser abordada. E mais, ao trabalho interessa tão-somente a intervenção liminar, a intervenção urgente, quer cautelar ou não, até porque a definitiva só a pode prever a lei expressamente. Saber se a posição daqueles que “se auto-intitulam liberais”⁶⁵⁰, como os define Waldirio BULGARELLI, pode ou deve prevalecer, é também objetivo deste tópico.

Quando se abordou, no item 3.2, os limites do controle jurisdicional no direito societário, já foi feita a ressalva de que a matéria, embora pertinente, não é objeto específico do trabalho, já que absolutamente fora do âmbito do direito processual civil. A mesma ressalva cabe nesse ponto.

CALMON DE PASSOS pode resumir a posição daqueles que invocam uma perspectiva liberal para se opor às intervenções na vida societária. O citado professor diz, em suma, que o princípio básico do estado de Direito é o da legalidade, para o qual tudo quanto não é proibido é permitido, vale dizer, lícito e insuscetível de constrição judicial. Diz ainda que “esta autonomia privada se acentua com maior significação quando se cuida da atividade econômica, por sua natureza insuscetível de disciplina rígida, donde ser impensável uma regulação jurídica total do agir empresarial, limitando-se o legislador a intervir nos casos limites, resguardando-se sempre para solucionar os conflitos já instaurados, quando configurem violação de normas postas de modo cogente para direcionamento da atividade empresarial, ou resultem de descumprimento do

649 WATANABE, Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, In: Reforma do Código de Processo Civil, op. cit., p. 45.

650 BULGARELLI, Waldirio. Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A ..., op. cit., p. 65.

contratualmente pactuado". (...) A confirmação da citação precisa ser anunciada. Segue o professor:

Nem se pode esquecer que é da própria essência de toda pessoa jurídica de natureza societária a *affectio societatis* o que, traduzindo de modo mais simples, significa ser impensável uma empresa atuando a nível de conflito, pelo que sempre se prevê ou a dissolução da sociedade ou a retirada dos que dissentem no seu seio, quando comprometida aquela exigência.⁶⁵¹

Ernani Fidelis dos SANTOS cita decisão que sem dúvida atende às exigências liberais de CALMON DE PASSOS:

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no Agravo de Instrumento 201.152-7, de 28/9/95, reformou, corretamente, decisão que nomeara dois representantes da Justiça para gerir uma sociedade, quando se pleiteava gestão para o interessado em medida antecipada, *verbis*:

'A antecipação da tutela jurisdicional, instrumento processual novo, deve ser aplicado com parcimônia, evitando-se perigosos prejulgamento e intromissão do Poder Judiciário no andamento da administração privada, o que se mostra intolerável. Nomeação de representantes do Judiciário para administração conjunta de destinos de uma associação, que se cassa' (Rel. Juiz Quintino do Prado).⁶⁵²

Para estas posições liberais, "se os homens são iguais e, assim, livres para se autodeterminar no contrato (estatuto ou contrato social), não cabe ao Estado, no caso de inadimplemento, interferir na relação jurídica, assegurando o adimplemento *in natura*. Os limites impostos pelo ordenamento à autonomia privada são de conteúdo negativo, gozando desta natureza a tutela ressarcitória", relata discordando MARINONI.⁶⁵³

651 CALMON DE PASSOS, José Joaquim, Parecer dado à Companhia de Seguros Aliança da Bahia, op. cit., p. 4.

652 SANTOS, Ernane, *Novíssimos Perfis do Processo Civil Brasileiro*, op. cit., p. 30.

653 MARINONI, Luiz Guilherme. Da passagem do processo civil clássico para o processo civil contemporâneo ..., op. cit., p. 25.

O fato é que estas posições, quer da doutrina ou da jurisprudência, não são isoladas no Brasil, onde há uma forte tendência de não-intervenção, posição contrária à prática européia e mesmo norte-americana, onde a intervenção judicial constitui uma verdadeira tradição⁶⁵⁴. Não obstante, a tendência moderna traduz-se pelo fenômeno do intervencionismo jurídico, quer no Brasil, ou em outros países, onde é reveladora a intervenção judiciária na vida das sociedades — assinala Waldirio BULGARELLI⁶⁵⁵.

Esta forte tendência de não-intervenção no Brasil não impediu, já é possível dizer pelas posições dos tribunais referidas, a nomeação de administradores judiciais. No entanto, o mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, citado pelos exemplos de Galeno LACERDA arrolados, já decidiu pela restrição legal à nomeação de interventor-administrador por se tratar, na visão do acórdão antes referido pelo professor, de “intervenção no domínio econômico, que exigia previsão legal, a teor do artigo 163 da Constituição Federal”⁶⁵⁶. Isso ainda na vigência da Constituição anterior. Para o acórdão, a Constituição só autoriza a intervenção quando através da nomeação de um co-gestor (uma das formas de intervenção), com caráter prevalentemente fiscalizador.

Não há, é possível concluir, intervenção no domínio econômico com a nomeação de interventor — em qualquer de suas modalidades — em sociedades anônimas, assim como não há intervenção no domínio econômico quando se faz valer uma decisão judicial com o uso da força policial ou de outras formas previstas no Código. Também no âmbito societário, o que a intervenção geralmente significa é tão-somente uma forma de atuação de suas decisões judiciais. Nada além disso.

654 BULGARELLI, *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A ...*, op. cit., p. 138.
655 BULGARELLI, *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A ...*, op. cit., p. 25.

Embora já transcrita para se contrapor às posições que refutam qualquer intervenção do âmbito societário, é oportuno repetir a citação indagativa do português Alberto PIMENTA, dada a sua pertinência:

Indevida ingerência? Mas que texto ou princípio legal autoriza a classificar tal ingerência como indevida? E, mesmo *de jure condendo*, a que título se reputa indevido um controle judicial que não visa uma ingerência no aspecto técnico-empresarial, mas apenas a lutar, no plano jurídico, contra as formas mais perigosas - porque mais dissimuladas - do ilícito?⁶⁵⁷

O fato é que ainda que afastadas as posições mais radicais quanto à não intervenção, todo cuidado é pouco no uso da medida, pois extrema e apenas excepcional. Ou seja, reconhecê-la como legalmente possível, não é, em absoluto, recomendá-la. É como adverte Eduardo GAGGERO; *"todo ello, impone la adopción de medidas que impidan la desintegración del ente colectivo. Pero, paralelamente, esa intervención provoca un verdadero impacto sobre la estructura de la persona jurídica, de mayor o menor significación según el grado y alcance de la medida adoptada"*⁶⁵⁸. E por isso conclui o mesmo autor:

*En consecuencia, los riesgos apuntados, imponen al juez, extremar la prudencia y mesura al decretar una medida como la descripta; deberá ser esencialmente asegurativa y necesariamente transitoria, buscando la normalización de la vida social y la recomposición de la empresa, instrumento imprescindible para la eficaz conjunción del capital y del trabajo.*⁶⁵⁹

Neste mesmo sentido, adverte Jorge Orlando RAMÍREZ; *"al disponer una administración judicial, los tribunales deben proceder con especial prudencia, ya que se*

656 Também nesse sentido, EIZIRIK, Nelson. *Sociedades Anônimas, jurisprudência*, Tomo I. Rio de Janeiro : Renovar, 1998, p. 429 - 430.

657 PIMENTA, op. cit., p. 77.

658 GAGGERO, Eduardo. *Intervención Judicial de Sociedades Comerciales*. Montevideo, 1973, p. 17.

659 GAGGERO, op. cit., p. 17-18.

trata de una medida precautória extrema que importa una injerencia directa, permanente y muy general en la gestion de un patrimonio”⁶⁶⁰. Em advertência similar, Ovídio B. SILVA: “observe-se, no entanto, que a intervenção em sociedades comerciais é medida cautelar a ser usada com extrema parcimônia, tendo em vista os perigos de entorpecimento da atividade empresarial que uma gestão judicial invariavelmente acarreta”⁶⁶¹.

Com a repetição da ressalva de que ao trabalho não interessa diretamente a questão, é possível concluir que são infundadas as posições que querem afastar do controle do Poder Judiciário a gestão societária, como já foi abordado, inclusive em capítulo próprio. O que se pode inferir destas posições é, no máximo, que o impacto que medidas como a intervenção judicial causam às sociedades deve ditar a extrema parcimônia com que devem ser utilizadas pelos julgadores.

7.2.2 AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E

PREVISÃO

Muito já se falou da generalização do uso das medidas cautelares. Sob o manto da cautelar, mais uma vez vai ressaltado, abrigaram-se demandas que nada tinham de cautelar, pois satisfativas, antecipatórias do provimento final buscado. A intervenção judicial no direito societário pode ter natureza cautelar — não há dúvida —, mas também pode não passar de mera modalidade de atuação de um provimento de urgência, ou ainda, antecipação de destituição de administrador. Há várias modalidades de intervenção a serem abordadas e tomadas como objeto de um esboço sistemático neste trabalho. “*Hablamos de intervención en sentido genérico comprensivo de la diversidad de formas que puede adoptar*”⁶⁶², sentencia Eduardo GAGGERO — autor de monografia sobre o tema.

660 RAMÍREZ, Jorge Orlando. **Medidas Cautelares**. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1976, p. 200.

661 SILVA, Do processo cautelar, op. cit., p. 123.

662 GAGGERO, Eduardo, op. cit., p. 13.

Entretanto, a ressalva vale apenas para introduzir a análise das referências legislativas à intervenção existente no direito comparado, já que a quase totalidade dos ordenamentos batizam a intervenção como medida cautelar típica, embora esta não seja a natureza de muitos dos provimentos aqui submetidos à análise. No Brasil, antes da reforma do Código, a nomeação de administrador judicial, a destituição judicial de administrador societário, enfim, a intervenção judicial no âmbito societário era toda rotulada de “cautelar inominada”. Com a reforma, isso já foi citado, alguns autores passaram a admitir a intervenção com fundamento no novo artigo 461 do Código de Processo.

Saber se a suposta ausência de previsão específica obsta a intervenção judicial no Brasil é o assunto do qual se ocupa este ponto. Por isso aqui não se sistematiza os provimentos abordados com suas previsões legais do direito comparado, apenas as previsões legais são expostas.

Waldirio BULGARELLI, em manifestação já referida, diz que a intervenção na intimidade societária não vem se verificando no Brasil, “também é verdade, reconheça-se, por falta de normas mais explícitas que ensejassem tanto as reclamações dos acionistas, como as decisões conseqüentes”⁶⁶³. Por estas dificuldades as intervenções não deixam de ocorrer em outros países.

Na Itália há uma previsão específica no Código Civil; é o artigo 2.409, mais especificamente o seu parágrafo terceiro que prevê a possibilidade de liminarmente, preenchidos os requisitos próprios da disposição, destituir-se o administrador e substituí-lo por um administrador judicial.

Na França, os artigos 57 e 158 da Lei 24, de julho de 1966, expressamente dispõem que *“tout associé peut demander en justice la désignation d’un mandataire*

663
138.

BULGARELLI, *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A ...*, op. cit., p.

chargé de convoquer l'assemblée et de fixer son ordre du jour", onde o juiz decide na forma do *référé* francês⁶⁶⁴.

O direito português, através do Código de Processo Civil (artigo 1.484), regula o processo de destituição judicial de administrador, a requerimento do sócio. Tratam da matéria também os artigos 986 do Código Civil e 154 do Código Comercial. Porém, a hipótese do direito português, adverte Moitinho de ALMEIDA, "não se destina a destituir o administrador, mas, sim, a revogar a cláusula do contrato social que atribua a administração. A destituição é mera consequência de tal revogação"⁶⁶⁵. Esta previsão legal — destituição do direito português —, entretanto, é antecipada através do processo cautelar, pois não há regra específica de previsão de liminar, como adverte Moitinho de ALMEIDA⁶⁶⁶.

Em alguns países da América Latina também há previsão específica, como na Bolívia, onde *"en casos de manifesta actitud de fraude contra los intereses del Estado o contra uno o más socios poseedores de una parte considerable de acciones, el ministerio respectivo, independientemente de la competencia y jurisdicción de las reparticiones fiscales o de los tribunales ordinarios, podrá intervenir en el manejo de los negocios de una sociedad anónima, delegando a una persona que controle sus operaciones y autorice los actos posteriores a la fecha de la intervención, de acuerdo a las instrucciones concretas que recibirá en cada caso. (DL del 28/4/1938, artículo 2º)"*⁶⁶⁷. Também no Paraguai há previsão no Código Civil pela qual *"se admite la intervención, suspensión o desplazamiento judicial del directorio a título de medida cautelar en caso de extrema*

664 LENER, Raffaele. Tutela Cautelare Atipica del socio di società di capitali nell'esperienza francese dei *rèféré* commerciaux e raffronto con l'esperienza italiana dei provvedimenti d'urgenza, op. cit., p. 293. Isto é confirmado por Carvalho: "Na França, a lei de 1966, em seu artigo 158, preceitua que os acionistas não podem reunir-se por autoridade própria, mas podem dirigir-se ao Tribunal, pedindo que este designe um mandatário para convocar a assembléia geral". (CARVALHOSA, Modesto, op. cit., p. 548 - 549).

665 ALMEIDA, L. P. Moitinho de, op. cit., p. 117.

666 Ibid., p. 124-125.

667 *El Régime de las Sociedades Anónimas en los Países de la ALALC, Bid - Intal*, p. 614.

*urgencia, cuando la demora de recurrir a las vías normales (asambleas) pueda causar perjuicio irreparable.*⁶⁶⁸

Já na Argentina, “*el instituto de la intervención, como medida cautelar, está regido por el artículo 1684 del Código Civil*⁶⁶⁹ *cuando la intervención afecta a una asociación civil, y por los artículos 113 a 117 de la ley 19.550*⁶⁷⁰ *cuando se trata de una sociedad comercial*”⁶⁷¹, além de um amplo debate doutrinário acerca do tema, como se verificará neste capítulo.

Tal qual previsto nos ordenamentos referidos, não há nada no sistema brasileiro. As previsões citadas — é preciso esclarecer — tratam de hipóteses com feição e características próprias e distintas, que apenas como referência servem ao debate da intervenção urgente no Brasil. Não há previsão específica de intervenção judicial na sociedade, com destituição e nomeação de administrador judicial — à exceção de manifestação específica comentada a seguir. A questão é refletir se isso quer efetivamente significar a impossibilidade jurídica de intervenção.

Na já citada obra “*El Regime de las Sociedades Anónimas en los Países de la ALALC*”, reconhecendo a inexistência de previsão específica no Brasil, os autores sugerem que “a respeito da suspensão ou remoção judicial da diretoria, por demanda de acionistas, ela está potencialmente posta, em consequência do primado do conceito constitucional de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”⁶⁷². Isso, entretanto,

668 Ibid., p. 614.

669 Art. 1684 - *Habiendo peligro en la demora, el juez podrá decretar la remoción luego de comenzado el pleito, nombrando un administrador provisorio socio o no.*, p. 614.

670 “Art. 113 - *Procedencia. Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave, procederá la intervención judicial como medida cautelar con los recaudos establecidos en esta sección, sin perjuicio de aplicar las normas específicas de los distintos tipos de sociedad.*”

671 PEÑA & PALMA, op. cit., p. 58.

672 *El Regime de las Sociedades Anónimas en los Países de la ALALC*, Bid - Intal, op. cit., p. 612.

definitivamente não responde a questão, pois não está aí o fundamento legal para qualquer intervenção judicial.

Embora não haja, como já foi verificado, previsão legal específica para as intervenções no âmbito societário, como apresentam-na as legislações comentadas, há, como já reconhecido, previsão isolada de intervenção no Brasil; isso na hipótese concebida pela lei Antitruste:

Artigo 69 — O juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor.⁶⁷³

Não apenas por analogia, mas também como parâmetro operativo poderá ser invocada a previsão constante da lei Antitruste⁶⁷⁴. A forma disso vai ser adiante abordada em parte específica.

Não obstante a ausência de previsão específica, a jurisprudência não deixou de decretar a intervenção judicial em sociedades. No início do capítulo foram citadas decisões que não se intimidaram com a suposta ausência de fundamento legal, decretando a intervenção com a destituição do administrador eleito e a nomeação de um administrador provisório designado pelo juiz, as quais representam criação exclusiva da jurisprudência, que as batizou de cautelares inominadas.

Esta construção jurisprudencial não é despropositada. BULGARELLI, em passagem já referida, diz que a indisfarçável tendência de nossos juízes de não-intervenção nos negócios societários, principalmente nas sociedades anônimas, é “posição totalmente contrária à prática européia e mesmo norte-americana, onde

⁶⁷³ Lei nº 8.884/94.

⁶⁷⁴ É interessante notar, neste sentido e desde já, que autores que comentam a lei Antitruste, como Fábio Ulhoa COELHO, invocam as intervenções do Banco Central decretadas nas instituições financeiras (Lei nº 6.024/74), como parâmetro operativo, por exemplo, do termo de posse do interventor. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro: comentários à Lei nº 8.884/94*. São Paulo : Saraiva, 1995, p. 142).

constitui uma verdadeira tradição à intervenção judicial, do que decorre, inclusive, que inúmeros dispositivos hoje consagratórios dos direitos dos minoritários incluídos no Código Civil italiano de 1942 e na Lei 66.537 de 1966, francesa, tiveram origem em decisões dos Tribunais desses países"⁶⁷⁵. Eduardo GAGGERO é ainda mais específico: *"en Francia, no existiendo como en Uruguay, una disposición similar a la Argentina, se ilegó por el camino de una jurisprudencia cuyos orígenes se remontan a mediados del siglo pasado, a posibilitar el nombramiento de administrador judicial, entendiéndose que el interés primordial que se protegía en esos casos, era el de la sociedad, entidad cuya conservación era menester asegurar"*⁶⁷⁶.

Mesmo no Uruguai não há previsão específica, como observou GAGGERO, o que o fez apontar que *"frente a un derecho positivo carente de normas adecuadas y con una estructura codificada ya superada largamente por la incessante evolución económica y social, nuestros jueces debieron de afrontar la situación colmando esas lagunas en una función realmente creadora"*⁶⁷⁷.

Pelo que já foi dito, é possível concluir pela viabilidade jurídica de fundamentar as intervenções judiciais nas sociedades no poder geral de cautela, ou, pelo menos, algumas das intervenções que aqui serão sistematizadas. Assim caminhou a construção pretoriana, a qual reconhece a inexistência de previsão no direito positivo brasileiro, sem que isso seja óbice à intervenção, como já se decidiu: *"A intervenção do Judiciário na vida interna de sociedade comercial, com a nomeação de interventor para gerir a empresa, não vem prevista no direito positivo brasileiro. De qualquer modo, não se justifica tal medida quando não se demonstra cabalmente a prática de atos de malversação dos bens sociais"*⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ BULGARELLI, *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A* ..., op. cit., p. 17-18.

⁶⁷⁶ GAGGERO, Eduardo, op. cit., p. 19.

⁶⁷⁷ GAGGERO, op. cit., p. 14.

⁶⁷⁸ MESSIMA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. *Sociedades por Ações: jurisprudência, casos e comentários*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 375.

Logo é possível deduzir que havendo 'a prática de atos de malversação dos bens sociais', a ausência de previsão legal não obsta a intervenção.

Também neste sentido é importante notar que na Itália, onde há previsão específica, muitas vezes o artigo 700, por onde são veiculadas as cautelares inominadas, é o destino das intervenções que não se enquadram nos contornos estreitos ditados pelo artigo específico da intervenção, o já citado 2.409 do Código Civil. Muitas vezes o referido artigo é considerado inaplicável, por analogia, às sociedades pessoais, o que *"giustifica un provvedimento d'urgenza ex articolo 700 c.p.c., volto a disporre insieme con la revoca del precedente amministratore, la nomina di altri, in sostituzione di questi; revocando nel provvedimento di nomina una sorta di necessario corollario logico e pratico, destinato a dare completezza all'intervento del giudice"*⁶⁷⁹.

Não houvesse na Itália a previsão específica, o artigo 700 seria o destinatário das pretensões de intervenção no âmbito do direito societário, o que quer dizer que, embora não haja no Brasil previsão específica, no mínimo o poder geral de cautela a autoriza, sem que isso signifique qualquer afronta constitucional. Pelo menos é o que se pode inferir do direito comparado.

Mais à frente será visto que não só como cautelar inominada a intervenção judicial poderá ser decretada, mas também, com fundamento no novo artigo 461 do Código de Processo, por exemplo. Aqui, é apenas de se consignar que a

679 VITTORIA, *Amministratore giudiziario e società di persone: trent'anni di dialogo tra dottrina e giurisprudenza*. Contratto e Impresa, v. II, p.702, 1988. Ainda neste sentido: *"Si collocano all'inizio anni '60 i primi provvedimenti giudiziari con cui alcuni pretori ordinano ex articolo 700 c.p.c., la revoca per giusta causa degli amministratori di una società personale e la loro sostituzione con un amministratore giudiziario"*. (*Amministratore giudiziario e società di persone: trent'anni di dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, Contratto e Impresa, v. II, p. 697, 1988).

Há posição em contrário, vale citar: *"La inammissibilità del ricorso allo strumento offerto dell'articolo 700 c.p.c. al fine di ottenere la revoca degli amministratori di una società per azioni (o di una società a responsabilità limitata) trova puntuali precedenti in giurisprudenza"*. (*Giurisprudenza Commerciale*, v. 10, 1983, II, p. 784).

ausência de previsão específica não é óbice à destituição e nomeação de administrador judicial; isso nas suas mais variadas formas e modalidades.

7.3 INTERESSE TUTELADO NA INTERVENÇÃO JUDICIAL

Nesta seção, outro tema de interesse reflexo ao trabalho o qual já foi igualmente abordado, sob ótica similar, quando se tratou do interesse tutelado na suspensão de deliberação social.

É certo que na quase totalidade dos casos, a intervenção é decretada quando há conflito de interesses entre os acionistas na defesa da minoria (à exceção, portanto, de interesse de terceiro). À maioria resta sempre a possibilidade de realização da assembléia, não obstante a possibilidade de que haja resistência do administrador à vontade da maioria, possibilitando, também nestes casos, a intervenção. Menos comum, assim e no mínimo, a possibilidade de que a intervenção se dê no interesse da maioria. No alvitre de Waldirio BULGARELLI, “a conduta da maioria não responde, pois, à presunção de que é sempre a *melior pars*. Já se disse que a maioria que não age como tal, ou seja, de acordo com a lei e o estatuto, e na rigorosa obediência ao interesse social, não é uma verdadeira maioria mas, mero grupo que impõe pela força do voto suas conveniências”⁶⁸⁰. Em reconhecimento disso que se decreta a intervenção, pois havendo presunção em contrário (de que a maioria é sempre a *melior pars*), a intervenção seria desnecessária.

É nesta linha de proteção às minorias que também GAGGERO, citando ASCARELLI, indica o interesse de tutela nas intervenções judiciais no âmbito do direito societário:

680
368.

BULGARELLI, *Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A ...*, op. cit., p.

En este aspecto la intervención se vincula con lo que oportunamente Ascarelli calificara como el problema más grave del moderno derecho de las sociedades; el de la protección de las minorías. Esta a su vez se desdobra en dos facetas: la tutela del individuo – que diera origen a la teoría de los derechos inderogables del socio – y la tutela de la sociedad, cuando socios más poderosos o mayoritarios (recuérdese la relatividad del principio) o los administradores – que ni siquiera deven ser socios – tratan de hacer de ella el medido más o menos útil para la satisfacción de sus intereses particulares, con prescindencia del interés social. ⁶⁸¹

Na Itália, a matéria é amplamente debatida, já que há previsão específica, o já citado artigo 2.409 do Código Civil. A maioria dos doutrinadores que comentam o tema dizem que o interesse tutelado é o do sócio e apenas indiretamente a sociedade⁶⁸². Girolamo BONGIORNO, por exemplo, quando trata do citado artigo do código, fala *“da qui l’esigenza di assicurare ai soci denuncianti la tutela propria delle situazioni soggettive giuridicamente rilevanti e la possibilità che dei provvedimenti del giudice possa profittare anche la società, sia pure indirettamente”*⁶⁸³.

Ovídio Baptista da SILVA, entre os poucos doutrinadores brasileiros que escreveu sobre o tema, fala em demanda de destituição de administrador com base em conduta lesiva aos interesses sociais⁶⁸⁴. Deve haver, evidentemente, interesse de agir à propositura da ação e, por isso, é difícil separar o interesse do sócio, ou dos sócios proponentes, do interesse social. A identificação do interesse tutelado, por estes motivos, não é a questão principal na análise do tema. Em reconhecimento disso, sentenciou Bruno FERRARO:

Siamo dell’avviso che i vari tentativi di distinguere tra i due tipi di interessi siano sterili e che debba, per contro, privilegiarsi, in coerenza con l’opinione espressa nella Relazione al Re, la tesi che intravede nel procedimento ex articolo 2409 uno

681 GAGGERO, op. cit., p. 20.

682 Ressalvada posição em contrário de Giuseppe Desiderio, para quem a intervenção tutela *“el perseguimento dell’interesse societa e in adempimento dell’obbligo di gestione diligente e fedele (...)”*. (DESIDERIO, Giuseppe, Collegio sindacale e controllo giudiziario. *Rivista delle Società*, anno 36, 1991, p. 1150).

683 BONGIORNO, Girolamo, op. cit., p. 148.

strumento nuovo, forte ed incisivo, per la tutela di tutti i molteplici interessi che ruotano intorno al fenomeno societario: interesse pubblico alla corretta amministrazione della società ed alla tutela di risparmiatori, consumatori, dispendenti, ecc.; interessi della società in quanto organismo diverso e distinto dai soggetti che fanno parte; interessi dei soci; interessi dei creditori.

Para então concluir:

*L'unica condizione è che non si tratti di un astratto interesse all'osservanza della legge, ma di interessi sostanziali e concreti suscettibili di restare pregiudicati dalle gravi irregolarità*⁶⁸⁵.

Por razões óbvias a intervenção judicial é prioritariamente indicada para as sociedades por ações. As sociedades de pessoas, porque constituídas *intuitu personae*, pressupõem estrito relacionamento entre os sócios; as sociedades por ações, ao contrário, se constituem em atenção preponderante ao capital social. Isso quer dizer que a continuidade das sociedades pessoais, comumente, resta comprometida com um processo traumático de intervenção, o que em regra não prevalece nas sociedades por ações⁶⁸⁶. Isto, no entanto, não é obstáculo intransponível à nomeação de administrador provisório nas sociedades de pessoas, pois mesmo nos países onde há previsão específica para a nomeação de administrador provisório em sociedades por ações, sem que haja para as sociedades de pessoas, a jurisprudência encontra o caminho através das cautelares inominadas.

7.4 SISTEMATIZAÇÃO DAS MODALIDADES DE INTERVENÇÃO

684 SILVA, A ação cautelar inominada no direito brasileiro, op. cit., p. 431.

685 FERRARO, Bruno. *Delle Società*. Padova : Cedam, 1989, p. 221.

686 Por isso o entendimento de parte da jurisprudência italiana sustentando que *"l'apparato organizzativo è tutto imperniato sul consenso del soci onde, quando questo non si ricostituísce, l'impresa sociale non può conseguire il suo soggetto e deve sciogliersi"*. (SABATO, Franco Di. *Le Società, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLVI, nº 4, Dic. 1992, p. 1429).

7.4.1 INTERVENÇÃO PARA A ATUAÇÃO DE PROVIMENTO DE URGÊNCIA

Há casos, e são a grande maioria, em que não se quer a intervenção propriamente dita, mas tão-somente um meio de cumprimento da decisão proferida pelo juiz, a fim de se obter o resultado prático equivalente. Estas intervenções não são medidas cautelares, embora, por razões exaustivamente indicadas, tenham sido assim batizadas. É o que ainda será visto.

Corrêa da FONSECA, em exemplo já aludido, afirma que “é de extrema utilidade, no caso específico de suspensão de deliberação social, que venha cumulada com o pedido de nomeação provisória, pelo juiz, de interventor que assuma posição de administrador junto à sociedade, como meio de se lograr, até mesmo, a efetivação do pedido de suspensão”. Assim justificando a assertiva:

Realmente, muitas vezes, os administradores da sociedade se mostram renitentes em observar a suspensão. É de toda conveniência, pois, que, em tais casos, nomeie o juiz um terceiro que, postado à frente da sociedade, faça cumprir a providência acautelatória. Imagine-se o caso de sustação de deliberação que atribua à diretoria honorários abusivos e que os membros desta, malgrado a decisão judicial, persistam em recebê-los. É de toda a utilidade, pois, em tal hipótese, a nomeação, pelo juiz, de um interventor que possa zelar pelo cumprimento da ordem de suspensão.⁶⁸⁷

A mesma autora concebe também “a cumulação da suspensão de deliberações sociais com a suspensão de diretor ou administrador que permanecendo à testa da sociedade poderia tornar inócua a sustação já decretada”⁶⁸⁸.

687

FONSECA, P. C., op. cit., p. 160. Nota: Disso já se falou, mas aqui vale frisar que esta posição de Corrêa da FONSECA é a prova de que as constituições sumárias (como a autora classifica as suspensões de deliberação sociais) nada valem, já que o administrador pode simplesmente deixar de cumpri-lá, sem que maiores consequências lhe possam ser imputadas.

Ora, parece certo que nestes casos não se está falando de uma medida cautelar que “assegure o resultado útil do processo principal”, na expressão de muitos processualistas.

Já foi visto que a suspensão de deliberação social não é uma medida cautelar, mas, via de regra, uma antecipação de tutela em ação de obrigação de não fazer. Pois bem, proposta a suspensão de deliberação social — cumulada com desconstitutiva, para eliminar do mundo jurídico a deliberação atacada —, o juiz concede a liminar impondo um não fazer ao administrador (enquanto representante da sociedade demandada), o qual, sempre em nome da sociedade, deixa de cumprir a ordem judicial, continuando a receber honorários abusivos que colocam em risco a viabilidade da empresa, para repetir o exemplo de Corrêa da FONSECA. O juiz, então, ancorado na natureza híbrida (mandamental/executiva *lato sensu*) do novo artigo 461, através do § 5º — eficácia executiva *lato sensu* — para a tomada de providências destinadas à obtenção do resultado prático equivalente, independentemente da participação do réu, intervém, através de auxiliar do juízo, na administração da empresa, a fim de adotar medidas que vinham sendo descumpridas⁶⁸⁹, *in casu*, sustar os pagamentos dos honorários indevidos.

Até porque, “pelo que já se expôs, parece claro que o juiz brasileiro pode, agora, utilizar técnicas sub-rogatórias orientadas, a exemplo daquelas já mencionadas do direito norte-americano, para investir terceiros, especificamente designados para tanto, de poderes suficientes a servir de *longa manus* do órgão jurisdicional, permitindo uma substituição adequada e eficaz da atividade do devedor pela desse órgão, de maneira que ele possa cumprir e fazer cumprir quaisquer prestações, inclusive, as mais complexas e de caráter continuativo, que caberiam ao devedor realizar”⁶⁹⁰.

688 Ibid, loc. cit.

689 TALAMINI, Tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, op. cit., p. 165.

690 Ibid, p. 317.

MARINONI afirma que "há hipóteses, porém, em que se verifica que não foi observado um fazer, ou um não fazer, e que é possível remover-se a situação de ilicitude mediante um ato do próprio juízo — com a ajuda dos auxiliares judiciais — ou determinando-se a terceiro um fazer."⁶⁹¹ Mais adiante, na mesma obra, o autor expressamente admite que o fundamento legal para a intervenção está no artigo 461 do Código de Processo:

Note-se que os artigos 461 do CPC e 84 do CDC, justamente porque não tipificam as medidas que podem ser determinadas pelo juiz, abrem oportunidade à nomeação de um terceiro, que pode intervir na administração de uma empresa para fazer o ilícito cessar, à semelhança do que ocorre no direito anglo-americano quando se pensa na figura do *master* ou *administrator* ou ainda do *receiver* americano pode administrar uma propriedade para fazer cessar a poluição, o que, sem dúvida, pode configurar uma 'medida necessária' na hipótese em que a multa não se mostra suficiente para impedir a continuação da atividade ilícita.⁶⁹²

691 MARINONI, *Tutela Inibitória: Individual e Coletiva*, op. cit., p. 117.

692 Ibid., p. 188. Ainda neste sentido, Kazuo WATANABE: "O resultado prático equivalente poderá ser obtido, também, através de outros atos executivos praticados pelo próprio juízo, por meio de seus auxiliares, ou de terceiros, observados sempre os limites da adequação e da necessidade. Em nosso sistema jurídico não há explícita autorização para nomeação de terceiro, como o *receiver* ou *master* ou *administrators* ou *committees* do sistema norte-americano. O *receiver* americano, em matéria de proteção do meio ambiente, pode ter a atribuição de administrar uma propriedade para fazer cessar a atividade poluidora, de desenvolver obra de despoluição e de ressarcimento dos danos resultantes da poluição. A lei Antitruste (nº 8.894/94), ao cuidar do cumprimento da obrigação de fazer ou não, fala em '*todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa quando necessária*' (artigo 63), e também em '*afastar de suas funções os responsáveis pela administração da empresa que, comprovadamente, obstarem o cumprimento de atos de competência do interventor*'. O modelo desta última lei sugere a possibilidade de adoção de medidas assemelhadas àquelas adotadas pelo sistema norte-americano, que prevê as figuras do *receiver*, *master*, *administrators* e *committees*.

As medidas enumeradas no § 5º do artigo 461 são apenas exemplificativas. Portanto, outras podem ser adotadas, desde que atendidos os limites da adequação e da necessidade". (WATANABE, *Tutela antecipatória e tutela específica...*, op. cit., p. 45).

Também se refere ao sistema norte-americano SILVESTRI, Elisabetta. Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, nº 1, 1981, p. 43 e TARUFFO, Michele. A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparatísticos. *Revista de Processo*, nº 59, 1989, p. 75)

Ramiro PODETTI, no conhecido *Tratado de las Medidas Cautelares*, abordando exatamente a suspensão de deliberações sociais, observa possibilidade de intervenção, de administrador provisório, similar à imaginada por Corrêa da FONSECA:

*Respecto de las sociedades anónimas, existe una específica disposición en el Código de comercio que autoriza una medida cautelar: la del artículo 353, que he estudiado en le ensayo citado en la nota 16. Esta norma faculta a los jueces a suspender la ejecución de 'deliberaciones tomadas' en oposición a las disposiciones de la ley y de los estatutos' (véase en el ensayo citado algunas hipótesis que darían pie al pedido de nulidad y a la consiguiente medida cautelar). Si el juez resuelve acceder a la suspensión, parece indispensable, en ciertas situaciones, como lo señaló el Dr. Ibáñez Frocham en un voto, sustituir a las autoridades de la sociedad. En tal caso, procederá la designación de un administrador provisorio y no un mero interventor.*⁶⁹³

O administrador provisório (eficácia executiva *lato sensu*), nestes casos, nada mais é do que uma forma de fazer valer a suspensão de deliberação social determinada (eficácia mandamental), mesmo porque, o artigo 461 quebrou o princípio da tipicidade das formas executivas⁶⁹⁴. Como afirma PODETTI, “*en ciertas situaciones*” a simples ordem, ainda que com a imposição de multa, não basta, pois que descumprida pela sociedade, sempre através do administrador. Por isso torna-se necessário “*sustituir a las autoridades de la sociedad*”, como sentenciou o autor argentino. É o que foi dito; o juiz então, porque a natureza híbrida (mandamental/executiva *lato sensu*) do novo artigo 461 lhe permite, através do § 5º — eficácia executiva *lato sensu* — para a tomada de providências destinadas à

⁶⁹³ PODETTI, op. cit., p. 256-257.

⁶⁹⁴ “Como se vê, o novo artigo 461 do CPC, ao conferir ao juiz uma ampla latitude de poderes para a determinação das modalidades executivas adequadas às diversas situações conflitivas concretas, quebra o princípio da tipicidade das formas executivas”. (MARINONI, *Tutela Inibitória: Individual e Coletiva*, op. cit., p. 185).

Marcelo Lima Guerra também reconhece que “o rol de medidas aí previstas (§ 5º, do artigo 461 do CPC) é *meramente exemplificativo*, de onde se conclui que, além dessas, a norma ora analisada, confere ao juiz poderes para determinar outras medidas, *que julgar adequadas*, para a ‘efetivação da tutela específica’”. (GUERRA, Marcelo Lima. *Inovações na execução direta das obrigações...*, op. cit., p. 313).

obtenção do resultado prático equivalente, independentemente da participação do réu, intervém, através de auxiliar do juízo, na administração da empresa, a fim de adotar medidas que vinham sendo descumpridas. É o que parece dizer o próprio PODETTI quando afirma que *“la característica de la función jurisdiccional de ser una actividad sustitutiva, explica que realicen o cumplan actos análogos, en formas, fines y efectos, a los de las autoridades sociales o contractuales, sin ser como éstas, mandatarios o representantes de la entidad”*⁶⁹⁵.

O mesmo PODETTI, falando agora de intervenção numa sociedade limitada, cogita hipótese em que o gerente não permite o exame dos livros e documentação da sociedade. Neste caso, embora seja possível cogitar a cautelar específica, é de se imaginar uma ação de obrigação de fazer (obrigação de exhibir os livros e documentação da sociedade) com ordem sob pena de multa. Não havendo o cumprimento, e sempre no exame das peculiaridades do caso concreto, é lícito ao juiz nomear o interventor para fazer valer a decisão. É como conclui o professor argentino: *“En tal supuesto, la intervención se limitará a asegurar el ejercicio de esos derechos”*⁶⁹⁶.

Nestes casos, o interventor é, como observaram alguns, um mero auxiliar do juízo. É também como assinalam os argentinos Oscar Serantes PEÑA e Jorge PALMA, *un verdadero funcionario público, porque el juez delega en él sus funciones jurisdiccionales, lo cual lo convierte automáticamente en un auxiliar de la justicia*⁶⁹⁷. O italiano Alessandro BORGIOLI fala num *“pubblico ufficio temporaneo”*⁶⁹⁸.

Elisabetta SILVESTRI, em passagem já indicada, invoca um caso em que a reintegração de trabalhador ao posto de serviço é acompanhada por uma espécie

695 PODETTI, op. cit., p. 264.

696 PODETTI, op. cit., p. 258 - 259.

697 PEÑA & PALMA, op. cit., p. 58.

698 BORGIOLI, Alessandro, Collegio sindacale e controllo giudiziario. *Rivista delle Società*, anno 26, 1981, p. 194.

de “interventor *veedor*” — como forma de intervenção a ser aqui conceituada⁶⁹⁹. A intervenção, neste caso, também serve exclusivamente a “*esecuzione coattiva del provvedimento d’urgenza*”, nas próprias palavras da autora italiana.

A já transcrita previsão da lei Antitruste é exemplo clássico de intervenção para fazer valer decisão judicial (Artigo 69: ‘O juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor’⁷⁰⁰). João Bosco Leopoldino da FONSECA, que comentou a lei de proteção à concorrência, diz que nesses casos é nomeado um interventor “que será a pessoa encarregada de fazer ou de não fazer, assumindo para isto a direção da empresa, por nomeação do juiz”⁷⁰¹. Tanto isso é certo que o artigo 73 da mesma lei exige que a intervenção se restrinja aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar⁷⁰². A doutrina já começa a reconhecer também que a vigência da lei Antitruste criou a possibilidade de utilização da intervenção com fundamento no § 5º do artigo 461 do Código⁷⁰³. A conjugação destes dois

699 “Attraverso un’applicazione analogica dell’articolo 612 c. 2º c.p.c., il giudice dispone che l’esecuzione coattiva del provvedimento d’urgenza sia curata da un ufficiale giudiziario, che sarà affiancato - ed è questa la novità - da un esperto in materia aziendale (nella fattispecie, un commercialista), al quale spetterà in concreto ‘il compimento di tutte le attività materiali necessarie affinché, tutti i giorni lavorativi e per l’intero orario di lavoro, ciascuno dei nove istanti ... disimpegni effettivamente e continuamente ... quelle stesse mansioni cui egli (o ella) era adibito al momento del licenziamento.” (SILVESTRI, op. cit., p. 43.)

700 Lei nº 8.884/94. “De outra parte, a lei Antitruste cuida também de disciplinar, como se disse, no meio executivo bastante flexível. Trata-se da intervenção judicial na empresa-devedora, através da qual o juiz pode efetivamente substituir-se ao devedor, para realizar, no seu lugar (ou mesmo fiscalizar mais de perto o cumprimento pelo devedor, nas prestações de trato sucessivo), as mais variadas prestações, quer as que digam respeito à atividade da empresa para com terceiros, quer, sobretudo, aquelas que são realizadas no seu próprio âmbito interno, ou seja, relacionadas ao seu funcionamento e à sua organização”. (GUERRA, *Inovações na execução direta das obrigações...*, op. cit., p. 318).

701 FONSECA, J. B. L. *Lei de Proteção da Concorrência — Comentários à lei Antitruste*. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1995, p. 170.

702 **Artigo 73** - A intervenção judicial deverá restringir-se aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar, e terá duração máxima de cento e oitenta dias, ficando o interventor responsável por suas ações e omissões, especialmente em caso de abuso de poder e desvio de finalidade.

703 “Em vista dessa conclusão, verifica-se que esse novo meio executivo — a intervenção judicial da lei Antitruste — pode ser utilizado, com fundamento no § 5º do artigo 461, na execução forçada das obrigações de fazer e não fazer que se submeta à disciplina geral do Livro II do CPC, precisamente naquelas hipóteses onde se revelam insuficientes e

dispositivos legais, não há dúvida, autorizam e são o fundamento legal da intervenção para fazer valer a decisão judicial.

É também interessante destacar que na França o auxiliar do juiz, o interventor, é sempre utilizado na atuação de provimento urgente. É isso o que observa Raffaele LENER, que fez estudo comparativo da tutela de urgência nas sociedades anônimas da própria França e da Itália: "*Si vede dunque, in conclusione, come sia ben diverso il modo di agire dei giudici italiani e dei giudici francesi, i quali ultimi preferiscono sempre incaricare dell'esecuzione della misura richiesta una terza persona, piuttosto che ordinarla direttamente*"⁷⁰⁴.

Pinheiro CASTELO diz que "a percepção de que certas causas não se compadecem com a demora procedimental da tutela jurisdicional ordinária por estar presente o perigo da *tardività*, tendo necessidade da pronta e imediata 'execução para segurança' em virtude de a urgência apresentada ser inerente e própria à natureza da situação material a ser tutelada, é essencial para se entender a finalidade, os limites e o modo de atuação adequado ao provimento antecipatório de urgência"⁷⁰⁵.

Muitas vezes a situação fática impõe um agir do obrigado que deve ser tutelado pelo juiz da maneira mais eficaz possível, principalmente quando o interesse tutelado pressupor um maior prejuízo na hipótese de descumprimento, até porque, a legislação brasileira sempre outorgou os meios necessários à execução patrimonial⁷⁰⁶. Isso não deve impressionar ninguém, pois apenas se está

inadequados os meios executivos previstos nesse mesmo diploma legal (artigos 633 e ss. do CPC)". (GUERRA, *Inovações na execução direta das obrigações...*, op. cit., p. 320).

704 LENER, Raffaele. *Tutela cautelare atipica del socio di società di capitali ...*, op. cit., p. 302.

705 CASTELO, Jorge Pinheiro, op. cit., p. 596.

706 "Artigo 579. Sempre que, para efetivar a execução, for necessário o emprego da força policial, o juiz a requisitará.

Artigo 662. Sempre que necessário, o juiz requisitará força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens e na prisão de quem resistir à ordem.

Artigo 825. Parágrafo único. Se houver resistência, o depositário solicitará ao juiz a requisição de força policial".

falando em fazer valer as decisões judiciais, ou ainda e com mais razão, fazer valer uma decisão judicial já descumprida, independentemente do grau de cognição com que é proferida. É o que sentencia PEYRANO; *“A nuestro modo de ver, la persistencia de la contumacia del cautelado justifica que el tribunal eche mano a cuanto recurso resulte conducente para asegurar el cabal cumplimiento de sus órdenes”*⁷⁰⁷.

É interessante notar que mesmo autores como o argentino Jorge RAMÍREZ, que classificam a intervenção sempre como cautelar, afirmam, em evidente contradição, que a medida serve para salvaguardar o *el imperium iudicis*, para fazer valer as decisões judiciais:

*Ella se dirige, pues, como las providencias que el derecho inglés comprende bajo a la denominación contempt of Court, a salvaguardar el imperim iuridicis, o sea, a impedir que la soberanía del Estado, en su más alta expresión, que es la de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal, una vana ostentación de lentos mecanismos destinados, como los guardias de la ópera bufa, a llegar siempre demasiado tarde*⁷⁰⁸.

Vale ressaltar, mais uma vez, embora o tema já tenha sido abordado em ponto próprio, que a intervenção é medida extrema e que apenas excepcionalmente será deferida antes que todos os outros meios de se fazer cumprir a decisão judicial tenham se esgotado, como adverte também Giuseppe DESIDERIO⁷⁰⁹. Uma vez mais, apenas em casos excepcionais, a intervenção vai decretada enquanto providência, apenas quando for, nos comentários de PODETTI,

(Código de Processo Civil)

707 PEYRANO, *Medida Cautelar Inovativa*, op. cit., p. 35.

708 RAMÍREZ, op. cit., p. 167.

709 *“Sulla misura della revoca degli amministratori del procedimento ex. articolo 2409 cod. Civ. Si è ritenuto che questa costituisca un rimedio estremo quando le gravi irregolarità a carico dell’organo amministrativo siano tali da non poter essere eliminate con altri provvedimenti di natura cautelare”*. (DESIDERIO, Giuseppe, Collegio sindacale e controllo giudiziario. *Rivista delle Società*, anno 36, 1991, p. 1150).

*“necesaria una medida precautoria para evitar daños irreparables o la prolongación indefinida de una situación contraria a derecho”*⁷¹⁰.

Também por isso que a efetivação da decisão judicial antecipada, em regra, deve ser preliminarmente “atuada” através de eficácia mandamental, acompanhada de multa. Isso porque, entre outros motivos, “a tutela que interfere no modo de ser de uma empresa, porque se realiza através da nomeação de um interventor ou de um administrador, merece mais cuidados do que a tutela que implica em uma ordem sob pena de multa”; adverte MARINONI⁷¹¹. No entanto, nem sempre a multa resolve ou tem força de coerção suficiente à obtenção do resultado buscado, o que faz com que muitas hipóteses concretas reclamem a intervenção como única forma de “fazer valer o julgado”. Guido ALPA realça a inefetividade da multa em certos casos, observando que *“le sanzioni predisposte sono pecuniarie, e quindi monetizzabili, cioè suscumbibili dall’impresa come rischio normale inerente allo svolgimento della attività produttiva.”*⁷¹²

7.4.2 A INTERVENÇÃO COMO AÇÃO CAUTELAR

Embora mencionado no início do capítulo, é bom lembrar que Galeno LACERDA fundamenta ‘a suspensão cautelar de diretor ou administrador’ no artigo 799 do Código de Processo Civil⁷¹³. O professor PINTO FERREIRA fala em “suspensão cautelar de direitos do administrador”, com ação principal de destituição, de dissolução de sociedade⁷¹⁴. Ovídio Baptista da SILVA, por sua vez,

710 PODETTI, J. Ramiro, op. cit., p. 257.

711 MARINONI, Tutela Específica, op. cit., 129.

712 ALPA, Guido. **Tutela del consumatore e controlli sull’impresa**. Bologna : Mulino, 1977, p.264-265.

713 LACERDA, Comentários ..., op. cit., p. 237-239.

714 FERREIRA, Pinto, op. cit., p. 222.

fala em “ação cautelar de remoção de administradores de empresas comerciais”⁷¹⁵.

Isso na doutrina nacional. No direito comparado, as opiniões não dissentem muito; a começar por GAGGERO, para quem *“la intervención judicial de sociedades puede ser catalogada, por su especial naturaleza y atendiendo a la finalidad que persigue como una típica medida cautelar”*⁷¹⁶. Na Argentina, todos os autores abordados classificam a intervenção, em qualquer de suas modalidades, como cautelar, pois, nas palavras de Roland ARAZI, a medida serve para *“evitar que el eventual accionar ilegítimo de dichos administradores torne ilusorios los términos de una sentencia favorable”*⁷¹⁷ ou, dizem alguns, assegurar o resultado útil do processo principal. Na Itália, a natureza do provimento de intervenção é majoritariamente considerada cautelar, até porque, não obstante previsão específica, muitos a fundamentam na previsão genérica do artigo 700 do *codice di procedura civile*⁷¹⁸, como já foi assinalado.

Enfim, quase sempre que se fala em intervenção judicial em sociedade comercial, a natureza que lhe é atribuída é cautelar. Todavia, nem todos os provimentos — quer os arrolados pela doutrina nacional, como os citados exemplos do direito comparado — são, pelas premissas aqui fixadas, verdadeiramente cautelares.

Já foi asseverado, neste trabalho, que o processo cautelar foi generalizado como veículo da tutela de urgência em razão da ausência de previsão específica a

715 SILVA, Ovídio Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro**, op. cit., p. 431.

716 GAGGERO, Eduardo, op. cit., p. 28.

717 ARAZI, Roland. **Medidas Cautelares**. Buenos Aires : Astrea, 1997, p. 159.

718 Art. 700: *“Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d’urgenza che appoiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”*. (Codice di Procedura Civile. Padova : Cedam, 1997).

abrigar as pretensões antecipatórias, satisfativas. Também já foi afirmado que a generalização da cautelar fez com que parte da doutrina, conscientemente ou não, conceituasse todas as intervenções no âmbito do direito societário como cautelares, como demonstram as citações anteriormente transcritas. Criou-se a ação cautelar de nomeação de administrador provisório e outras denominações do gênero. Entretanto, estas intervenções não eram cautelares, não “asseguravam o resultado útil do processo principal”, no conceito multicitado pelos processualistas. Isso, espera-se, restou demonstrado no ponto anterior, onde foram abordadas as intervenções veiculadas pelo novo artigo 461 do Código de Processo. Por fim, infere-se — do que foi exposto até o momento — que com a reforma do Código de Processo Civil, à verdadeira cautelar sobrou um campo restrito de atuação, “uma margem residual muito pequena”⁷¹⁹.

Neste campo restrito de atuação, o processo cautelar retomou seu lugar original, sua função exclusivamente de segurança para execução. Ainda neste campo restrito, há medidas que efetivamente são cautelares, as quais já foram abordadas em ponto próprio. Neste capítulo, o que se quer demonstrar é a existência de intervenção judicial de natureza cautelar, enquanto segunda modalidade de cautelar sistematizada.

Este trabalho já se referiu também à dificuldade de se definir a natureza de muitos provimentos. A cautelaridade ou a satisfatividade nem sempre são evidentes, embora haja alguns exemplos óbvios e incontestáveis. Neste sentido, a liminar possessória é exemplo cristalino de tutela antecipatória satisfativa. Há na hipótese, antecipação de eficácias próprias do provimento final. Esta liminar

719

LIPPMAN, Edgard Antonio, op. cit., p. 39. Neste sentido, por outras razões, “Não é desarrazoado antever que do novo regime introduzido pelo artigo 273, I, do CPC possa resultar um esvaziamento substancial do Livro III do CPC. É que com a tal inovação, para se obter a prestação de tutela cautelar antecipatória (ou seja, através de medidas antecipatórias), o requerente vai dispor (para obter o mesmo efeito) assim da ação cautelar disciplinada no Livro III do CPC como da simples liminar prevista no artigo 273 do mesmo diploma. Ora, não parece subsistir dúvidas sérias que, entre as opções acima, a parte preferirá obter cautelar através de liminar, por se tratar de um meio (para o requerente, pelo menos) mais imediato e mais econômico”. (GUERRA, Marcelo Lima. *Estudos Sobre o Processo Cautelar*, op. cit., p. 102).

realiza a pretensão do autor e, neste sentido, satisfaz. Noutro extremo, o seqüestro não antecipa a eficácia do processo principal referido, não realiza a pretensão do autor, e não apresenta qualquer dose de satisfatividade⁷²⁰.

O seqüestro é caso típico e referência máxima de provimento de natureza cautelar. É o protótipo, o exemplar mais exato, enfim, o primeiro tipo de processo cautelar. Há no seqüestro — dizem alguns, aquiescem todos — tão-somente segurança para execução.

Há intervenções no campo do direito societário que são eminentemente cautelares, tal qual o seqüestro.

Na obra **A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro**, Ovídio Baptista da SILVA dedicou um capítulo à “intervenção em bens litigiosos”, onde defendia a possibilidade de se decretar esta intervenção judicial na sociedade para assegurar a viabilidade de ações que versassem principalmente sobre o domínio e a propriedade. Equiparava-se a medida à intervenção judicial prevista pelo direito argentino, concluindo que “a nota característica da intervenção judicial como medida cautelar específica reside na circunstância de consistir tal providência assegurativa em simples interferência fiscalizadora e de controle da gestão administrativa da coisa litigiosa que permanece em poder do demandado e sob sua administração”⁷²¹. Apenas noutro capítulo é que o autor tratava então da ‘proteção cautelar e o direito societário, onde era abordada a ‘remoção de administradores de empresas comerciais.⁷²² Esta distinção não subsistiu quando o professor lançou o livro **Do Processo Cautelar**, pois que nesta obra aquelas ações cautelares vieram abordadas num mesmo ponto — ambas como manifestação do poder geral cautelar reconhecido ao juiz⁷²³.

720 O exemplo é de SILVA, **Curso de Direito Civil**, op. cit., vol. 3, p. 64.

721 SILVA, **A ação cautelar inominada...**, op. cit., p. 421 - 422.

722 Ibid, p. 431.

A intervenção judicial que Ovídio BAPTISTA classificou como “intervenção em bens litigiosos” é uma intervenção tipicamente cautelar, assegurativa, não satisfativa. Nesta medida, quer-se apenas assegurar futura execução — campo indubitavelmente específico do verdadeiro processo cautelar.

Com o nome de intervenção em bens litigiosos ou com outra denominação qualquer, esta intervenção é cautelar e pode ser fundamentada no poder geral de cautela. É a esta intervenção, por exemplo, a que se refere Waldirio BULGARELLI:

A medida cautelar teve amplitude além de simples seqüestro. Fundamentada nos artigos 798 e 799 do CPC, abrangeu não só o seqüestro dos bens da empresa, mas a própria empresa, a suspensão de seus diretores, e a conseqüente atribuição ao depositário nas funções de administração e representação.

Em não sendo assim, não haveria razão do seqüestro. A medida cairia no vazio, já que os diretores da empresa continuariam a praticar atos eventualmente ruinosos, exatamente os que a medida cautelar teve por fim evitar.⁷²⁴

Aqui a pretensão do autor é uma pretensão condenatória, ou ‘pretensão executiva’. A natureza cautelar desta intervenção está no assegurar a futura execução, pois ela se resume a assegurar os bens necessários à futura constrição judicial. Esta a função do interventor, evitar que os diretores da empresa continuem “a praticar atos eventualmente ruinosos”, que ponham em risco a viabilidade da futura execução forçada que se quer assegurar. Tratando especificamente desta medida no direito argentino, Martínez BOTOS assevera que *“el interventor actúa en carácter de auxiliar externo de la justicia, sea para asegurar la*

723

SILVA, Do processo cautelar, op. cit., p. 121-123.

724

BULGARELLI, Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A ..., op. cit., p.

404-405.

ejecución forzada o para impedir que se produzcan alteraciones perjudiciales en el estado de los bienes"⁷²⁵.

O autor argentino delimita, em razão da natureza e objetivo da medida, o alcance desta modalidade de intervenção, ao afirmar que *"en el primer caso (aseguramiento de la ejecución forzada), la medida se ordena sólo a fin de que el mismo (interventor recaudador) recaude rentas o frutos ya embargados: 'Su función se limitará exclusivamente a la recaudación de la parte embargada, sin injerencia alguna en la administración' (artigo 223, in fine, CPN)"*⁷²⁶.

Possivelmente com fundamento nessas posições é que Ovídio B. SILVA, citando o espanhol Serra DOMINGUEZ, defende que em tais hipóteses a intervenção *"tem por finalidade tão-só submeter a atividade administrativa do demandado à fiscalização e controle judiciais, exercidos pelo interventor nomeado pelo juiz"*⁷²⁷. Esta intervenção pressupõe uma forma própria de atuação do interventor, uma forma de intervenção, entre outras possíveis. Esta forma, no entanto, será abordada em capítulo próprio.

Esta espécie de intervenção cautelar é também arrolada por Ramiro PODETTI, citando posição jurisprudencial argentina; *"para asegurar el cobro de créditos de tracto sucesivo, es procedente designar un interventor judicial (cam. com. cap. sala B, J.A., 1954-I, 28)"*⁷²⁸.

Estas intervenções deverão ser decretadas sempre que o direito de crédito for colocado em risco em razão de administração que se apresente ruínosa ou fraudulenta, cabendo ao autor demonstrar que a intervenção, em qualquer de suas formas, é o único meio necessário à garantia da futura execução. A medida deve

725 BOTOS, Martínez, op. cit., p. 349.

726 Ibid., loc. cit.

727 SILVA, Ovídio Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, op. cit. p. 419.

728 PODETTI, J. Ramiro, op. cit., p. 237.

ser utilizada para assegurar a cobrança de créditos fiscais e trabalhistas, dando efetividade às execuções que se seguirem ou ainda em curso. O direito de terceiro, nestas hipóteses, também pode ser assegurado pela intervenção cautelar. O Estado, não resta qualquer dúvida, pode requerer este tipo de intervenção cautelar para — preenchidos os requisitos específicos — assegurar a cobrança de impostos, por exemplo.

Certo que embora possível imaginá-la também no processo de execução, como forma de efetivar a penhora, não é desta intervenção que se está falando, mas tão-somente da que assegura o direito de crédito. Nesta modalidade de intervenção, é a primeira espécie abordada.

A segunda espécie possível está numa ação de dissolução de sociedade, também num exemplo possível, onde é lícita a propositura de uma medida cautelar que afaste o administrador até a sentença final na dissolutória. É o exemplo da jurisprudência trazido por Galeno LACERDA:

Neste sentido, sem entrar no mérito dos respectivos litígios, temos notícia no Rio Grande do Sul de quatro casos merecedores de registro especial. No primeiro, em **ação dissolutória de sociedade**, o então Juiz da 5ª Vara Cível de Porto Alegre, Hermann Homem de Carvalho ROENICK (depois Desembargador), em decisão de 26.5.66, decretou seqüestro incidente de todos os bens sociais, nomeando depositário encarregado de administrar a entidade, o que importou suspensão provisória da diretoria da empresa.⁷²⁹

A medida aqui também é eminentemente cautelar, visto que não se quer a antecipação da dissolução (o que indicaria satisfatividade), mas tão-somente, em razão do *periculum in mora* que o tempo de duração do processo impõe, a garantia do direito do autor da dissolutória até julgamento final desta principal. Há hipóteses concretas de que a sociedade não resiste ao tempo de duração da ação

de dissolução, na qual o conflito entre as partes indique a necessidade de nomeação de administrador provisório judicialmente nomeado.

Também aqui, no entanto, a medida só deve ser decretada quando todos os outros meios disponíveis para se atingir o objetivo já tenham se esgotado, isso em razão do princípio da menor restrição possível, ou, como observa PODETTI, “no debe decretarse sino cuando la ejecución forzosa no pueda ser asegurada por otra vía y sin que previamente se haya decretado el embargo y gestionado infructuosamente, por las vías correspondientes, su cumplimiento”⁷³⁰.

7.4.3 ANTECIPAÇÃO DE REMOÇÃO E NOMEAÇÃO

Desde já, se deve observar que apenas em caráter provisório — que não é atributo exclusivo da cautelar — é possível a **nomeação de administrador judicial**. Em hipótese alguma poderá haver sentença final que disponha acerca da nomeação de um administrador para qualquer sociedade; este é, e sempre será, atributo próprio de deliberação interna. É como reconhece Bruno FERRARO, ao sustentar que se a destituição do administrador tem caráter definitivo, “la nomina dell’amministratore giudiziario è invece di carattere temporaneo e dev’essere specificamente delimitata dal tribunale quanto alla durata ed all’estensione dei poteri allo stesso attribuiti.”⁷³¹

Qualquer coisa fora disso só seria possível através de legislação específica, como no caso, apenas por analogia, da nomeação do síndico no processo falimentar (também provisória, é verdade) ou ainda do interventor em instituições

729 LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII, tomo I (Artigos. 796 a 812), op. cit., p. 238, [sem grifo no original].

730 PODETTI, J, Ramiro, op. cit., p. 239.

731 FERRARO, Bruno, op. cit., p. 253, sem grifo no original.

financeiras⁷³². Ao Judiciário cabe intervir para afastar uma anormalidade, para disciplinar uma situação transitória, nunca para substituir em definitivo a vontade da maioria. Ao final, no máximo, pode-se definir a destituição do administrador eleito. Uma coisa é a intervenção para fazer valer uma ordem judicial, para garantir futura execução, outra — diferente e que desautoriza a intervenção sem que haja previsão legal —, é a invasão em definitivo do poder deliberativo no âmbito societário. Isso definitivamente não é possível, como afirma Eduardo GAGGERO:

*En consecuencia, los riesgos apuntados, imponen al juez, extremar la prudencia y mesura al decretar una medida como la descripta; deberá ser esencialmente asegurativa y necesariamente transitoria, buscando la normalización de la vida social y la recomposición de la empresa, instrumento imprescindible para la eficaz conjunción del capital y del trabajo*⁷³³.

Feita a ressalva, é preciso dizer que geralmente há controvérsia sobre a legalidade ou legitimidade da nomeação de um administrador por deliberação social. Estas hipóteses, por vezes, autorizam a nomeação de administrador provisório, que deve ou pode recair em um terceiro que não seja parte no processo. Esta também pode parecer uma medida tipicamente cautelar, já que apenas asseguraria a realização do direito, não o realizando de imediato. Não é esta, contudo, a natureza desta medida.

Os argentinos classificam a medida como cautelar⁷³⁴, no entanto, quem quer a destituição de um diretor de uma sociedade anônima — através da suspensão da eficácia da deliberação que o nomeou — e a obtém liminarmente, não apenas assegura a realização do direito, mas o realiza por antecipação, satisfazendo desde já, parcialmente ou não, a pretensão principal. Vale notar que não se deve propor uma ação declaratória do direito de convocar assembléia para

732 Lei nº 6.024/74.

733 GAGGERO, Eduardo, op. cit., p. 17-18, sem grifo no original.

734 RAMÍREZ, Jorge Orlando, op. cit., p. 183.

eleição de novo diretor, algo como a antes comentada ação declaratória de inexistência do direito de cortar árvore, tal qual a concebeu Antônio Cláudio da Costa MACHADO⁷³⁵, apenas para veicular a verdadeira pretensão através de uma cautelar que de cautelar nada tem. Deve haver aqui ações cumuladas; uma constitutiva, outra mandamental/executiva.

Por questão de bom senso não se vai repetir aqui a discussão que consumiu boa parte da dissertação (antecipação de declaração e constituição; ordem em ação constitutiva etc.). Remete-se o leitor, para os esclarecimentos necessários, ao capítulo próprio da matéria⁷³⁶.

Desde já é possível imaginar, sem pretensão de se esgotar as hipóteses concretas, duas situações fáticas que ensejam a destituição de administrador. A primeira, já abordada, onde se controverte sobre a legalidade da nomeação do administrador. Há vícios no ato de nomeação, há vícios na deliberação societária de nomeação. É possível propor, então, a suspensão desta deliberação societária de nomeação irregular de administrador. O que se quer ao final é a anulação da deliberação de nomeação — pretensão desconstitutiva — com ordem à sociedade para que se suspenda a eficácia da deliberação atacada, atuada através de interventor judicial provisório — pretensão executiva/mandamental.

É por isso que não parece válido afirmar que o afastamento liminar de diretores de sociedade, eleitos irregularmente — supõe-se —, possa ser classificado de cautelar, como sustenta Galeno LACERDA ao comentar decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo⁷³⁷. Há inocultável satisfatividade no provimento abordado. Classificá-lo como meramente cautelar é cair em equívoco que esta dissertação já analisou à exaustão.

735 MACHADO, A. C. da Costa, *Tutela Antecipada*, op. cit., p. 498.

736 cf. item 4.4 - Antecipação de declaração e constituição.

737 LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, op. cit., p. 239.

Nestes casos o que efetivamente existe é uma suspensão de deliberação social atuada, *ab initio*, com nomeação de administrador judicial provisório. Assim e por isso, têm razão os doutrinadores portugueses que, como Moitinho de ALMEIDA, advertem que a medida “não se destina a destituir o administrador, mas a revogar a cláusula do contrato social que atribua a administração. A destituição é mera consequência de tal revogação.”⁷³⁸

A diferença entre esta intervenção e a intervenção classificada como mera atuação do provimento de urgência está no fato de que aqui, em atenção às peculiaridades do caso concreto, a intervenção é requerida *ab initio*, como provimento próprio e único para atuar a tutela de urgência. Não há resistência seguida de intervenção, mas intervenção desde o início como modalidade única a contemplar o pedido do autor. Desde o início, a situação concreta descarta a possibilidade de o administrador eleito atender uma ordem e continuar na direção; a pretensão é de substituição.

A segunda situação fática que enseja a destituição de administrador não é propriamente decorrente de irregularidades no ato de nomeação — como na hipótese acima —, mas irregularidade no processo de gestão do administrador. Naquela, a irregularidade consta da deliberação societária de nomeação; nesta, a nomeação é regular e válida, pois o vício nasce apenas com a gestão societária. Aqui também apenas a destituição resolve, sem a alternativa de satisfação apenas com ‘ordem’ ao administrador questionado.

A administração atacada, com fundamento na Lei das Sociedades por Ações, num exemplo possível, enseja a destituição do administrador. O administrador viola, sempre em exemplo, várias disposições do artigo 117 da citada lei⁷³⁹. O artigo 159, por sua vez, fixa que “compete à companhia, mediante

⁷³⁸ ALMEIDA, L. P. Moitinho de, op. cit., p. 117.

⁷³⁹ Art. 117 da Lei das Sociedades por ações: a) orientar a companhia para fim estranho ou objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade

prévia deliberação da assembleia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio". Ainda o mesmo artigo, parágrafo segundo: "o administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta a ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembleia". Por fim, o parágrafo quarto: "se a assembleia deliberar, não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social". Ao comentar o artigo, Antonio Marçal Romeiro BECHARA e Lucas Ênio de REZENDE afirmam que "o § 1º não fala especificamente em 'destituição dos administradores', em consequência da autorização para intentar a ação contra os mesmos, falando apenas de um impedimento que seria transitório. Mas é de convir que essa destituição tem que ocorrer"⁷⁴⁰.

Nestes casos não há propriamente deliberação a ser suspensa, já que a causa da destituição é posterior e independe de qualquer deliberação societária; a nomeação em si é regular e válida, como já foi assinalado. A ação é de destituição. Esta é uma ação, com vistas na classificação tradicional, constitutiva. A antecipação pura e simples da constituição não goza de efetividade. Algo como,

brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) promover a liquidação da economia próspera, ou a transformação, a incorporação, fusão ou cisão da companhia com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela Assembleia Geral;

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;

g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.

740

CARVALHO, Gil Costa. In: **Comentários à Lei das Sociedades por Ações**, Coord. VIDIGAL, Geraldo de Camargo; SILVA MARTINS, Ives Gandra da. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999, p. 495.

“antecipadamente revogo o administrador da empresa demandada”, sem que haja ordem ou execução *lato sensu* a acompanhar a decisão não tem qualquer efetividade, pois que descumprida — sob o pretexto, por exemplo, de ausência de coisa julgada — não causa grandes problemas à sociedade. Por outro lado, não se pode substituir o administrador sob pena de multa, em exemplo — afastados todos os óbices teóricos —, porque a jurisprudência, como já foi observado, vem se firmando no sentido de que não se concede na antecipação mais do que se pode obter na sentença. Isso, como também já foi observado, dita a necessidade de demanda cumulada; a ação do novo artigo 461 do Código de Processo.

Embora por razões diversas, as quais já foram abordadas na primeira parte do trabalho, os italianos, quando se valem da previsão inespecífica do Código de Processo, considerem a destituição do administrador uma antecipação do julgamento de mérito, como se depreende da citação de VITTORIA, que trata da destituição de administrador provisório em sociedades limitadas: “*Vengono in questa circostanza ravvisati gli estremi della giusta causa per la revoca degli amministratori ex articolo 2259 c.c. e le ragioni d’urgenza che giustificano ex articolo 700 c.p.c. l’anticipazione degli effetti della decisione di merito*”.⁷⁴¹

Consideram os italianos, nestes casos específicos das sociedades de pessoas, a possibilidade de antecipação ex artigo 700 C.P.C., embora, mais uma vez, não haja antecipação de constituição propriamente dita.

Enfim, havendo demanda de destituição de administrador de sociedade anônima, ou gerente de uma limitada — também possível, será visto —, pode ser deferido um provimento liminar antecipatório em ação cumulada, qual seja, a ação do novo artigo 461 do Código de Processo Civil, destituindo o administrador

⁷⁴¹ VITTORIA, ... Amministratore giudiziario e società di persone: trent’anni di dialogo tra dottrina e giurisprudenza, *Contrato e Impresa*, II, 1988, p. 697. É interessante notar que parte da doutrina italiana não admite a nomeação de administrador judicial em sociedade de pessoas, mas tão somente a destituição; neste sentido SABATO, Franco Di. La revoca ax artigo 700 c.p.c. dell’accomandatarario di s.a.s. e la nomina di un amministratore giudiziario. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1989, nº 4, p. 1072.

questionado e nomeando um terceiro. A reintegração de trabalhador ao posto de serviço não se dá tão-somente com a desconstituição do ato de demissão, mas com uma demanda cumulada, como reconhece Mariangela ZUMPANO: “*Se, come è vero nell’esperienza sin qui acquista sull’uso dell’articolo 700 nelle more del giudizio sul licenziamento lo strumento cautelare è servito sprattutto ad anticipare gli effetti della condanna al fare consistente nell’obbligo del datore di lavoro di reintegrare il dipendente nel luogo di lavoro (v. Tommaseo, I provvedimenti, cit., 255);*”⁷⁴². Aqui, também, a destituição e nomeação se dão em antecipação da demanda cumulada.

É algo como o que determina o Código Civil argentino, por exemplo, em seu artigo 1.684; “*habiendo peligro en la demora, el juez podrá decretar la remoción luego de comenzado el pleito, nombrando un administrador provisorio socio o no*”. Na lei argentina de sociedades por ações, já referida, há previsão neste sentido:

*Artigo 113. Procedencia. Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave, procederá la intervención judicial como medida cautelar con los recaudos establecidos en esta sección, sin perjuicio de aplicar las normas específicas de los distintos tipos de sociedad.*⁷⁴³

Na obra argentina sobre medidas cautelares, dirigida por Roland ARAZI, os comentários transcritos definem a medida:

Los administradores de las sociedades civiles o comerciales pueden, en el ejercicio de tales funciones, realizar actos contrarios a los intereses societarios o que constituyan violación de normas legales o estatutarias. Tales acciones pueden, en consecuencia, perjudicar patrimonialmente a la sociedad y, por ende, a los socios. En tales supuestos, la ley autoriza a los órganos sociales competentes (asamblea, reunión de socios, etc.) la posibilidad de disponer su remoción; sin embargo, en determinados supuestos tal remoción no es factible para los socios minoritarios, otorgándoles la ley la posibilidad de intentar que dicha medida sea ordenada

⁷⁴² ZUMPANO, Mariangela, op. cit., p. 837-838.

⁷⁴³ RAMÍREZ, Jorge Orlando, op. cit., p. 183.

*judicialmente. Mas hasta que recaiga sentencia firme en tal acción puede transcurrir mucho tiempo; por lo tanto, es necesario evitar que el eventual accionar ilegítimo de dichos administradores torne ilusórios los términos de una sentencia favorable.*⁷⁴⁴

Esta antecipação de revogação é tratada por Ovídio SILVA, embora classificada como medida cautelar:

Várias, também aqui, serão as hipóteses em que se controverta sobre a legitimidade da investidura de órgãos administrativos das empresas, quer porque contra estes se pretenda propor ação visando à anulação das assembleias que os elegeram, quer porque penda já, ou se prepare, demanda de destituição de administradores com base em conduta lesiva aos interesses sociais a estes imputada, sendo, nessas hipóteses, plenamente compreensível a necessidade de intervenção enérgica do magistrado, para segurança dos direitos cuja proteção se demanda na ação cautelar.⁷⁴⁵

O importante é notar que sempre há uma obrigação de fazer ou não fazer descumprida, pois se não houver descumprimento do estatuto/contrato social ou da lei — fontes de obrigações tuteláveis pelo artigo 461 do Código de Processo —, não há porque se falar em destituição de administrador provisório. O que se quer com o artigo 461 é a tutela específica que, em muitas hipóteses, só se obtém com a nomeação de administrador judicial. O que se pode invocar é que há limite político para a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer no âmbito societário, como já foi tratado, mas, vale dizer que “os denominados limites políticos dependem das circunstâncias e da natureza da obrigação, não constituindo, como regra, fronteiras intransponíveis à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer”⁷⁴⁶.

744 ARAZI, Roland, op. cit., p. 159 [sem grifo no original].

745 SILVA, A ação cautelar inominada..., op. cit., p. 431. [sem grifo no original]

746 CARREIRA ALVIM, J. E., Tutela específica das obrigações..., op. cit., p. 70.

É a diversidade da situação conflitiva concreta que determina a necessidade de nomeação de interventor judicial, até porque, como observou Luiz Guilherme MARINONI, o novo artigo 461 do Código de Processo quebrou o princípio da tipicidade das formas executivas⁷⁴⁷.

Por fim, é preciso assinalar que há muito já se controverte sobre a forma de enfrentar a resistência de administradores à destituição decidida pela própria assembléia. Lembra Hernani ESTRELLA que “os conflitos provocados por administradores de sociedades anônimas destituídos que se recusam a permitir que os substitutos assumam integralmente as funções de que foram legalmente afastados, são muito mais freqüentes do que geralmente se pensa.”⁷⁴⁸

Desde 1892, por decisão do antigo Tribunal Civil e Criminal do Rio de Janeiro, o caminho indicado era a apreensão judicial dos livros da sociedade, como meio legítimo para compelir a diretoria destituída a abrir mão do mandato revogado⁷⁴⁹. Evolui-se depois para o entendimento de que o caminho correto, na hipótese de oposição à deliberação societária de destituição, é a imissão na posse⁷⁵⁰.

Quando houver a destituição por deliberação societária, por certo não há nada a desconstituir judicialmente. Há, nessas hipóteses, tão-somente deliberação societária descumprida. Com a deliberação de escolha de novos administradores, impõem-se aos antigos e destituídos a resignação com a decisão e entrega dos cargos à sociedade. A deliberação faz surgir clara obrigação legal de entrega dos cargos, tutelável também a nova ação do artigo 461 do Código de Processo Civil. A natureza híbrida e a flexibilidade que lhe outorgou a reforma do Código,

747 MARINONI, *Tutela Inibitória*, op. cit., p. 185.

748 ESTRELLA, Hernani, Sociedade Anônima - Ação possessória contra administradores destituídos - medida exercitável pela sociedade em lugar da imissão de posse por parte dos novos diretores - problemas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 13, 1974, p. 23.

749 ESTRELLA, op.cit., p. 11.

750 ESTRELLA, op. cit., p. 28.

viabiliza essa ação como instrumento nestes casos. A antecipação de tutela que lhe é inerente garante uma “intervenção urgente em sociedade”, até porque nesse casos “predomina a preocupação da celeridade, recomendável, aliás, atenta à necessidade de normalizar a vida administrativa da sociedade, afastando definitivamente os ex-diretores.”⁷⁵¹

7.5 MOMENTO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

Já foi assinalado que a nomeação de administrador judicial, pela gravidade da medida e as conseqüências traumáticas que são produzidas no pós-intervenção, é provimento adotado **quase sempre** esgotadas as alternativas anteriores, quer no âmbito interno da sociedade, quer nas medidas passíveis de adoção pelo judiciário para contemplar o caso concreto. É exatamente como a define o argentino Botos MARTÍNEZ; “*la intervención judicial, por su trascendencia y consecuencias, es un recurso in extremis (...)*”⁷⁵².

Foi dito, quando se abordou a suspensão de deliberação social, que parte da doutrina restringe à assembléia o poder de gerar deliberação passível de suspensão. O argumento mais expressivo desta parte da doutrina é de que as deliberações, ou atos deliberativos, tomados pelos diretores, gerentes nas limitadas, conselho de administração e fiscal, devem ser levados à assembléia geral e, aí sim, passíveis de suspensão. Em tópico próprio demonstrou-se que afirmar que tão-somente as deliberações assembleares podem ser objeto de suspensão de deliberação social é o mesmo que dizer que enquanto não houver deliberação final de assembléia estará obstado o nascimento de “*periculum in mora*”, pois nem sempre é a decisão final interna que faz nascer a urgência da liminar, pois antes daquela, esta já pode existir. A fragilidade da restrição, feita a observação, resta evidente. O direito administrativo, em analogia também já

751 ESTRELLA, op. cit., p. 17.

752 BOTOS, Martínez, op. cit., p. 369.

referida, já abordou o problema quando discutiu o exaurimento da via administrativa como requisito de admissibilidade da provocação da tutela jurisdicional.

Isso novamente vai colocado em razão da posição da doutrina especializada que aborda o assunto específico da intervenção judicial. Novamente Botos MARTÍNEZ, citando precedentes jurisprudenciais, defende que antes da intervenção numa sociedade anônima *“deberá demostrar el socio que agotó los recursos previstos por el régimen contractual”*⁷⁵³. Até porque o próprio artigo 114, do *dec-ley* 19.550 das sociedades comerciais na Argentina, prevê expressamente que *“el peticionante acreditará su condición de socio, la existencia del peligro y su gravedad, que agotó los recursos acordados en le contrato social y se promovió acción de remoción.”* Esta a referência legal que faz outro argentino concluir neste sentido:

*El socio que intente la acción de remoción y contemporáneamente la intervención judicial de la sociedad, instituto que nos ocupa en este capítulo, debe, en consecuencia, haber intentado previamente y por todos los medios legales y estatutarios internos disponibles, la destitución del o de los administradores de la sociedad.*⁷⁵⁴

Desta posição não dissente Ramiro PODETTI quando afirma que em razão da sociedade anônima possuir sua própria estrutura e sistema de controle, *“las medidas cautelares deben ser dispuestas solamente en situaciones extremas, es decir, cuando las particularidades del caso hagan imposible que el daño que se teme pueda evitarse o remediarse por sus propios órganos.”*⁷⁵⁵

Na essência e sem se imiscuir no campo estrito da doutrina societária, o que dizem os argentinos e italianos não pode ser integralmente contestado. Em regra, não é lícito ao acionista buscar no poder judiciário a nomeação de

753 BOTOS, Martínez, op. cit., p. 371.

754 RAMÍREZ, op. cit., p. 170.

755 PODETTI, J. Ramiro, op. cit., p. 257.

administrador judicial provisório sem que tenha esgotado, no âmbito interno da sociedade, as possibilidades de fazer valer seu direito⁷⁵⁶. A assertiva vale para todas as modalidades de intervenção aqui classificadas. Ou seja, não se pode — sempre em regra — pedir a destituição judicial de um diretor de uma sociedade anônima sem que antes disso a assembléia acerca da matéria tenha desfavoravelmente se pronunciado. Não se pode requerer, ou não se deve deferir, a intervenção judicial para o cumprimento de decisão judicial, sem que antes disso o acionista tenha tentado fazer valer internamente a disposição estatutária ou legal dita violada.

A ninguém parece ser lícito questionar isso. Entretanto, o que realmente deve determinar a necessidade de intervenção, numa de suas modalidades e formas, é a perspectiva processual que a situação de direito material desenhar. Se determinado acionista demonstra, no grau de cognição próprio de uma medida sumária, que não pode esperar a deliberação societária para requerer a intervenção judicial, que se mostra apropriada em face do caso concreto, não pode o juiz invocar o não exaurimento do âmbito interno para negar a medida.

É evidente que se a intervenção judicial “*por su transcendencia y consecuencias, es un recurso in extremis*”, como observou o argentino Botos MARTÍNEZ, muito mais extrema será a medida judicial que necessariamente terá que se antecipar à decisão interna da sociedade. Dizer que a hipótese é excepcional, entretanto, é dizer que ela é processualmente possível. Esta ressalva é necessária.

756

“Determina Roitman que *haber agotado los cursos contractuales* consiste en: 1) *haber efectuado las intimaciones al órgano de administración*; 2) *haber reclamado al síndico sobre las presuntas violaciones e incumplimientos de los directores*; 3) *haber recurrido al órgano de fiscalización externo de la sociedad (artigo 301, LSC)*; 4) *haber solicitado la convocatoria de asamblea ordinaria o reunión de socios, en las demás sociedades, para tratar el asunto que le perjudique, o la conducta del administrador, y 5) haber fracasado en las gestiones antes enumeradas*”. (ROITMAN, II Congresso de Derecho Societario, Mar del Plata, 1979. In RAMÍREZ, Jorge Orlando, op. cit, p. 192.)

Além disso, é bom lembrar que o terceiro — também ativamente legitimado à propositura de certa modalidade de intervenção —, não se subsume, como é intuitivo, às restrições comentadas.

Também é preciso assinalar que não apenas ao esgotamento da via societária interna se subordina, em regra, o deferimento da intervenção. Há subordinação também quanto às formas de atuação disponíveis ao juízo. Não se pode intervir judicialmente numa sociedade antes que se tenha mostrado infrutífera a tentativa de fazer valer uma decisão por forma menos gravosa ao requerido⁷⁵⁷; é o princípio da menor restrição possível, tal qual observa Teori Albino ZAVASCKI:

Na verdade, para determinar a extensão da antecipação deve o juiz observância fiel ao princípio da menor restrição possível: porque importa limitação ao direito fundamental à segurança jurídica, a antecipação de efeitos da tutela somente será legítima no limite estritamente necessário à salvaguarda do outro direito fundamental, considerado, no caso, prevalente.⁷⁵⁸

O professor MARINONI fala no princípio da necessidade: “abrindo-se nos princípios do meio mais idôneo e da menor restrição possível, deve orientar as hipóteses de tutela inibitória, evitando que em nome da efetividade da tutela preventiva seja descurada a idéia de que a tutela do direito do autor deve ser obtida sem gerar conseqüências desrazoáveis à esfera jurídica do réu”⁷⁵⁹. É isso; a intervenção não pode ser deferida quando produzir “conseqüências desrazoáveis à esfera jurídica do réu”. Este exame, não há outra maneira, é realizado no caso concreto pelo magistrado competente.

⁷⁵⁷

Nota do autor: Quando trata do processo, é certamente em atenção ao princípio da menor restrição possível que o artigo 620 do Código de Processo Civil estabelece: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

⁷⁵⁸

ZAVASCKI, *Antecipação de tutela*, op. cit., p. 75.

O próprio artigo 2.409 do Código Civil italiano — previsão legal específica — indica providências prévias à intervenção judicial, como a convocação de assembléia, para apenas *“nei casi più gravi, la revoca degli amministratori e dei sindaci, con contestuale nomina di un amministratore giudiziario”*⁷⁶⁰. Com isso — é possível concluir — o Código Civil italiano registra expressamente a incidência do princípio da necessidade ou especificamente da menor restrição possível, como preferem alguns.

Enfim, é a aplicação destes princípios que determina a impossibilidade de intervenção judicial numa sociedade antes que se tenha mostrado infrutífera a tentativa de fazer valer uma decisão por forma menos gravosa ao requerido, como acima foi observado. É igualmente neste sentido que Botos MARTÍNEZ, quando trata da intervenção, assevera que *“se ordena a condición de que exista peligro, pero ello debe trasuntarse como última instancia cuando resulta imprescindible o cuando las tentativas de aseguramiento del derecho por otras vías han sido infructuosas”*⁷⁶¹.

Em conclusão é importante ressaltar aquilo que vem sendo dito nesta parte da dissertação, ou seja, a intervenção é *recurso in extremis*, e por isso mereceu estes comentários do professor Ovídio B. SILVA: “observe-se, no entanto, que a intervenção em sociedades comerciais é medida cautelar a ser usada com extrema parcimônia, tendo em vista os perigos de entorpecimento da atividade empresarial que uma gestão judicial invariavelmente acarreta”⁷⁶².

Não é absoluta, portanto, a necessidade de se esgotar as vias internas da sociedade e nem de que outras medidas judiciais mais brandas sejam adotadas antes do decreto de intervenção. Até porque, na já comentada hipótese da antecipação de remoção e nomeação, a intervenção é sempre a primeira modalidade. No mais, não há qualquer outro requisito específico para o momento

759 MARINONI, Tutela Inibitória..., op. cit., p. 116. [sem grifo no original]

760 BONGIORNO, Girolamo, op. cit., p. 162.

761 BOTOS, Martínez, op. cit., p. 358.

da intervenção. Mesmo nos países onde se exige a propositura de uma ação principal de remoção, a jurisprudência admite a intervenção *inaudita altera pars*⁷⁶³. No Brasil, como não há previsão subordinando a intervenção à prévia propositura da ‘ação principal’ — pois nem mesmo existe previsão específica —, não faz sentido qualquer restrição ao momento da intervenção⁷⁶⁴; a determinará, portanto, o caso concreto.

7.6 FORMAS DE INTERVENÇÃO

Já foram sistematizadas as modalidades de intervenção, pois que não se resumem, como já se imaginou, à mera ação cautelar de intervenção. Não há, também, uma única forma de intervenção judicial, mas várias, determinadas pela necessidade fixada pelo caso concreto. Na escolha da melhor forma de intervenção também incide o princípio da menor restrição possível.

No processo de execução, o juiz preliminarmente intima o executado a apresentar bens à penhora; é esta a forma mais branda de constrição judicial. Por outro lado, esgotadas as tentativas anteriores, é lícito ao oficial de justiça, com o auxílio de força policial, arrombar a residência do executado na busca de bens que garantam a execução, excluídos os que se enquadram no conceito de bem de família. Não exatamente disso que trata a previsão do Código de Processo Civil, mas em atenção à idêntica lógica jurídica que o artigo 620 estabelece: “Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”⁷⁶⁵.

762 SILVA, Do processo cautelar, op. cit., p. 123.

763 “No obstante, entendemos que el carácter cautelar de la medida y la circunstancia de que se la decrete *in audita pars* hacen posible que el pedido sea simultáneo con la promoción del juicio.” (PENÁ, Oscar; PALMA, Jorge, op. cit., p. 58 - 59).

764 “Naturalmente que para los Códigos procesales que autorizan la intervención o el nombramiento de un administrador provisorio, aún antes de iniciada la demanda principal, no existe el problema”. (PODETTI, J. Ramiro, op. cit., p. 260).

765 “O executado tem como grande fundamento de defesa o princípio da busca de sua menor onerosidade, o que necessariamente importa em conduzir-se a tutela executiva

A intervenção segue essa mesma lógica. O juiz na determinação da forma de intervenção judicial atende a este critério lógico, como lhe informa o princípio da necessidade ou da menor restrição possível, gozando de discricionariedade para determinar a melhor forma de intervenção. Isso quer dizer que ao juiz é lícito determinar uma forma de intervenção diversa da requerida, desde que em atenção aos princípios referidos, como vem se orientando a jurisprudência argentina, nas palavras de Jorge RAMÍREZ: *"El juez tiene facultad para disponer una medida distinta de la solicitada o de la ya decretada. En este sentido la Cámara Civil y Comercial de Rosario ha establecido que el magistrado que decretó la intervención judicial puede modificar tal disposición nombrando luego un mero veedor - artigo 115, LSC -, ello por cuanto la naturaleza cautelar de la medida determina que no cause estado"*⁷⁶⁶.

É evidente que a ausência de previsão legal específica no Brasil gera uma ausência de parâmetros para o magistrado intervir, não obstante crie discricionariedade na escolha das formas, como foi observado. A ausência de previsão legal específica, enfim, não é óbice à intervenção diferenciada, até porque, adverte o uruguaio Eduardo GAGGERO, *"una intervención mal decretada puede ser más perjudicial que el mal que pretende evitar"*⁷⁶⁷.

O próprio GAGGERO, que não conta em seu país com previsão legal específica — como já foi assinalado —, sistematizou as formas de intervenção, claramente inspirado na sistematização oferecida pelo direito argentino, citando as figuras do *interventor administrador* e do *interventor veedor*⁷⁶⁸. A classificação, com expressa menção ao autor uruguaio, foi assim referendada no Brasil pelo professor Ovídio B. SILVA:

dentro de parâmetros de razoabilidade, resguardando-se o devedor de quaisquer atividades jurisdicionais que possam ser entendidas como 'excessivas". (VENTURI, Elton. A Tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Processo de Execução e assuntos afins*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 181).

766 RAMÍREZ, Jorge Orlando, op. cit., p. 197.

767 GAGGERO, Eduardo., op. cit., p. 66.

A intervenção judicial em sociedades pode assumir as formas mais variadas, desde a simples intervenção fiscalizadora, na qual o administrador não terá suspensas suas funções gerenciais – o *interventor veedor* a que se refere Eduardo Gaggero (*Intervención Judicial de Sociedades Comerciales*, 61) –, limitando-se o administrador judicial a fiscalizar a gestão administrativa da empresa, até o completo afastamento de seus administradores. Como uma das infinitas expressões intermediárias de intervenção, pode suceder que o juiz limite a medida cautelar a uma das muitas formas de co-gestão da empresa ou da sociedade civil, a ser realizada em conjunto pelo administrador designado pelo juiz e pelos administradores naturais, nos limites e formas indicadas no decreto de intervenção.⁷⁶⁹

Luiz Guilherme MARINONI e Kazuo WATANABE apontam as formas ditadas pelo direito anglo-americano do *master* ou *administrator* ou ainda do *receiver*⁷⁷⁰, todas para dar cumprimento, para fazer valer decisão judicial.

Disso já é possível concluir que as diferentes formas aqui abordadas servem a todas as modalidades de intervenção já sistematizadas, ou seja, haverá sempre uma melhor forma de intervenção judicial independentemente de se prestar a cumprimento de ordem judicial ou à cautelar propriamente dita.

De todos os ordenamentos jurídicos abordados, o argentino, não há dúvida, é o que melhor informa a sistematização das formas de intervenção judicial. Mesmo antes da vigência da atual Ley 19.550, a Ley 17.454, sob o título de *Intervención y Administración Judiciales*, já previa “que los sujetos activos de estas medidas eran: *interventor recaudadores, interventores fiscalizadores, administradores y veedor*”⁷⁷¹, lembram os argentinos Oscar PEÑA e Jorge PALMA. É outro argentino —

768 GAGGERO, op. cit., p. 61.

769 SILVA, *Do Processo Cautelar*, op. cit., p. 122.

770 MARINONI, *Tutela Inibitória...*, op. cit., p. 117. WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica...*, op. cit., p. 45.

771 PEÑA, Oscar E. Serantes; PALMA, Jorge F., op. cit., p. 58.

Botos MARTÍNEZ — quem esclarece as atribuições destes interventores: “*interventor fiscalizador, con funciones de contralor de la administración de una sociedad; interventor recaudador, limitado a colectar sumas embargadas (artigo 223, último y penúltimo apartado); administrador, con facultades para sustituir al administrador de dichas entidades (artigo 224); veedor, cuya función consistia en informar sobre los aspectos externos de la administración (artigo 227).*”⁷⁷²

Embora revogada, os critérios ditados pela *Ley 17.454* não deixaram de informar as formas de intervenção na Argentina. Hoje as intervenções estão reguladas tanto no Código de Processo — *interventor controlador* (artigo 223), *interventor recaudador* (artigo 223, *in fine*), *administrador* (artigo 224) e *veedor* (artigo 227), como no *Dec-Ley 19.550, de sociedades comerciales*, que expressamente prevê em seu artigo 115 que a intervenção pode consistir na designação de um mero *veedor*, de um ou vários *coadministradores*, ou de um ou vários *administradores*”⁷⁷³.

7.6.1 INTERVENTOR-OBSERVADOR

A forma mais tênue de interventor é aquela que o direito argentino batizou de *interventor veedor*, que no Brasil, não apenas pela tradução, mas como por suas funções, pode ser classificado como ‘interventor-observador’. É a primeira e mais tênue forma de intervenção; não intervém propriamente, mas observa o cumprimento de decisão judicial, observa o regular funcionamento da sociedade quando assim a medida judicial indicar. Sempre que possível deve ser utilizado em substituição a outras formas de intervenção, pois que sem dúvida é a forma que gera menos trauma no pós-intervenção.

⁷⁷² BOTOS, Martínez, op. cit., p. 349.

⁷⁷³ RAMÍREZ, Jorge Orlando., op. cit., p. 188.

O artigo 109, III, da Lei de Sociedades por Ações, reconhece a qualquer acionista o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais⁷⁷⁴, decorrência direta de seu *status socii*. Para Waldirio BULGARELLI, “trata-se, sem dúvida, de um dos direitos mais importantes do acionista, permitindo, tal sejam os meios concedidos para isso, manter-se a par da marcha da sociedade, acompanhando suas vicissitudes.”⁷⁷⁵

Pois bem — num exemplo entre muitos possíveis —, negado o exercício do direito consagrado pelo referido dispositivo legal, o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, é lícito ao acionista lesado invocar o artigo 461 do Código de Processo para impor a obrigação de fazer atribuída à sociedade pela citada disposição da Lei das Sociedades por Ações, na maioria das vezes, também pelo estatuto. Em atenção ao princípio da necessidade, deve o magistrado preliminarmente — valendo-se da eficácia mandamental da ação — ordenar à sociedade, sempre sob pena de multa, o cumprimento da obrigação de fazer que lhe impõe o dispositivo, permitindo ao acionista a fiscalização dos negócios sociais. Não cumprida a ordem e sendo relevante o bem jurídico envolvido (o que apenas as hipóteses concretas poderão informar), pode o magistrador — valendo-se agora da eficácia executiva *lato sensu* da mesma ação — nomear um interventor-observador. Este *veedor*, como batizam-no os argentinos, em substituição ao demandado no cumprimento da obrigação descumprida, fornecerá as informações diretamente ao juízo. O interventor-observador — é lícito concluir — “*es funcionalmente un informante del juez, cuya misión se agota periódicamente con los informes que proporciona*”⁷⁷⁶. Com efeito, Jorge RAMÍREZ, quando trata das hipóteses de nomeação de interventor-observador, cita, entre outros, os seguintes exemplos: “*la falta de presentación oportuna del balance respectivo; cuando se ha negado al socio acceso a la documentación societaria que se encuentra en poder de un tercero, fuera del*

⁷⁷⁴ “Artigo 109 - Nem o estatuto social nem a assembléia geral poderão privar o acionista dos direitos de: (...) III - fiscalizar, na forma prevista nesta Lei, a gestão dos negócios sociais”.

⁷⁷⁵ BULGARELLI, Regime Jurídico da Proteção às Minorias nas S/A ..., op. cit., p. 81.

*domicilio social; para resguardar los derechos del socio excluido que vio restringido su derecho de ingresar al ente y controlar los libros sociales; la demora en la confección y presentación de balances*⁷⁷⁷, todas as hipóteses contempladas pelo direito do acionista fixado no referido artigo 109, III, da Lei de Sociedades por Ações.

Noutro exemplo possível, numa intervenção de natureza cautelar já sistematizada, quando a medida serve para garantir a futura execução, pois que se resume a assegurar os bens necessários à futura constrição judicial, o interventor-observador terá a função de informar o juízo acerca de eventual dilapidação do patrimônio, antes que seja realmente necessária a nomeação de um interventor-administrador. Nestes casos *“el objeto de la intervención será dar noticia al juzgado acerca del estado de los bienes objeto del juicio o de las operaciones o actividades que el juez indicará”*⁷⁷⁸.

O interventor-observador está previsto no artigo 227 do Código de Processo Civil argentino em conceito que não dissente da previsão específica do artigo 115 da já referida *Ley 19.550*⁷⁷⁹. Quem melhor o define é novamente o argentino Jorge RAMÍREZ:

Éste no cambia al órgano de administración de la sociedad; sólo tiene por finalidad el control de dicha administración y la información al tribunal de las circunstancias que compruebe. Se ha establecido que las funciones del interventor veedor no obstan al normal desenvolvimiento de la empresa, ya que sus facultades se circunscriben a la fiscalización y contralor diario de las operaciones comerciales. No integra el órgano de administración, sólo fiscaliza y, para ello, tiene acceso a la documentación de la sociedad. Asiste a las reuniones, y los administradores

776 PEÑA & PALMA, op. cit., p. 62.

777 RAMÍREZ, op. cit., p. 197.

778 Ibid., p. 163.

779 “Artigo 227. VEEDOR. De oficio o a petición de parte, el juez podrá designar un veedor para que practique un reconocimiento del estado de los bienes objeto del juicio o vigile las operaciones o actividades que se ejerzan respecto de ellos, e informe al juzgado sobre los puntos que en la providencia se establezcan”.

*naturales le deben suministrar la información y documentación que solicita en orden a cumplir con su misión de control.*⁷⁸⁰

Arruda ALVIM deu parecer acerca de uma questão envolvendo sociedade cooperativa, sugerindo, em ação cautelar inominada, “a nomeação de quatro cooperados, indicados já na petição inicial, pelo conjunto dos litisconsortes, com poder de acesso permanente a todos os documentos da cooperativa, participando das reuniões do conselho de administração, sem direito a voto (...)”⁷⁸¹. Não há dúvida que se trata de um exemplo típico da nomeação de interventores-observadores.

Além disso, o exemplo revela o descaso com que a doutrina trata a questão da intervenção judicial em sociedades, pois Arruda ALVIM defende a possibilidade de ‘cautelar’ para a intervenção numa cooperativa como se a hipótese fosse pacífica e indiscutível, sem sequer tematizar acerca das questões que envolvem uma intervenção desta natureza.

7.6.2 INTERVENTOR CO-GESTOR

Definida a forma mais tênue de interventor, o interventor-observador, é preciso conceituar o interventor co-gestor, como se nomina a forma intermediária de intervenção. É o que diz Jorge RAMÍREZ; “*es una figura intermedia entre el veedor y el administrador: el veedor fiscaliza, el administrador desplaza al órgano de administración y el coadministrador tiene una intervención necesaria en los actos que realicen los que, contractualmente, tienen a su cargo la gestion de los negocios sociales*”⁷⁸².

780 RAMÍREZ, Jorge Orlando, op. cit., p. 197-195.

781 ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *Coleção Estudos e Pareceres de Direito Comercial*, op. cit., p. 109.

782 RAMÍREZ, Jorge Orlando, op. cit., p. 198.

O interventor co-gestor é o mais indicado para dar cumprimento à ordem judicial. No ato de nomeação, como será visto, o juiz deve fixar as atribuições e encargos do administrador provisório, do interventor. Se estas atribuições puderem ser realizadas por um co-gestor que compartilhe a gestão societária com o administrador eleito, menos traumática será o 'pós-intervenção'. "Sempre que esta medida se recomende, seria prudente que o magistrado interferisse na gestão administrativa da entidade comercial por meio de uma forma de co-gestão, sem afastar completamente os administradores naturais, a não ser nos casos onde esta forma mais branda fosse de todo inconveniente", conclui no mesmo sentido, Ovídio B. SILVA⁷⁸³.

Embora mais branda, nem sempre é a mais indicada. O importante é definir como possível a co-gestão, criando figura intermediária entre o interventor-observador e o administrador. A lei Antitruste, em seu artigo 69, indica que "o juiz decretará a intervenção na empresa quando necessária para permitir a execução específica, nomeando o interventor". Este tipo de intervenção, que de cautelar não tem nada e serve exclusivamente ao cumprimento de ordem judicial, também está autorizada pelo § 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil, pois a previsão permite "a tomada de providências destinadas à 'obtenção do resultado prático equivalente', independente da participação do réu". Entre tais providências, exemplifica Eduardo TALAMINI em passagem já citada, enquadram-se "a intervenção de auxiliar do juízo na administração da empresa, a fim de adotar medidas que vinham sendo descumpridas"⁷⁸⁴.

Na maioria das vezes, a finalidade desta modalidade de intervenção se coaduna com a nomeação de um interventor co-gestor, sem que o administrador eleito seja afastado de toda a administração da sociedade, bastando que nas atribuições fixadas pelo juiz no decreto de intervenção, haja a delimitação de funções compatíveis com esta forma mais branda e, por isso, sempre mais

783

SILVA, Do processo cautelar, op. cit., p. 123.

indicada. A intervenção a que se refere a lei Antitruste é, sem dúvida, intervenção nesta modalidade, para fazer cumprir decisão judicial, “para permitir a execução específica”, como diz o artigo. Quem comentou a lei 8.884/94 confirma que nesta hipótese cabe a forma do interventor co-gestor, pois que a intervenção deve-se restringir à finalidade referida (permitir a execução específica), não se tratando de “perda de poder de mando e direção dos administradores da empresa sujeita à intervenção, mas tão-somente na perda dos poderes atinentes ao objeto da intervenção”⁷⁸⁵.

A decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo — já referida —, em antecipação de tutela, de nomeação de jurista para presidir assembléia geral ordinária, em razão de impasse entre grupos de acionistas⁷⁸⁶, é exemplo típico, o protótipo da nomeação de interventor co-gestor, pois que assume tão-somente uma função parcial na gestão da sociedade, na exata proporção que a hipótese concreta requer. Mais um exemplo de que a jurisprudência, na omissão da doutrina e do ordenamento jurídico, abriu o caminho na adoção dos parâmetros para a intervenção judicial.

7.6.3 INTERVENTOR - ADMINISTRADOR

Entretanto, nem sempre a co-gestão resolve. Muitas vezes, apenas a nomeação de um interventor-administrador é capaz de cumprir a finalidade da intervenção. A antecipação em ação dissolutória, por exemplo, quando requer a intervenção, na maioria das vezes pede um interventor-administrador que assuma a gestão societária até a conclusão da ação de dissolução, como prevê o § 1º do artigo 115 da lei argentina, onde há nomeação de “*funcionario que desplaza al órgano*

784 TALAMINI, *Tutelas Mandamental e Executiva Lato Sensu*, op. cit., p. 150, [sem grifo no original].

785 POPP, Carlyle; ABDALA, Edson Vieira. *Comentários à nova Lei Antitruste*, 2. Ed. Curitiba : Juruá editora, 1997, p. 164.

786 Tutela Antecipatória, *Jurisprudência Brasileira*, v. 183, op. cit., p. 308.

de administración en forma provisoria, hasta que se decida sobre la acción de remoción"⁷⁸⁷.

O dissenso entre os sócios ou acionistas é de tal sorte que apenas a outorga a um terceiro da administração geral da sociedade pode contemplar a necessidade do caso concreto.

Ao início desta parte, quando foram arroladas as manifestações esparsas da doutrina acerca da intervenção judicial, um exemplo citado pelo professor Galeno LACERDA indica caso típico da necessidade de nomeação de interventor-administrador:

Trata-se de medida também cabível, sempre que a diretoria, ou determinado diretor ou administrador, locupletar-se com os bens sociais, dissipá-los, aliená-los fraudulentamente, negligenciar de maneira grave seus deveres em prejuízo da sociedade, ou usurpar funções mediante eleição ilegal. A cautela completar-se-á com 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).⁷⁸⁸

Nestes casos não serve um mero interventor-observador ou mesmo um co-gestor, restando ao magistrado apenas a opção do interventor-administrador como única forma de intervenção que contemple a finalidade específica da medida.

Mesmo nos casos de interventor-administrador, os poderes de gestão do nomeado não são absolutos. O 'decreto de intervenção' delimitará os limites objetivos da intervenção, como será visto adiante. Esta é, por todas as conseqüências criadas no 'pós-intervenção', a mais grave das medidas a ser adotada, restando sempre como última alternativa à escolha do magistrado.

787 RAMÍREZ, Jorge Orlando. op. cit., p. 199.

788 LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. V. VIII, tomo I (Artigos 796 a 812), p. 237-238.

7.6.4 A ALTERAÇÃO DA FORMA DE INTERVENÇÃO

É certo que “o controle e a regularidade dos atos da atuação/execução da tutela antecipatória que tem por objeto prestação de fazer, não fazer e dar, serão objeto de apreciação pelo juiz, no próprio processo de conhecimento, de forma sumária, em contraditório e com a expedição de ordens”⁷⁸⁹. Assim, ao juiz é lícito alterar a forma de intervenção inicialmente eleita, da mesma maneira que pode eleger forma de intervenção diversa da requerida, como foi visto.

Se o caso concreto indicava a co-gestão como a forma mais apropriada para, em exemplo, fazer valer uma decisão judicial, nada obsta que a atuação deste provimento de urgência se revele ineficaz, pressupondo a necessidade de nomeação de um interventor numa forma mais efetiva, de um interventor administrador. CRETILLA JÚNIOR — sempre ressaltando que a lei Antitruste é parâmetro operativo às intervenções aqui abordadas — sustenta que “o juiz poderá determinar que o interventor nomeado assuma o controle total da empresa se, apesar das providências tomadas, um ou mais dos responsáveis pela administração da empresa continuarem a praticar atos que se oponham à livre ação do interventor, não lhe permitindo a execução específica da obrigação.”⁷⁹⁰

Fábio Ulhoa COELHO sistematizou os casos de ampliação da intervenção, apontando duas hipóteses: “a ineficácia do decreto de afastamento de administrador, revelada pela subsistência de obstáculos ao seu trabalho e a falta de colaboração da maioria dos administradores”⁷⁹¹. É certo que estas hipóteses concebidas por Ulhoa COELHO não esgotam as possibilidades de modificação da

789 CASTELO, Jorge Pinheiro, op. cit., p. 618.

790 CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei Antitruste**. 2. ed. Rio de Janeiro : editora forense, 1996, p. 137.

791 COELHO, **Direito Antitruste Brasileiro - comentários à Lei nº 8.884/94**, cit., p. 148.

forma de intervenção decretada; isso porque a natureza da intervenção aqui abordada é muito mais ampla do que a intervenção peculiar da lei Antitruste, destinada exclusivamente a permitir a execução específica (tão-somente uma das modalidades possíveis de intervenção judicial).

A alteração da forma de intervenção, mais do que expõe Ulhoa COELHO na passagem citada, pode ser adotada pelo juiz sempre que a forma inicialmente fixada mostrar-se insuficiente ao objetivo da intervenção, seja em qualquer das modalidades possíveis. Esta alteração é sempre possível para a jurisprudência italiana, assinala Giuseppe DESIDERIO; *“é comunque pacifico che il tribunale ha il potere discrezionale di modificare le attribuzioni dell’amministratore giudiziario, di determinare i poteri e fissarne l’attività e i compiti”*⁷⁹².

O próprio interventor nomeado pode comunicar ao juiz que a forma ditada pelo decreto se mostra inoportuna⁷⁹³ em razão da resistência dos administradores sociais, por exemplo.

7.7 A PESSOA DO INTERVENTOR — POSSIBILIDADE E FORMA DE IMPUGNAÇÃO

Assinalou-se antes, que a previsão da Lei Antitruste (artigo 69 e seguintes) pode servir como parâmetro operativo das intervenções judiciais. Quando se trata da figura do interventor isso se torna evidente.

Diz o artigo 70 da citada lei que “se, dentro de quarenta e oito horas, o executado impugnar o interventor por motivo de inaptidão ou inidoneidade, feita a prova da alegação em três dias, o juiz decidirá em igual prazo”. Por outro lado,

⁷⁹² DESIDERIO, Giuseppe. Collegio sindacale e controllo giudiziario, *Rivista delle Società*, anno 36, 1991, p. 1171.

⁷⁹³ *“L’amministratore può formulare raccomandazioni e suggerire modifiche al decree che si rendano opportune, qualora sua mutata la situazione di fatto in base alla quale esso era stato emanato”* (SILVESTRI, Elisabetta. Problemi e prospettive di evoluzione nell’esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, op. cit., p. 51).

em consonância ao que prevê o Código de Processo italiano, a doutrina majoritariamente entende que, em passagem já citada, “o controle e a regularidade dos atos da atuação/execução da tutela antecipatória que têm por objeto prestação de fazer, não fazer e dar, serão objeto de apreciação pelo juiz, no próprio processo de conhecimento, de forma sumária, em contraditório e com a expedição de ordens”⁷⁹⁴. Assim e por isso, a nomeação de interventor, em qualquer de suas modalidades e formas aqui abordadas, poderá ser impugnada pelo demandado nos próprios autos, acerca da qual se manifestará o juiz, deferindo-a ou não. É o que diz, por exemplo, João Bosco Leopoldino da FONSECA, ao assinalar que “é óbvio que o executado tem o direito de ver seu empreendimento entregue a administrador idôneo e competente. Por isso a lei lhe confere o direito de impugnar o interventor”⁷⁹⁵. Pela previsão argentina, “*el interventor que no cumplier e eficazmente su cometido podrá ser removido de oficio; si mediare pedido de parte, se dará traslado a las demás y al interventor*”⁷⁹⁶.

Assim como não é da absoluta discricionariedade do juiz a nomeação do síndico na falência⁷⁹⁷ ou do interventor na lei Antitruste— figuras que apenas por analogia se equivalem —, igualmente não o é na intervenção judicial aqui abordada, em qualquer de suas formas ou modalidades — vale mais uma vez ressaltar.

Na Argentina, convergem todos quanto aos requisitos da figura do interventor; o que vai assim resumido nas palavras de Jorge RAMÍREZ: “*En síntesis,*

794 CASTELO, op. cit., p. 618.

795 FONSECA, op. cit., p. 172. Também neste sentido: “Dispõe a lei sobre o incidente de impugnação do interventor nomeado pelo juiz. Funda-se na falta de aptidão ou idoneidade da pessoa indicada para o exercício das complexas funções de interventoria. O executado tem legítimo interesse em se preservar da ação de pessoas não totalmente preparadas para a função, a despeito da escolha procedida pelo juiz” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro*, op. cit., p. 142).

796 RAMÍREZ, Jorge Orlando. *Medidas Cautelares*. op. cit., p. 204.

797 É o que ressalta REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v. I, Saraiva, 17. ed., 1998, p. 257.

el interventor judicial debe ser un tercero ajeno a las partes, por supuesto que con conocimiento técnico de las tareas a cumplir, además de la solvencia material y moral"⁷⁹⁸.

Esta idoneidade moral e conhecimento técnico são exigências óbvias que prescindem de previsão legal para que possam ser invocadas na impugnação do interventor nomeado, não obstante se reconheça, como indica o argentino RAMIRO PODETTI, que *"como no existe una profesión u oficio que pueda considerarse particularmente apto para esta función, no existen listas y los jueces tienen amplia libertad para designarlos"*⁷⁹⁹. Esta *"amplia libertad"*, entretanto, se submete ao atendimento dos critérios mínimos na escolha do interventor.

Quem trata de elencar os requisitos necessários à nomeação do síndico — o que por analogia pode certamente ser invocado — também fala em 'reconhecida idoneidade moral e financeira, além de exigir que o domicílio seja na comarca do processo'⁸⁰⁰. O professor Rubens REQUIÃO inclina-se a admitir a escolha *"dentre os profissionais registrados nos Conselhos Regionais de Administração, de economistas, todos eles de formação universitária, capacitados, técnica e profissionalmente, para a direção de empresa."*⁸⁰¹ Esta capacitação técnica é muito importante, pois a administração da sociedade, ainda que na forma mais tênue de intervenção, não pode ser entregue à pessoa sem a qualificação necessária. Proto PISANI indica a dificuldade de se proferir *"sophisticatissimi e spesso irreversibili provvedimenti cautelari in tema di diritto societario ad un giudice che non sarebbe mai stato competente a conoscere la causa del merito"*⁸⁰²; isso vale para os interventores nomeados.

798 RAMÍREZ, ob cit., p. 204.

799 PODETTI, J. Ramiro, op. cit., p. 239.

800 ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Concordata*. Editora Sariva. 17. ed., 1999, p. 230.

801 REQUIÃO, *Curso de Direito Falimentar*, op. cit., p. 248.

802 Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, op. cit., p. 334.

Por fim, Galeno LACERDA aponta óbice ditado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vedando a possibilidade da nomeação do interventor recair na pessoa do demandante⁸⁰³. Este, no entanto, não deve ser um critério determinante e permanente para a nomeação do interventor. Há casos em que se controverte sobre o poder de controle de sociedade anônima e, neste sentido, não é realmente prudente que a nomeação recaia em qualquer dos litigantes. Isso não ocorre em várias outras hipóteses possíveis. Ao juiz do caso concreto caberá a avaliação da pertinência da nomeação; sempre levando em consideração os critérios aqui elencados. Além disso, quando se quer a antecipação da remoção e a nomeação do próprio autor como administrador da sociedade, nada mais correto que a liminar, preenchidos os requisitos, antecipe o que se poderá obter ao final.

Por fim, é preciso tratar da substituição do interventor depois do prazo de impugnação; a substituição determinada em razão da atuação do nomeado no processo de intervenção. Neste sentido, “visando frear os poderes do interventor, fazendo jus ao disposto no *caput* (artigo 73), determinou o legislador a aplicabilidade dos artigos 153 a 159 da lei 6.404/76. Referidos dispositivos regulam os deveres e responsabilidades do administrador, especialmente no que concerne ao dever de diligência; à finalidade das atribuições e desvio de poder, ao dever de lealdade; ao eventual conflito de interesses; ao dever de informar; à responsabilidade dos administradores e à ação de responsabilidade”⁸⁰⁴.

803 “Mais tarde, os juízes Itamar Rezende Duarte, de Jaguarão, em sentença de 20.2.74, proferida no Processo nº 6.313/21, e Flávio Pâncaro da Silva, de Caxias do Sul, em decisão de 21.10.77, afastaram provisoriamente, em cautela inominada, diretores de sociedades, em ações movidas por sócio ou sócios, que alegavam administração ruínosa. Nas liminares, nomearam-se igualmente administradores provisórios. No caso de Jaguarão não houve recurso, o que não ocorreu no de Caxias do Sul, provido em parte o agravo pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado sulino, em acórdão de 2.8.78, porque o Juiz escolheu como administradores os próprios promoventes da ação, fato que a Câmara não tolerou”. (LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, V. VIII, tomo I, op. cit, p. 238-239).

804

POPP, Carlyle e ABDALA, Edson Vieira. **Comentários**, cit., p. 168.

Isso quer significar que a atuação do interventor nomeado não é, por certo, livre. Ele tem os mesmos deveres e responsabilidades atribuídos ao administrador regularmente eleito⁸⁰⁵, além dos específicos fixados em face das atribuições que lhe são conferidas pela nomeação judicial. Assim a posição dos argentinos Oscar Serantes PEÑA e Jorge PALMA, para quem *“los límites de la actuación del interventor los imponen el contrato social y, supletoriamente, ley, lo cual no contradice, empero, la facultad del juez de asignarle funciones dentro de los máximos mencionados”*⁸⁰⁶.

Por isso leciona CRETELLA JÚNIOR; “quando o interventor ultrapassa os limites dos atos necessários ao cumprimento do dever judicial, que a determinar, poderá cometer *abuso de poder* ou *desvio de finalidade*, suscetíveis de correção pelo Poder Judiciário, que estruturará o equilíbrio jurídico, nomeando outro interventor e responsabilizando o destituído pela conduta abusiva”⁸⁰⁷.

Assim, a impugnação do interventor nomeado poderá ocorrer em dois momentos; no ato de nomeação, quando a pessoa do interventor é julgada havendo impugnação do “executado”; no curso da intervenção, quando a atuação do interventor propriamente dita é apreciada pelo juízo.

7.7.1 HONORÁRIOS DO INTERVENTOR — DESPESAS DA INTERVENÇÃO

Não precisa haver previsão legal específica para deduzir a necessidade de remuneração do interventor nomeado. O síndico na falência, o comissário na concordata, enfim, todos os auxiliares do juízo são devidamente remunerados. Na multicitada lei Antitruste, o § 2º, do artigo 73, prevê que “a

805 “A responsabilidade do interventor é idêntica à atribuída legalmente aos administradores da sociedade anônima. Tem ele os mesmos deveres - de diligência, de lealdade e de informar - dos diretores e membros do Conselho de Administração das Companhias”. (COELHO, **Direito Antitruste Brasileiro**, op. cit., p. 147).

806 PEÑA & PALMA, **Medidas Cautelares...**, op. cit., p. 63.

remuneração do interventor será arbitrada pelo juiz”. Quem comentou o artigo assevera que “o valor a ser pago ao interventor será estipulado pelo juiz, de forma moderada, visando a agravar ao mínimo a situação do executado”⁸⁰⁸. E ainda, “na fixação dos honorários deverá o juiz levar em consideração a dificuldade do encargo, bem como o tempo de demora para o cumprimento integral da execução específica pretendida”⁸⁰⁹. CRETELLA JÚNIOR sustenta que “a remuneração não é conhecida *a priori*. É arbitrada pelo juiz da causa”⁸¹⁰.

O certo é que não se pode exigir do auxiliar do juízo o exercício da função sem remuneração. As formas de intervenção e a duração do encargo são decisivas à fixação do *quantum*. Se um jurista é nomeado tão-somente para presidir uma assembléia geral ordinária, em razão de impasse entre grupos de acionistas⁸¹¹, em exemplo de interventor co-gestor antes referido, com duração específica para o ato, a remuneração deve ser proporcional às funções e prazos limitados. Quando a nomeação for de interventor-administrador, ainda que recaia sobre a pessoa do autor, a remuneração deve ter como parâmetro a mesma arbitrada para o administrador eleito e judicialmente destituído.

Sempre como parâmetro operativo, a lei Antitruste fixa que “as despesas resultantes da intervenção correrão por conta do executado contra quem ela tiver sido decretada”⁸¹². Isso inverte a lógica fixada pelo artigo 19 do Código de Processo Civil, quando o autor, ou parte que requer a prática de certos atos, é obrigado a antecipar as despesas; no processo de intervenção determinado pelo juiz, por outro lado e expressa disposição legal, deverá o executado efetivar o pagamento de todas as despesas.

807	CRETELLA JÚNIOR, <i>Comentários...</i> , op. cit., p. 136.
808	POPP, Carlyle e ABDALA, Edson Vieira. <i>Comentários à nova Lei Anitruste</i> , op. cit., p. 168.
809	Ibid, p. 168.
810	CRETELLA JÚNIOR, José. <i>Comentários à lei Antitruste</i> , op. cit., p. 137.
811	Tutela Antecipatória, <i>Jurisprudência Brasileira</i> , v. 183, op. cit., p. 308.
812	Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, artigo 76.

Aqui vale ressaltar que o juiz poderá determinar o pagamento antecipado dessas despesas, nos termos do artigo do Código de Processo Civil referido.

7.8 O DECRETO DE INTERVENÇÃO — DURAÇÃO E LIMITES DA INTERVENÇÃO

Diz Fábio Ulhoa COELHO, invocando o já transcrito artigo 69 da Lei Antitruste, que a lei “estabelece quatro requisitos para o despacho que decretar a intervenção: a fundamentação, a nomeação do interventor, a definição clara e precisa das providências a serem tomadas por ele e o prazo de duração da medida”⁸¹³.

A necessidade de fundamentação é óbvia e decorre de garantia constitucional que apenas foi referendada pelo parágrafo único do artigo 69 da lei Antitruste, que impôs a exigência da fundamentação, para fixar a necessidade do juiz determinar, clara e precisamente, quais as providências que o interventor deverá tomar⁸¹⁴.

As providências a serem tomadas e o prazo de duração da medida — enquanto os dois últimos requisitos listados por Fábio Ulhoa COELHO —, os determinarão as diversas modalidades e formas de intervenção.

Sabe-se que a lei Antitruste apenas aborda a modalidade de intervenção para dar cumprimento à decisão judicial, para atuar um provimento de urgência, frequentemente na forma do interventor co-gestor. Apenas nestas

813 COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro: comentários à Lei nº 8.884/94*, op. cit., p. 142.

814 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência*, op. cit., p. 170.

hipóteses é lícito acompanhar a construção doutrinária recente quanto ao decreto de intervenção, duração e limites.

Assim, quando se diz que “o objetivo da intervenção é a execução específica, ou seja, a obtenção do resultado idêntico ou equivalente àquele pelo qual o executado se obrigou; cumprido tal mister, extingue-se a intervenção”⁸¹⁵, quer-se apenas se referir à intervenção que tem por finalidade a atuação do provimento que determinou a “execução específica”, em modalidade própria aqui abordada. No mesmo intento, quando se afirma que “o interventor nomeado não adquire competência para gerência e administração total da empresa, mas, tão-somente para a prática necessária e indispensável dos atos objetivados pela intervenção”⁸¹⁶, não se está tratando da forma de intervenção que pressupõe a nomeação de um interventor-administrador, necessária em determinadas circunstâncias.

É fácil notar que os poderes atribuídos ao interventor, assim como o prazo de duração, devem ser determinados em atenção à modalidade e forma de intervenção.

Se a intervenção é realmente para se obter o resultado prático equivalente, como é a modalidade de intervenção prevista na lei Antitruste, ela será uma “medida *pro tempore*, cuja duração está subordinada ou condicionada à execução específica, ou seja, ao cumprimento integral da obrigação que lhe deu causa. Desaparecido o motivo, a intervenção deverá ser revogada antes do prazo final assinalado”⁸¹⁷. É por isso que nestes casos a lei Antitruste — exemplo máximo desta modalidade e forma de intervenção —, em seu artigo 73, “exige que a intervenção se restrinja aos atos necessários ao cumprimento da decisão judicial que a determinar. O interventor não pode arvorar-se num empreendedor. É ele

815 POPP, Carlyle e ABDALA, Edson Vieira. *Comentários*, op. cit., p. 166.

816 POPP, Carlyle e ABDALA, Edson Vieira, op. cit., p. 170.

817 CRETELLA JÚNIOR, J. *Comentários*, op. cit., p. 129.

um simples executor de ordens judiciais, (...)”⁸¹⁸. O certo é que nestas hipóteses o administrador societário eleito tem suspenso os poderes especificamente relacionados ao objeto da intervenção.

A intervenção cautelar, por peculiaridades antes já delimitadas, requer, na maioria das vezes, a nomeação de um interventor-administrador, que não restrinja sua atuação aos atos necessários à obtenção do resultado prático equivalente, pois que não há qualquer decisão judicial descumprida. Isso não impede, em absoluto, que o decreto de intervenção fixe prazo e determine funções que devem ser cumpridas pelo interventor⁸¹⁹. No entanto, o que estas modalidades e forma de intervenção afastam é a limitação dos atos do interventor à obtenção do “resultado prático equivalente”, pois que o objetivo da intervenção cautelar é certamente diverso e com aquele não se confunde.

818 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência*, op. cit., p. 173.

819 “Deverá evitar-se que ocorra neste tipo de intervenção aquilo que já se tornou uma lamentável tradição, que no processo falimentar, quer na intervenção decorrente de aplicação da Lei nº 6.024, de 1974, em que o processo intervencionista, pelas suas sucessivas e intermináveis prorrogações e pela delonga interminável, acaba se transformando num ‘bom

É certo que a conclusão não deve se propor a enunciar exatamente todas as conclusões fixadas no corpo da dissertação. Não há espaço para tal e tampouco contribui à boa redação uma repetição, ainda que em síntese, de tudo que foi dito no trabalho. No entanto, é de bom alvitre referir-se às principais conclusões mencionadas, para que se possa construir uma idéia global da dissertação, delimitando-se, assim, o conteúdo e as posições fixadas.

Neste sentido o objetivo da conclusão.

Preliminarmente, a conclusão da dissertação é que não são válidas as restrições teóricas tanto aos juízos sumários e também quanto às ações sincréticas, que misturam no mesmo processo cognição e execução, como no exemplo multicitado no trabalho da nova ação do artigo 461 do Código de Processo Civil. Está, assim, definitivamente superada a concepção de processo que passa pela busca incessante da verdade, construindo um processo ordinário, declaratório, de execução diferida e inapto na produção de provimentos sumários.

O rompimento com esta concepção de processo não pode apenas ser determinado pela inefetividade e falência circunstancial do sistema processual brasileiro, mas, também, pela ruptura teórica do modelo, fazendo surgir um processo civil que raciocine sem as amarras doutrinárias que condenaram o sistema vigente.

É desta ruptura teórica que depende — concluiu-se — a boa condução das interpretações pós-reforma do Código de Processo Civil.

negócio' para os síndicos interventores". (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência*, op. cit., p. 173).

Por sua vez, a resistência aos juízos sumários no direito societário é repercussão direta desta concepção de processo neste campo específico do direito. Muito pouco além disso.

O que boa parte da doutrina especializada faz, em verdade, é confundir restrições aos juízos sumários no direito societário. Uma coisa é apontar a inaptidão técnica do poder judiciário na apreciação, por sua complexidade, da matéria societária. Outra coisa, diferente e inconfundível com a primeira, é sustentar que os juízos sumários no estrito campo societário não devem ser admitidos em razão desta mesma inaptidão técnica. É que a ausência de adequada preparação específica (ditada em muito pelo fim dos Tribunais do Comércio) não se refere especificamente aos juízos sumários — como supõem alguns — mas a todas as decisões judiciais no campo do direito societário. Neste mesmo sentido a conclusão quanto à suposta ingerência do poder judiciário na vida das sociedades através dos provimentos sumários. Como já foi dito na dissertação, se o provimento definitivo cria ingerência, o sumário poderá criar; se aquele não cria, este, pelas mesmas razões, também não cria.

Foi lícito concluir na dissertação, portanto, que não se sustentam as posições restritivas aos juízos sumários no direito societário, através desta tentativa de inserir um ingrediente novo e específico neste processo civil já avesso e arredo aos juízos sumários em geral.

Estas restrições aos juízos sumários no direito societário também não se sustentam porque esta mesma doutrina especializada se apressa em ressaltar a importância da tutela de urgência *“in questa materia più che altrove”*, nas citadas palavras do italiano Alessandro MAURIZI⁸²⁰. Aquiescem todos que se dedicam ao tema — e assim também concluiu a dissertação —, em suma, que o direito societário (ainda mais do que outros campos do direito) não pode prescindir da tutela de urgência.

Quando a dissertação passou a tratar da complexa e controvertida discussão que hoje envolve a tutela cautelar e antecipatória, logo concluiu que a codificação da antecipação de tutela, em dispositivo do Código de Processo separado da previsão cautelar, trouxe problemas aos chamados operadores do direito; isso porque a jurisprudência vem construindo o entendimento de que as pretensões satisfativas ou cautelares veiculadas por disposições legais supostamente equivocadas devem ser indeferidas. E a classificação quanto à natureza de um provimento sumário — tanto à doutrina, como à análise do caso concreto — nem sempre é tão clara e nítida como se supôs ao início da vigência da reforma. A melhor conclusão, definiu a dissertação neste ponto, é o agir com flexibilidade, sem perder de vista a função máxima do processo.

Quanto à distinção entre provimento cautelar e antecipatório, certamente não é a estrutura do provimento que os distingue, ou seja, em verdade, o provimento não é antecipatório porque antecipa ou não antecipa. Infere-se a diferença sob a lente funcional do provimento, ao sentenciar-se que a liminar é antecipatória porque em verdade satisfaz o direito, dando-lhe vigência no plano das relações humanas, realizando o direito, enfim, satisfazendo a pretensão. Antecipar é satisfazer; esta é a regência no trato da matéria. E esta satisfação, em oposição à tese de muitos processualistas, configura, sim, satisfação jurídica (e não mera satisfação fática), pois que aquela não se condiciona à obtenção da coisa julgada como presumem estes mesmos processualistas. “A menos que se entenda que a realização do direito no plano da realidade social não é realização do direito propriamente dita, por se supor que o importante é a declaração da existência do direito no plano processual”, define MARINONI⁸²¹.

Definido o critério máximo na distinção da natureza desses provimentos, fixando-o na satisfatividade, é certo que, embora existam outros

821

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre : Sergio Antônio Fabris Editor, 1994, p. 05.

traços de distinção e semelhança a serem ressaltados, a importância disso é somente reflexa, prestando-se muito mais à compreensão da tutela de urgência no direito societário do que propriamente à distinção.

A questão é reconhecer que mesmo valendo-se de todos os critérios definidos pela doutrina para fixar a natureza das tutelas cautelar e antecipatória, ainda assim, haverá sempre situações limítrofes. Nessas hipóteses, vale repetir, deve-se agir com flexibilidade, sem perder de vista a função máxima do processo.

O grande debate que vem qualificando a controvérsia doutrinária quando a matéria é antecipação de tutela — desde a introdução se alertava — é a discussão quanto às declarações e constituições sumárias ou, como sugerem alguns, “antecipação de efeitos” em ações declaratórias e constitutivas. Disso se ocupou a dissertação ao ponto de poder apresentar algumas conclusões.

A primeira premissa que deve ser fixada é a que afasta a possibilidade de se antecipar provimento que não seja passível de ser concedido e confirmado ao final, na sentença. Enfim, não se pode ordenar na liminar quando a sentença deverá limitar-se apenas a declarar. Além de ser uma conclusão doutrinariamente fundamentada, é premissa que vem sendo consagrada no entendimento jurisprudencial recente. Por isso também foi importante abordar a matéria.

A segunda premissa que a dissertação atribuiu ao debate é que não são válidos os óbices técnicos, ditados por parte da doutrina, às constituições e declarações sumárias puras. É possível, sim, constituir e declarar sumariamente, na mesma proporção que condenar, mandar e executar — todos os verbos-comandos da classificação quinária das ações. O que afrontaria a lógica jurídica seria uma antecipação sumária de uma declaração ou constituição final. Não se antecipa a carga declaratória própria da sentença final, de cognição exauriente.

Quanto às declarações e constituições sumárias, o que ocorre é a ausência, na maioria das vezes, de efetividade nestes provimentos. Declarar e constituir antecipada e sumariamente é algo possível, não obstante, quase sempre, não contemplarem a verdadeira efetividade buscada pelo autor do pedido, tendo em vista que o descumprimento não gera a mesma repercussão produzida por ordens e execuções *lato sensu* sumárias.

Por outro lado, não será a urgência ou a evidência, o ingrediente capaz de outorgar uma força ou efetividade a mais ao provimento liminar que não corresponda à força e à efetividade próprios da decisão final. A liminar, manda a lógica, poderá oferecer, no máximo, a mesma força e efetividade que poderá ser oferecida pela sentença final.

Da mesma maneira não são convincentes os argumentos daqueles que falam em mera antecipação de efeitos práticos ou de ‘medidas práticas’, pretendendo confirmar a tese de que é possível que a liminar represente um *plus* ou um *aliud* em relação à decisão final. A antecipação é da própria tutela ou de efeitos que lhe são inerentes, nunca de outros, aleatoriamente. E mais, o fato da decisão possuir sempre todas as eficácias — como elucidou PONTES DE MIRANDA — não conduz à conclusão sugerida por alguns no sentido de que são as eficácias de carga menor (executiva e mandamental) que são antecipadas nas ações declaratórias e constitutivas. Estas eficácias são muito fracas para representarem a antecipação defendida por estes autores. Isso tanto é verdade que ninguém presume numa sentença declaratória, ou mesmo constitutiva, ordenar ou executar no mesmo patamar que se quer antecipado por estes processualistas.

O certo é que há declarações e constituições sumárias que, além de serem tecnicamente possíveis, têm a efetividade e a força que as justifica. Estas constituições e declarações sumárias que valem em si mesmas, são assim qualificadas porque prescindem da vontade do obrigado para serem efetivadas. Os exemplos citados afastam as dúvidas quanto às hipóteses possíveis,

contestando o entendimento pelo qual “a antecipação de tutela não se harmoniza com a finalidade da ação declaratória e não se ajusta à natureza da ação constitutiva”⁸²².

Toda essa discussão foi só agora reeditada porque durante muitos anos o “uso equivocado da cautelar” obscureceu a matéria. As medidas cautelares, quase sempre, serviam, e ainda servem, para veicular pretensões que nada têm de cautelar. O processo principal, nesta construção pretoriana — avalizada por parte da doutrina —, era e continua sendo mero componente alegórico que se presta a legitimar este ‘uso equivocado da cautelar’. A codificação da antecipação de tutela evidenciou estas questões. À verdadeira cautelar, recolocada em seus trilhos originais, resta, não há dúvida, um espaço de atuação muito reduzido em relação ao ocupado antes da introdução expressa da antecipação de tutela.

Inferre-se dessas conclusões gerais, quanto aos juízos sumários, que aquilo que se convencionou batizar de ação cautelar de suspensão de deliberação social — exemplo maior da tutela de urgência no direito societário — é, na maioria das vezes, uma medida liminar satisfativa antecipatória. É simples, pois se a medida é antecipatória porque satisfaz, não há como considerar meramente cautelar a natureza de um provimento que desde já livra o autor dos efeitos da deliberação questionada.

Entretanto, a antecipação não é propriamente da desconstituição da deliberação, pois esta desconstituição sumária não satisfaz, pois que inefetiva. A antecipação se dá numa demanda cumulada à desconstitutiva, que autoriza a concessão de ordem ou execução *lato sensu*, tanto na liminar como no provimento final. Em grande número das hipóteses concretas, nem mesmo há necessidade de desconstituição, pois que a pretensão do autor resume-se a um agir ou não agir da sociedade — sempre por seus representantes —, decorrente de obrigação ditada pelo estatuto/contrato social ou pela própria lei.

Isso tanto é verdade que, antes da introdução da antecipação de tutela, havia quem indicasse a ação de obrigação de fazer como principal em relação à cautelar de suspensão de deliberação social⁸²³. TOMMASEO diz que a desconstituição de deliberação social *“ben potrebbe essere rafforzata con l’inibitoria nei confronti della società di non applicare (...)”*⁸²⁴. Gianpiero SAMORÌ, confirma que, geralmente, as ações declaratórias e constitutivas *“siano accoppiate condanne (...) obblighi di fare o di non fare relativi a diritti connessi, accessori o consequenziali”*, para corroborar que nestes casos a cumulação recai numa ação *“inibitoria, anche preventiva, di atti e/o comportamenti che, nell’ipotesi di accoglimento della domanda di mero accertamento, sarebbero illegittimi”*⁸²⁵.

Suspensa a deliberação, há clara e nítida satisfatividade no provimento. Contudo, suspender deliberação, em regra, é ordenar um fazer ou um não fazer através de eficácias que certamente não compõem uma ação desconstitutiva. Por isso a necessidade de demanda cumulada. E mais, esta conclusão não cria entraves, como é possível supor, à utilização do instituto da antecipação de tutela, mas adapta este provimento às freqüentes decisões judiciais que negam antecipação de tutela *plus* ou *aliud* em relação ao provimento final. E ordem — mandamentalidade — é sem dúvida *plus* ou *aliud* em relação ao provimento final desconstitutivo.

Delimitada a natureza e a estrutura daquilo que se convencionou chamar ‘suspensão de deliberação social’, através de construção que orientará a análise de todos os outros provimentos sumários do direito societário, a dissertação passou a ditar posições específicas acerca desta suspensão de deliberação social concebida.

823 FERNANDES NETO, Guilherme. A suspensão de deliberação social e o abuso do direito de voto, op. cit., p. 50.

824 TOMMASSEO, I provvedimenti d’urgenza e diritto delle società, op. cit., p. 145.

Foi neste sentido que preliminarmente se demonstrou a invalidade das limitações que teriam sido impostas pela previsão vetada de suspensão de deliberação social do Anteprojeto Buzaid. É que a previsão proposta por Alfredo BUZAID restringia a legitimidade ativa da medida e a vinculava exclusivamente às ações desconstitutivas, excluindo, assim, as declaratórias como ações principais em relação àquela cautelar.

A partir daí, é que se concluiu que: a) a suspensão é da eficácia e não da deliberação em si; b) não apenas as deliberações tomadas em assembleias, mas também as relativas às demais esferas da gestão societária são passíveis de suspensão; c) a legitimidade passiva da ‘suspensão de deliberação social’ é sempre da sociedade, enquanto a ativa é ampla, não se justificando qualquer exigência de número de ações ou quotas; d) tanto ações constitutivas como declaratórias são passíveis de suspensão, sempre em ação cumulada. Além disso outras conclusões foram possíveis e servem de referenciais aos demais provimentos sumários do direito societário.

Apontou-se, por fim, enquanto matéria de interesse reflexo à dissertação, o interesse tutelado na “suspensão”, assim como demonstrou-se que a avaliação da deliberação impugnada é feita sob um juízo de legalidade — num conceito amplo apontado —, e não de mérito, como defendem alguns.

Para que sobre as demais hipóteses de tutela de urgência no direito societário fosse possível versar, foi necessário delimitar a natureza, a nova roupagem assumida pela ação de obrigação de fazer e não fazer com a reforma do Código de Processo Civil. A nova concepção do artigo 461 fez surgir uma ação de natureza híbrida, com duas forças, eficácias preponderantes — mandamental e executiva *lato sensu*. Quase sempre e independente da eventual desconstituição de uma deliberação social, existe obrigação contratual/estatutária, ou ainda legal, entre os agentes da gestão societária. Isso faz surgir pretensões de direito material,

independentemente de possível cumulação, que certamente deverão ser veiculadas processualmente através de ações de obrigação de fazer e/ou não fazer.

Por isso a necessidade de abordá-la em capítulo próprio, desenhando a estrutura e definindo os conceitos que serão posteriormente utilizados na concepção específica das tutelas urgentes no direito societário. Nesta linha é que também se versou acerca da atuação dos provimentos urgentes, para também demonstrar que a flexibilidade ditada pelo artigo 461 deve servir de parâmetro operativo para as demais liminares do sistema processual civil, cautelares ou satisfativas.

Apontados os pressupostos teóricos gerais, a suspensão de convocação de assembléia foi sistematizada, separando-se hipóteses concretas que não se misturam, não obstante a confusão criada pela jurisprudência. Essa sistematização também serviu à convocação urgente de assembléia, pois foram indicadas as soluções para cada hipótese concreta. A interpretação moderna que a antecipação de soma em dinheiro na apuração de haveres requer — referência para todos os casos *similes* de direito societário —, afasta a possibilidade de confusão, lançada por parte da doutrina, entre atuação de provimento antecipatório e execução provisória. A exibição, busca e apreensão de livros de sociedade é a tutela de urgência que mereceu maior atenção nesta parte do trabalho, em razão da controvérsia doutrinária que marca o debate. A sistematização levada a efeito poderá orientar a apropriada utilização das modalidades de exibição, busca e apreensão que melhor se adaptem às várias hipóteses concretas.

Por fim, embora a verdadeira cautelar, como visto, esteja em estado de convalescença, há provimentos urgentes no direito societário que ainda podem ser classificados como verdadeiras cautelares. Além da exibição cautelar já abordada, a dissertação versou sobre o “depósito judicial de valores excessivos de

pro labore” e do “voto em separado”, duas cautelares inominadas que, se por óbvio também não esgotam as possibilidades, podem delimitar o campo específico de atuação das cautelares no direito societário.

Na última parte desta dissertação, com certo ineditismo, em razão da inexistência de abordagem doutrinária no direito brasileiro.

Desde o capítulo introdutório já se alertava para a verdadeira miscelânea que conduzia a doutrina a supor que todas estas intervenções eram “ações cautelares de intervenção em sociedade”, quando foi possível constatar na dissertação que estas intervenções têm naturezas diversas e definitivamente não se confundem.

Afastados os supostos óbices à intervenção urgente em sociedade (perspectiva liberal e ausência de previsão legal), traduzida quase sempre pela nomeação de um terceiro para gerir, em nome do juízo, a sociedade sob intervenção, assim como definido o interesse tutelado na medida, a dissertação tratou de sistematizar as modalidades de intervenção.

Ficou caracterizado que a intervenção pode, efetivamente, ser cautelar, embora essa modalidade não contemple todas as hipóteses, como suposto por parte da doutrina. Isso porque comumente a intervenção urgente é medida satisfativa ou, noutras vezes, mera forma de atuação de provimento urgente.

Também se concluiu que é o princípio da menor restrição possível que deverá determinar o momento mais correto para se decretar a intervenção, assim como as formas de intervenção, definidas a partir dos exemplos do direito alienígena, em adequação às necessidades impostas pelo sistema brasileiro.

O mesmo direito alienígena — rico no debate da matéria —, acompanhado de escassos exemplos internos, instruíram a delimitação do tema e conduziram, por fim, às conclusões quanto à possibilidade de alteração da forma de intervenção, dos requisitos da pessoa do interventor e a possibilidade e forma de impugnação, assim como aos honorários do interventor. Neste mesmo sentido é que se versou acerca do decreto de intervenção urgente em sociedade, indicando os caminhos para a construção do mandado e impondo limites de atuação e duração da intervenção.

Para finalizar, é pertinente repetir o alvitre lançado na introdução deste trabalho: esta dissertação poderá ser acusada de se equivocar ao versar sobre alguns assuntos novos e outros polêmicos, mas não poderá ser apontada como mera reprodutora de conceitos.

9. **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- 1 ALESSI, Riccardo. L. 287 del 1990: tutela cautelare inibitoria, mercato rilevante e altri problemi. **Rivista del Diritto Commerciale**. Roma, nº 5-6, 1992.
- 2 ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e concordata**. São Paulo : Saraiva, 1999.
- 3 ALMEIDA, L. P. Moitinho de. **Anulação e suspensão de deliberações sociais**. ed. limitada. Coimbra : Coimbra Editora, 1983.
- 4 ALONSO, Félix Ruiz. In: **Comentários à Lei das Sociedades por Ações**, Coord. Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999.
- 5 ALPA, Guido. **Tutela del consumatore e controlli sull'impresa**. Bologna : Mulino, 1977.
- 6 AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, **Revista de Direito Processual Civil**, nº 03, 1962.
- 7 ANGELI, Dante Barrios de. **Teoría del proceso**. Buenos Aires : Depalma, 1979.
- 8 ANTEPROJETO MINISTRO ALFREDO BUZAID. São Paulo : Saraiva, 1968.
- 9 ARAGÃO, E. D. Moniz de. **Alterações no Código de Processo Civil: tutela antecipada, perícia**. In: Reforma do código de processo civil, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo : Saraiva, 1996.
- 10 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. Considerações sobre algumas das reformas do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, nº 77, 1995.
- 11 ARAZI, Roland. **Medidas Cautelares**. Buenos Aires : Astrea, 1997.
- 12 ARIETA, Giovanni. **I provvedimenti d'urgenza**. 2. ed., Padova : Cedam, 1985.
- 13 ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 23.
- 14 —————. Tutela Jurisdicional Diferenciada. **Revista de Processo**, nº 65, 1992.

- 15 ARMELIN, Roberto. **Notas sobre antecipação de tutela em segundo grau de jurisdição**. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- 16 ARRUDA ALVIM, José Manoel de. **Coleção estudos e pareceres de direito comercial**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- 17 ————. **Manual de direito processual civil**. 4. ed., v. 1, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- 18 ————. **Tutela antecipatória (algumas noções - contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas)**. In: Reforma do código de processo civil, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo : Saraiva, 1996.
- 19 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. 2. ed., Lisboa : Fundação Calomte Gulbenkian.
- 20 ASSIS, Araken de. **Antecipação de tutela**. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- 21 AZEVEDO, Erasmo Valadão e FRANÇA, Novaes. **Conflito de interesses nas assembleias de S/A**. São Paulo : Malheiros, 1993.
- 22 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo : Malheiros, 1992.
- 23 BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 7. ed., Rio de Janeiro : Forense, 1993.
- 24 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, nº 81, 1996.
- 25 ————. A efetividade do processo de conhecimento. **Revista de Processo**, nº 74, 1994.
- 26 ————. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. **Revista de Processo** nº 40, 1985.
- 27 ————. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro : Forense, 1982.
- 28 ————. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais. **Revista de Processo**, nº 41, 1986.

- 29 —————. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: **Temas de Direito processual**. São Paulo : Saraiva, 1980.
- 30 BAUR, Fritz. **Tutela jurídica mediante medidas cautelares**. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1985.
- 31 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Considerações sobre a antecipação de tutela jurisdicional**. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- 32 —————. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo : Malheiros, 1998.
- 33 BELLINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional satisfativa. **Revista de Processo**, nº 81, 1996.
- 34 BERMUDEZ, Sérgio. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo : Saraiva, 1996.
- 35 —————. **Iniciação ao estudo do Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro : Editora Liber Juris, 1973.
- 36 BERTOLDI, Marcelo. **Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu**. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- 37 BID - INTAL. El regime de las sociedades anónimas en los países de la ALALC.
- 38 BOITEUX, Fernando. A exibição de livros comerciais e a prisão dos administradores da empresa requerida. **Atualidades Forense**, nº 114, 1988.
- 39 BONACCORSI, Domenico. La tutela cautelare d'urgenza contro le delibere assembleari. **Le Società**, nº 5. Milão, 1988.
- 40 BONGIORNO, Girolamo. **Il procedimento previsto dall'articolo 2409 C.C.** In: Processo Civile e Società Commerciali. Atti de XX Convegno Nazionale. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.
- 41 BORGIOLI, Alessandro, Collegio sindacale e controllo giudiziario. **Rivista delle Società**, anno 26, 1981.

- 42 BOTOS, Raul Martínez. **Medidas cautelares**. 3. ed. Buenos Aires : Editorial Universidad, 1996.
- 43 BULGARELLI, Waldirio. Anulação de Assembléia Geral de Sociedade Anônima. **Revista dos Tribunais**, nº 514.
- 44 ————. **Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A**. Reforma de Lei nº. 6.404/76. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- 45 BUTTARO, Luca. Considerazioni sull'inesistenza delle deliberazioni assembleari. In: **Studi in Memoria di Tullio Ascarelli**. Milano : Giuffrè, v. 1, 1969.
- 46 BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. vol. I, São Paulo : Saraiva, 1989.
- 47 CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche: Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova : Cedam, 1936.
- 48 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao código de processo civil**. V. 3, Rio de Janeiro : Editora Forense, 1974.
- 49 ————. **Da antecipação da tutela**. In: Reforma do código de processo civil, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo : Saraiva, 1996.
- 50 ————. Parecer dado à Companhia de Seguros Aliança da Bahia. **Internet**. Dezembro de 1985.
- 51 CAMPOBASSO, Gian Franco. I limiti del controllo giudiziario preventivo sugli atti societari fra teoria e prassi. **Rivista del Diritto Commerciale**, nº 7-8, 1996.
- 52 CAMPOS, Gustavo Leopoldo Caserta Maryssael de; COSTA, Marcos da e NUNES, Mérces da Silva. In: **Comentários à Lei das Sociedades por Ações**, Coord. Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999.
- 53 CARMONA, Carlos Alberto. A antecipação de tutela no direito processual civil brasileiro. **Carta Jurídica - Revista de Informação e Debate Jurídica Brasileira**, nº 01. São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 1999.
- 54 ————. **Em torno do Processo de Execução**. In: Processo Civil evolução 20 anos de vigência, Coord. José Rogério Cruz e Tucci, São Paulo : Saraiva, 1995.

- 55 CARNEIRO, Athos Gusmão; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Anteprojeto de lei (unificado). Complementa as leis de reforma do Código de Processo Civil, e dá outras providências. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 10, 1998.
- 56 CARNELUTTI, Francesco. Eccesso di potere nella deliberazioni dell'assemblee delle anonime. **Rivista del Diritto Commerciale**, v. 24, 1926.
- 57 ————. **Instituciones del processo civil**, v. 01. Buenos Aires : EJA, 1973.
- 58 ————. Note intorno alla sospensione della deliberazione di esclusione di un socio de una società di persone. **Rivista di Diritto Processuale**, II, 1949.
- 59 CARREIRA ALVIM, J. E.. **Tutela antecipada na reforma processual**. Rio de Janeiro : Destaque, 1997.
- 60 ————. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.
- 61 CARVALHO, Gil Costa. In: **Comentários à Lei das Sociedades por Ações**, Coord. Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999.
- 62 CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**, v. II. São Paulo : Saraiva, 1997.
- 63 CASTELO, Jorge Pinheiro. **Tutela antecipada**, v. 01, São Paulo : LTR, 1999.
- 64 CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1964.
- 65 CAVALLI, Gino. Sospensione della delibera di esclusione di un socio di società 2, 1972.
- 66 CHASE, Oscar G. Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile** , nº. 3, 1988.
- 67 CHIAVARIO, Torino Mario, Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 46, I, 1991.
- 68 CHINA, Sergio La. **Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?** Napoli : Jovene, 1979.

- 69 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo : Saraiva, 1942.
- 70 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.
- 71 CINTRA, Geraldo Uchôa. **Jurisdição**. Rio de Janeiro : Lux, 1958.
- 72 Codice di Procedura Civile. Padova : Cedam, 1997.
- 73 COELHO, Fábio Ulhôa. **Direito antitruste brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1995.
- 74 COMPARATO, Fábio Konder. Exclusão de sócio nas sociedades de responsabilidade limitada. **Revista de Direito Mercantil**, nº 25, 1977.
- 75 CONDORELLI, Epifanio. **El Abuso del Derecho**. La Plata : Platenense, 1971.
- 76 COSTA, José Rubens. **Alteração no Processo de Conhecimento**. In: Reforma do código de processo civil, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo : Saraiva, 1996.
- 77 COSTA E SILVA, Antonio Carlos. **Tratado do processo de execução**, v. 01, Rio de Janeiro : Aide.
- 78 CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei antitruste**. 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- 79 CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- 80 CUADRADO, Maria Pia Calderon. **Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil**. Madrid : Editorial Civitas, 1992.
- 81 CUONZO, Gabriele; VALENTI, Roberto. Provvedimenti di urgenza e tutela dichiarativa: le azioni di accertamento *ex* artigo 700 C.P.C. nelle controversie relative a diritti di proprietà industriale. **Rivista di Diritto Industriale**. nº. 3, 1997.
- 82 DE ENTERRIA, Eduardo G. La crisis del contencioso-administrativo francés el fin de un paradigma. **Revista de Direito Público**, v. 91.
- 83 DESIDERIO, Giuseppe. Collegio sindacale e controllo giudiziario. **Rivista delle Società**, 1991.

- 84 DIAS, Beatriz Catarina. **A jurisdição na tutela antecipada**. São Paulo : Saraiva, 1999.
- 85 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1987.
- 86 ————. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed., São Paulo : Malheiros, 1995.
- 87 ————. **Execução civil**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973.
- 88 ————. **Momento da eficácia da sentença constitutiva**. *Revista de Processo*, v. 63, 1991.
- 89 ————. **Nasce um novo processo civil**. In: *Reforma do código de processo civil*, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo : Saraiva, 1996.
- 90 ————. **Tutela jurisdicional**. *Revista de Processo*, v. 81, 1996.
- 91 DINAMARCO, Márcia. **Meio processual adequado para suspender a execução do julgado rescindendo**. In: *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- 92 DITTRICH, Lotario. **Il Proccedimento d'Urgenza in "Nuovo Processo Cautelar"**, a cura de Giuseppe Tarzia. Padova : Cedam, 1993.
- 93 DONATI, Antigono, **L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime**. Milano : Giuffrè, 1937.
- 94 EIZIRIK, Nelson. **Sociedades Anônimas, jurisprudência**, Tomo I. Rio de Janeiro : Renovar, 1998.
- 95 ESTRELLA, Hernani. **Sociedade Anônima - Ação possessória contra administradores destituídos - medida exercitável pela sociedade em lugar da imissão de posse por parte dos novos diretores - problemas**. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 13, 1974.
- 96 FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. São Paulo : Dialética, 1998.
- 97 FERES, Carlos Roberto. **Antecipação da tutela jurisdicional**. São Paulo : Saraiva, 1999.

- 98 FERNANDES NETO, Guilherme. A suspensão de deliberação social e o abuso do direito de voto. **Revista do Advogado** nº 36, 1992.
- 99 FERRARO, Bruno. **Delle società**. Padova : Cedam, 1989.
- 100 FERREIRA, Pinto. **Medidas cautelares**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992.
- 101 FERREIRA, William Santos. **Tutela Antecipada no Âmbito Recursal**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
- 102 FERRI, Corrado. In tema di esecutorietà della sentenza e inibitoria. **Rivista di Diritto Processuale**, nº 02. Padova : Cedam, 1993.
- 103 ————. **I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali**. In: Processo Civile e Società Commerciali. Atti de XX Convegno Nazionale. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.
- 104 FONSECA, Antônio C. Lima da. Da liminar no mandado de segurança. **Revista de Processo**, nº 57, 1990.
- 105 FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Lei de Proteção da Concorrência - comentários à lei antitruste**. Rio de Janeiro : Forense, 1995.
- 106 FONSECA, Priscila Corrêa da. **Suspensão de deliberações sociais**. São Paulo : Saraiva, 1986.
- 107 FREITAS, Alberto Xavier. **Administradores de sociedades**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979.
- 108 FRIAS, J. E. S. Tutela Antecipada em face da Fazenda Pública. **Revista dos Tribunais**, v. 728.
- 109 FRISINA, Pasquale. La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali. **Rivista de Diritto Processuale**, v. 41. Padova : Cedam, 1986.
- 110 FUX, Luiz. **Tutela de segurança e Tutela da evidência (Fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo : Saraiva, 1996.
- 111 GAGGERO, Eduardo D. **Intervencion judicial de sociedades comerciales**. Montevideo, 1973.
- 112 GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo; SANTOS, Andrés de la Oliva. **Especialidades processuales en la Ley de Sociedades Anónimas**. La Ley. Madrid, 1990.

- 113 GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**. Buenos Aires : Jurídicas Europa-América, 1961.
- 114 GOMMELLINI, Alberto. Sulla sospensione dell'esecuzione delle delibere assembleari. **Giurisprudenza Commerciale**, v. 1, 1987.
- 115 GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 1987.
- 116 GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista de Processo**, v. 79, 1995.
- 117 GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo : Malheiros, 1997.
- 118 ————. **Execução indireta**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- 119 ————. **Inovações na execução direta das obrigações de fazer e não fazer**. In: Processo de Execução e assuntos afins, Coord. Teresa ArrudaAlvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- 120 GUIMARÃES, Ruy Carneiro. **Sociedade por ações; Notas de Doutrina e Jurisprudência**, 3 v. Rio de Janeiro : Forense, 1960.
- 121 IMPAGNATIELLO, Giampaolo. La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1992.
- 122 JAEGER, Pier Giusto. **L'interesse Sociale**. Milão : Dott. A. Giuffrè Editore, 1984.
- 123 JOMMI, Alessandro. Per un'efficace tutela sommaria dei diritti di obbligazione: il référé provision. **Rivista di Diritto Civile**, nº 01. Padova : Cedam, 1997.
- 124 JURISPRUDÊNCIA INFORMATIVA. Câmara de férias cível. TARGS, APC nº. 195078100, de 27.7.1995, relatado por Breno Moreira Mussi, São Paulo : Saraiva., nº 7. jul/1995 e 1º. trim/1997.
- 125 KHUN, Thomas S.. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo : Perspectiva, 1962.
- 126 LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**, 6ª ed., v. 08, tomo I. Rio de Janeiro : Forense, 1994.

- 127 ————. Palestra proferida no Instituto dos Advogados Brasileiros. **Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros**. nº 31.
- 128 LARA, Betina Rizzato. **A satisfatividade no âmbito das liminares**. In: Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- 129 ————. **Liminares no processo civil**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
- 130 LENER, Raffaele. Provvedimenti d'urgenza e società per azioni. **Rivista di Diritto Civile**, v. 02, 1985.
- 131 ————. Tutela cautelare atipica del socio di società di capitali nell'esperienza francese dei référés commerciaux e raffronto con l'esperienza italiana dei provvedimenti d'urgenza. **Rivista del Diritto Commerciale**, nº 03, 1988.
- 132 LEVYAY ANDIA, Juana de. Impugnación de acuerdos en las sociedades anónimas según el derecho vigente en España. In: **La società per azioni alla metà del secolo XX**. Padova : Cedam, 1962, Studi in memoria di Angelo Sraffa.
- 133 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3ª ed., Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- 134 ————. **Manual de Direito Processual Civil**, v. 01. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- 135 ————. **Problemi del processo civile**. Milano : Morano Editore, 1962.
- 136 ————. **Processo de execução**. 4ª ed., São Paulo : Saraiva, 1980.
- 137 LIPPMAN, Edgard Antonio. Antecipação de tutela: utopia ou realidade. **Revista de Processo**, v. 81, 1996.
- 138 LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 4. ed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- 149 ————. Antecipação da tutela e o artigo 273 do CPC. **Revista dos Tribunais**, v. 729, 1996.
- 140 ————. O Juiz e a tutela antecipada. São Paulo: Tribuna da Magistratura. **Caderno de Doutrina**. nº. 17, jun/1996.

- 141 ————. **Tutela Antecipada e o Artigo 273 do CPC.** In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- 142 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Observações sobre a natureza cautelar da tutela antecipatória do artigo 273, I, do CPC.** In: Reforma do código de processo civil, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo : Saraiva, 1996.
- 143 ————. **Tutela antecipada.** São Paulo : Editora Oliveira Mendes, 1998.
- 144 MAGALHÃES, José Eudeni. Da tutela antecipatória. **Revista de Processo**, v. 88., 1997.
- 145 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Reforma do código de processo civil.** São Paulo : Saraiva, 1996.
- 146 MANDRIOLI, Crisanto. Per una nozione strutturale dei provvedimenti anticipatori o interinali. **Rivista Diritto Procesuale**, v. 19, 1964.
- 147 MARANHÃO. Clayton. A demanda cautelar e a regra da congruência no processo civil italiano. **Revista de Direito Processual Civil**, nº 1, 1996.
- 148 MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela.** 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1996.
- 149 ————. **A antecipação de tutela na reforma do processo civil**, 2ª ed. São Paulo : Malheiros, 1995.
- 150 ————. Da passagem do processo civil clássico para o processo civil contemporâneo: as razões perdidas. **Carta Jurídica - Revista de Informação e Debate**, nº 01. São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 1999.
- 151 ————. **Efetividade do processo e tutela de urgência.** Porto Alegre : Sergio Antônio Fabris Editor, 1994.
- 152 ————. **Novas Linhas do Processo Civil.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- 153 ————. Observações sobre a tutela antecipatória. **Revista de Processo**, v. 79, 1995.

- 154 —————. **Questões do novo direito processual civil brasileiro.** Curitiba : Editora Juruá, 1999.
- 155 —————. **Tutela antecipada, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- 156 —————. Tutela antecipatória nas ações declaratórias e constitutivas. **Revista de Direito Processual Civil**, v. 4, 1997.
- 157 —————. **Tutela cautelar e tutela antecipatória.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992.
- 158 —————. **Tutela Específica.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- 159 —————. **Tutela inibitória (Individual e Coletiva).** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998.
- 160 —————. Tutela inibitória: tutela de prevenção do ilícito. **Revista de Direito Processual Civil**, nº 2, 1996.
- 161 —————. Um aprofundamento da questão da tutela dos direitos: tutelas inibitória, reintegratória, do adimplemento e ressarcitória. **Revista de Direito Processual Civil**, nº 10, 1998.
- 162 MARINS, James. Anotações sobre o cabimento da antecipação da tutela em matéria tributária. **Revista de Processo**, v. 91, 1998.
- 163 MARINS, Victor A. A. B. **Tutela cautelar, Teoria Geral e Poder Geral de Cautela.** Curitiba : Juruá, 1996.
- 164 MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**, v. 01. São Paulo : Saraiva, 1975.
- 165 MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas**, v. 02, tomo I. Rio de Janeiro : Forense.
- 166 —————. **Curso de direito comercial.** Rio de Janeiro : Editora Forense, 1989.
- 167 MAURIZI, Alessandro. L'articolo 700 c.p.c. nel diritto delle società. **Rivista del Diritto Commerciale**, nº 89, v. 01, 1991.
- 168 —————. Sulla sospensione, con il provvedimento d'urgenza, della convocazione di una assemblea di società. **Rivista del Diritto Commerciale**, nº. 1-2, 1992.

- 169 MECHELLI, Stefano. Sull'opportuno combinarsi di misure cautelari tipiche ed atipiche in tema di impugnazione di deliberazioni assembleari. **Rivista del Diritto Commerciale**, nº 7-8, 1996.
- 170 MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho procesal civil**, 3ª ed., tomo II, Barcelona : Libreria Bosch, 1986.
- 171 MENDONÇA, J. X. Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**, 7ª ed., v. 3. Rio de Janeiro : Editora Freitas Bastos, 1963.
- 172 MESSIMA, Paulo de Lorenzo; FORGIONI, Paula A. **Sociedades por ações: jurisprudência, casos e comentários**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- 173 MONTESANO, Luigi. **I provvedimenti d'urgenza nel processo civile**. Napoli : Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955.
- 174 ————. Problemi attuali su limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, nº 3, 1995.
- 175 NERY JUNIOR, Nelson. **Atualidades sobre o Processo Civil**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1995.
- 176 ————. **Procedimentos e tutela antecipatória**. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- 177 NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil e legislação processual civil extravagante em vigor**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- 178 NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1971.
- 179 NUNES, Márcio T. G. **Dissolução parcial de sociedade**. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- 180 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Alcance e Natureza da Tutela Antecipatória — Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães**. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- 181 ————. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista Forense**, v. 342, Rio de Janeiro : Editora Forense.

- 182 ————— e LACERDA, Galeno. **Comentários ao código de processo civil**. 2ª ed., v. 08, Tomo II. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1991.
- 183 OLIVIERI, Giuseppe. I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**, nº 46., 1991.
- 184 ORIONE NETO, Luiz. **Liminares no processo civil**. São Paulo : Lejus, 1999.
- 185 PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**, 2ª ed.. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.
- 186 PALLARES, Eduardo. **Diccionario de derecho processal civil**. México : Purrua, 1960.
- 187 PAPPALARDO, Marisa. Sospensione della deliberazione assembleare a norma dell'art. 700 C.P.C. **Rivista del Diritto Commerciale**, 1988.
- 188 PELICIOLO, Angela Cristina. **Antecipação de tutela no direito brasileiro**. São Paulo : LTR, 1999.
- 189 PEÑA, Oscar E. Serantes e PALMA, Jorge. **Medidas cautelares, práctica procesal civil e comercial**, v. 1. Buenos Aires : Depalma, 1986.
- 190 PERROT, Roger. L'effettività dei provvedimenti giudiziari nel diritto civile, commerciale e del lavoro in Francia. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, nº 4, 1985.
- 191 —————. O processo civil francês na véspera do século XXI. **Revista de Processo**, nº 91, 1998.
- 192 PEYRANO, J.W. **Medida Cautelar Innovativa**, Buenos Aires : Depalma, 1981.
- 193 —————. Reformulación de la teoria de las medidas cautelares: tutela de urgencia – medidas autosatisfativas. **Revista de Direito Processual Civil**, nº 9, 1998.
- 194 PIMENTA, Alberto. **Suspensão e anulação de deliberações sociais**. Coimbra Editora, 1965.
- 195 PISANI, A. Proto. Appunti sulla tutela di mero accertamento. **Rivista Trimestrali di Diritto e Procedura Civile**, 1979.
- 196 —————. **La nuova disciplina del processo civile**. Napoli : Jovene Editore, 1991.

- 197 —————. **Lezioni de diritto processuale civile**. Napoli : Jovene Editore, 1994.
- 198 PODETTI, J. Ramiro. **Derecho procesal civil comercial y laboral - IV, Tratado de las medidas cautelares**. Buenos Aires : Ediar, 1956.
- 199 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**, v. 08. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1959.
- 200 —————. **Comentários ao código de processo civil**, v. 9. Rio de Janeiro : Forense, 1976.
- 201 —————. **Tratado das ações**, Tomos I e VI. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970.
- 202 POPP, Carlyle e ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à nova Lei antitruste**. 2. ed. Curitiba : Juruá Editora, 1997.
- 203 PORTO, Sérgio Gilberto. **Classificação de ações, sentenças e coisa julgada**. *Revista de Processo*, v. 73, 1994.
- 204 RAGONE, Alvaro J. D. P. **Introducción al estudio de la tutela anticipatoria**. *Revista de Processo*, v. 81, 1996.
- 205 RAGUSA, Vittorio. **Provvedimenti d'urgenza e deliberazioni assembleari**. *Giurisprudenza Commerciale*, v. 2, 1979.
- 206 RAMÍREZ, Jorge Orlando. **Medidas cautelares**. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1976.
- 207 RAMOS, Manuel Ortells e CUADRADO, Maria Pía Calderón. **La tutela judicial cautelar en el derecho español**. Granada : Editorial Comares, 1996.
- 208 REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial**, 2ª ed., v. 1. São Paulo : Saraiva, 1988.
- 209 —————. **Curso de direito comercial**. 2.ed. São Paulo : Saraiva, 1995.
- 210 —————. **Curso de direito falimentar**, v. 2. São Paulo : Saraiva, 1998.

- 211 RICCI, Edoardo F. **Gli effetti delle sentenze sulle impugnazioni di deliberazioni assembleari**. In: *Processo Civile e Società Commerciali*. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.
- 212 ————. **Possíveis novidades sobre a tutela antecipada na Itália**. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 7, 1998.
- 213 RODRIGUES FILHO, Eulâmpio. **Sociedade por quotas de responsabilidade Ltda. Suspensão cautelar e afastamento de gerente**. *Revista Jurídica Mineira*, v. 34. Belo Horizonte, 1987.
- 214 SABATO, Franco Di. **Le Società**. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 4, 1989.
- 215 ————. **Le Società**. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLVI, nº. 4, 1992.
- 216 SAMORÌ, Gianpiero. **La tutela cautelare dichiarativa**. *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, nº 38, 1995.
- 217 SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **A tutela antecipada e execução específica**. Campinas : Copola Editora, 1995.
- 218 SANTOS, Ernani Fidelis dos. **Aspectos da exibição preparatória de coisa ou documento**. *Revista de Processo*, nº 52, 1987.
- 219 ————. **Novíssimos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte : Del Rey. 1999.
- 220 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**, 10.ed. São Paulo : Saraiva, 1983.
- 221 SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile**. Padova : Cedam, 1959.
- 222 ————. **Limiti di applicazione del provvedimento d'urgenza**. *Foro Italiano*. v. 1. 1953.
- 223 SCISINIO, Alaôr Eduardo. **As maiorias acionárias e o abuso de direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- 224 SCORZA, Bernardino. **L'eccesso di potere come causa di invalidità delle deliberazioni d'assemblea delle anonime**. *Rivista di Diritto Commerciale*, v. 31, parte 1.
- 225 SERENS, Nogueira. **Notas sobre a sociedade anônima**. 2.ed. Coimbra Editora, 1997.

- 226 SFORZA, Giorgio. **I provvedimenti d'urgenza nella giurisprudenza, raccolta sistematica di giurisprudenza commentata.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1994.
- 227 SHIMURA, Sérgio. **A Eficácia das medidas liminares.** In: Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- 228 SILVA, Ovídio Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro.** Rio de Janeiro : Forense, 1991.
- 229 ————. **Ação de Imissão de Posse.** 2ª ed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- 230 ————. Antecipação da tutela: duas perspectivas de análise. **Carta Jurídica - Revista de Informação e Debate**, nº 01. São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 1999.
- 231 ————. **Curso de Processo Civil**, 2ª ed., v. 1, Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editora, 1991.
- 232 ————. **Curso de Processo Civil**, 2ª ed., v. 2, Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editora, 1993.
- 233 ————. **Curso de Processo Civil**, v. 3. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editora, 1993.
- 234 ————. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. **Revista de Processo**, nº 61, 1990.
- 235 ————. **Do Processo Cautelar.** Rio de Janeiro : Forense, 1996.
- 236 ————. **Jurisdição e execução na tradição romano-cânônica.** 2. ed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1992.
- 237 ————. **O processo civil e sua recente reforma.** In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- 238 ————. **Processo de conhecimento e procedimentos especiais.** **Revista dos Tribunais**, v. 692.

- 239 ————. **Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança.** In: O Processo Civil Contemporâneo, Coord. Luiz Guilherme Marinoni, Curitiba : Juruá Editora, 1994.
- 240 SILVA, Ovídio Baptista da; MACHADO, L. Melíbio Uiraçaba; GESSINGER, Rui Armando e GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil.** Porto Alegre : Letras Jurídicas Editora Ltda, 1983.
- 241 SILVESTRI, Elisabetta. Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare. **Rivista di Diritto Processuale**, nº 1, 1981.
- 242 SORDELLI, Luigi. I sequestri di diritto industriale e d'autore ed i provvedimenti cautelari in materia societaria alla luce della novella sul processo civile 1990. **Giurisprudenza Commerciale**, 1992.
- 243 SPADONI, Joaquim Felipe. **Aspectos Recursais da ação para cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.** In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambie, São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- 244 TALAMINI, Eduardo. **Prisão Civil e Penal e 'Execução indireta', a garantia do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal.** In: Processo de Execução e assuntos afins, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- 245 ————. **Tutelas mandamental e executiva *lato sensu* e antecipação de tutela *ex vi* do artigo 461, § 3º, do CPC.** In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- 246 TARUFFO, Michele. **A Atuação Executiva dos Direitos: Perfis Comparatísticos.** **Revista de Processo**, nº 59, 1989.
- 247 TARZIA, Giuseppe. **I procedimenti cautelari.** Pádova : Cedam, 1990.
- 248 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Antecipação de tutela em ações declaratórias e constitutivas.** **Revistas dos Tribunais**, v. 763, São Paulo.
- 249 ————. **Curso de direito processual civil.** São Paulo : Forense, 1986.
- 250 ————. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século.** Rio de Janeiro : Forense, 1999.

- 251 ————. **Processo cautelar**. 18. ed. São Paulo : Livraria e Editora Universitária de Direito, 1999.
- 252 ————. **Tutela Antecipada**. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- 253 ————. Tutela antecipada. **Revista de Direito Processual Civil**, nº 4, 1997.
- 254 TOMEI, Giovanni. Cosa giocata o preclusione nei processi sommari ed esecutivi. **Rivista Trimestrali de Diritto e Procedura Civile**, nº 3, 1994.
- 255 TOMMASEO, Ferruccio. **I provvedimenti d'urgenza**. Padova : Cedam, 1983.
- 256 ————. Provvedimenti d'urgenza e diritto delle società. **Le Società**, nº 1, 1984.
- 257 TUTELA ANTECIPATÓRIA. Curitiba : Juruá, 1999 (Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio, 183).
- 258 VALVERDE, Trajano de Miranda. **Sociedades por Ações**. 2. ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- 259 VENTURI, Elton. **A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas**. In: Processo de Execução e assuntos afins, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- 260 VESCOVI, Enrique. **Derecho procesal civil**. tomo I. Montevideo : Ediciones Idea, 1974.
- 261 VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da SILVA. (Coord). **Comentários à Lei das Sociedades por Ações**. Forense Universitária, 1999.
- 262 VITTORIA, D. Amministratore giudiziario e società di persone: trent'anni di dialogo tra dottrina e giurisprudenza, **Contrato e Impresa**, II, 1988.
- 263 VIVANTE, Cesare. **Trattato di diritto commerciale**, 5ª ed., v. 2, Milano : Vallardi, 1935.
- 264 WALD, Arnoldo. Do cabimento da medida cautelar como antecedente da ação declaratória. **Revista de Processo**, nº 56, 1989.

- 265 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Liminares: Alguns aspectos polêmicos**. In: Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Liminares, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- 266 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A tutela específica do artigo 461, do Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 80, 1995.
- 267 ————. **Da liberdade do juiz na concessão de liminares e a tutela antecipatória**. In: Aspectos polêmicos da antecipação de tutela, Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- 268 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; SALAMANCHA, José Eli; WERZEL, Carlos. Tutela antecipada (e obtida) em ação rescisória - TJRP. **Revista de Processo**, nº 82, 1996.
- 269 WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1995.
- 270 ————. **Da Cognição no Processo Civil**. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- 271 ————. **Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer**. In: Reforma do código de processo civil, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo : Saraiva, 1996.
- 272 XAVIER, Vasco da Gama. Invalidade e ineficácia das deliberações sociais no direito português, constituído e constituendo; confronto com o direito espanhol. **Boletim da Faculdade de Direito**, v. 61. Coimbra, 1985.
- 273 YARSHELL, Flávio. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo : Ed. Atlas, 1999.
- 274 ZAGANELLI, Corrado. Sulla sospensione di delibere di nomina di amministratori di società per azioni e cooperative. **Giurisprudenza Commerciale**, v. 2, 1976.
- 275 ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- 276 ————. **Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais**. In: Reforma do código de processo civil, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo : Saraiva, 1996.
- 277 ————. **Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante**. In: GIORGIS, José

Carlos Teixeira.(org.) **Inovações do Código de Processo Civil.** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996.

278 ZUMPANO, Mariangela. Tutela di urgenza e rapporto di lavoro. **Rivista de Diritto Processuale**, nº 3, 1989.