

Leia decisão a favor do Opportunity na disputa pela BrT

19/04/2006

A recente decisão da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro devolveu, em tese, o comando da Brasil Telecom ao Opportunity Equity Partners, do economista Daniel Dantas. Uma decisão anterior, do Superior Tribunal de Justiça, determina que não haja nenhuma mudança no quadro de diretores da empresa, até que ocorra o trânsito em julgado de todos os recursos da disputa pelo controle da BR Telecom, uma das três maiores operadoras de telefonia do país.

Em seu voto, a desembargadora Letícia Sardas cita todos os argumentos oferecidos pelos fundos de pensão e afirma que “da leitura das razões ofertadas pela partes chega-se à conclusão que o agravante almeja, basicamente, a declaração da decadência, com o provimento do recurso e a extinção da ação com fundamento no artigo 269, inciso IV do CPC, alegando que a inclusão dos litisconsortes necessários e unitários ocorreu depois do esgotamento do prazo decadencial,” o que de fato ocorreu.

A desembargadora sustentou que “a questão da admissibilidade é sempre preliminar à questão de mérito, envolvendo os requisitos intrínsecos e os requisitos extrínsecos de admissibilidade”. Portanto, rejeitou a preliminar de inadmissibilidade do recurso.

Agravo de Instrumento 2006.002.04258

Leia a íntegra da decisão

OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2006.002.04258

Processo nº 2004.001.038949-7 — Ordinária

2ª Vara Empresarial da Comarca da Capital

AGRAVANTE: OPPORTUNITY EQUITY PARTNERS LTD

AGRAVADO 1: INVESTIDORES INTERNACIONAIS FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES (FIA)

AGRAVADO 2: CAIXA DE PREVIDÊNCIA DE DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL — PREVI

LITISCONSORTE 1: OPPORTUNITY FUND

LITISCONSORTE : OPPORTUNITY ASSET MANAGEMENT INC



LITISCONSORTE 2: BANCO OPPORTUNITY S/A

LITISCONSORTE: OPP I FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES e OPPORTUNITY INVEST II LTDA

LITISCONSORTE 3: OPPORTUNITY LESTE S/A

LITISCONSORTE 4: OPPORTUNITY EQUITY PARTNERS ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA

INTERESSADO 1: CITIGROUP VENTURE CAPITAL INTERNATIONAL BRAZIL LP

INTERESSADO 2: FUTURETEL S/A

INTERESSADOS: 525 PARTICIPAÇÕES S/A; OPPORTUNITY OESTE S/A; OPPORTUNITY ZAIN S/A; OPPORTUNITY DALETH S/A

RELATORA: DES. ^a LETÍCIA SARDAS

ACORDÃO

“PROCESSUAL. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO. PRECLUSÃO. DECADÊNCIA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO CONCLUÍDO PELO REPRESENTANTE EM CONFLITO DE INTERESSES COM O REPRESENTADO. PRAZO DECADENCIAL. LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO E NECESSÁRIO. EXTINÇÃO DO PROCESSO COM JULGAMENTO DO MÉRITO. SUCUMBÊNCIA. CUSTAS PROCESSUAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Todo ato postulatório sujeita-se ao exame por dois ângulos distintos: o primeiro destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que o órgão judiciário possa apreciar o conteúdo da postulação; o segundo visa determinar o fundamento para acolhê-la, se fundada, ou rejeitá-la, no caso contrário.
2. É absurdo declarar inadmissível a postulação por falta de fundamento.
3. Quando o órgão judicial, apreciando embargos de declaração, diz que não existe qualquer um dos defeitos elencados no artigo 535 do Código de Processo Civil, resta mantida, integralmente, a decisão embargada.
4. Se, no entanto, o órgão julgador reconhece o defeito o novo pronunciamento integra e substitui a decisão anterior.
5. Rejeitados os declaratórios nada se acrescentou à primitiva decisão.
6. O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.
7. É absurdo cogitar-se de substituição quando não se chegou a analisar, sobre qualquer aspecto, a matéria objeto da impugnação.



8. Não existe preclusão para o juiz, enquanto não acabar seu ofício jurisdicional na causa, com a prolação da decisão definitiva.
9. Decadência é o perecimento do direito, em razão de seu não exercício em um prazo determinado.
10. O fundamento da decadência é não ter o sujeito utilizado de um poder de ação, dentro dos limites temporais estabelecidos à sua disposição.
11. A decadência é criada não só por motivo, mas no interesse também da ordem pública, e pode ser decretada ex officio.
12. A decadência opera de maneira fatal, atingindo irremediavelmente o direito, se não for exercido oportunamente.
13. É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.
14. Nos termos do artigo 119 do novo Código Civil Brasileiro é de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do ato.
15. Nas variadas situações em que o litisconsórcio é admitido, tem-se em vista a economia processual e a harmonia dos julgados.
16. No processo litisconsorcial a demanda a demanda é uma só, apesar de diversas as partes, ou seja opera-se o fenômeno da unidade substancial incindível.
17. Unitariedade significa que a relação jurídica substancial incindível posta em juízo comporta apenas uma solução para todos os sujeitos, pouco importando que se trate de litisconsórcio necessário ou facultativo.
18. Tratando-se de litisconsórcio unitário e também necessário, enquanto não integrados todos os legitimados indispensáveis, a própria demanda não estará ainda completa.
19. Decorrido o prazo decadencial, já não pode a ação ser proposta contra o novo réu, sendo impossível a regularização da relação processual nos termos do artigo 47 do Código de Processo Civil.
20. Precedentes. STJ — AR 2001/0145980-4, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASKI, Primeira Seção, DJ. 03.05.2004, p. 86 e STJ — AR 1996/0022146-4, Relator Ministro PAULO GALLOTTI, terceira Seção, DJ. 13.10.2003, p. 225.
21. Rejeição da preliminar de inadmissibilidade do agravo de instrumento.
22. Conhecimento e provimento do Agravo de Instrumento, pronunciando a decadência da pretensão autoral, com fundamento no parágrafo único do artigo 119 do Código Civil Brasileiro.

23. Extinção do processo com julgamento do mérito, nos termos do inciso IV do artigo 269 do Código de Processo Civil, condenando os autores — agravados ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor da causa, retornando as partes ao status quo ante, revogando a decisão que concedeu antecipação de tutela, com a anulação de todos os atos e todos os efeitos dela decorrentes.”

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO INSTRUMENTO nº 2006.002.04258, em que é AGRAVANTE: OPPORTUNITY EQUITY PARTNERS LTD; AGRAVADO 1: INVESTIDORES INTERNACIONAIS FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES (FIA); AGRAVADO 2: CAIXA DE PREVIDENCIA DE DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL — PREVI; sendo LITISCONSORTE 1: OPPORTUNITY FUND; LITISCONSORTE: OPPORTUNITY ASSET MANAGEMENT INC; LITISCONSORTE 2: BANCO OPPORTUNITY S/A; LITISCONSORTE: OPP FUND DE INVESTIMENTO EM AÇÕES e OPPORTUNITY INVEST II LTDA; LITISCONSORTE 3: OPPORTUNITY LESTE S/A; LITISCONSORTE 4: OPPORTUNITY EQUITY PARTNERS ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA; INTERESSADO 1: CITIGROUP VENTURE CAPITAL INTERNACIONAL BRAZIL LTDA; INTERESSADO 2: FUTURETEL S/A; INTERESSADOS: 525 PARTICIPAÇÕES S/A/, OPPORTUNITY OESTE S/A; OPPORTUNITY ZAIN S/A; OPPORTUNITY DALETH S/A.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por unanimidade de votos em rejeitar a preliminar de inadmissibilidade do recurso, conhecendo e dando provimento ao agravo de instrumento, para declarar a ocorrência da decadência e julgar extinto o processo, com fundamento no artigo 269, inciso IV do Código de Processo Civil, condenando os autores — agravados ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor da causa, nos termos do artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil; revogando a tutela antecipatória de mérito e anulando todos os atos e todos os efeitos dela decorrentes.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2006.

DES. LETÍCIA SARDAS

PRESIDENTE / RELATORA

VOTO

A hipótese é de Agravo de Instrumento interposto em face da decisão antecipatória de tutela proferida nos autos da Ação Ordinária (processo nº 2004.001.038949-7) em tramitação perante a 2ª Vara Empresarial da Comarca da Capital.

Quer o agravante, OPPORTUNITY EQUITY PARTNERS LTD (Opportunity Ltd), nas razões de fls. 02/41, a concessão de efeito suspensivo, fundado nos artigos 527, inciso III e 588 do Código de Processo Civil, restabelecendo o status quo ante até que se dê o julgamento pela Câmara e, ao final o conhecimento e o provimento do recurso com a reforma da decisão agravada, de forma a ser reconhecida decadência e, dado o caráter unitário e necessário do litisconsórcio,



seja extinto o processo com julgamento do mérito, nos termos do inciso IV do artigo 269 do Código de Processo Civil, com a condenação dos autores nos ônus da sucumbência.

O despacho de fls. 956v dispensou o pedido de informações, determinou a intimação dos agravados e remeteu a apreciação da suspensividade para fase posterior a entrega das contra-razões.

O primeiro agravado, INVESTIDORES INSTITUCIONAIS FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES (FIA) interpôs Agravo Regimental às fls. 958/967, com os documentos de fls. 968/1045, fundado no artigo 200 do RITJERJ, dizendo que a decisão agravada é causadora de gravame pois, em vez de extinguir de plano o agravo de instrumento, admitiu seu prosseguimento e concluiu requerendo o conhecimento e o provimento do agravo regimental, para reformar a decisão de fls. 956v, negando seguimento ao agravo de instrumento, por seu manifesto descabimento.

1496 / 1502

O segundo agravado, CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL — PREVI, interpôs Embargos de Declaração às fls. 1047 / 1056, com os documentos de fls. 1057/1148, fundando sua pretensão na alegação de erro de fato e indicando precedentes jurisprudenciais que autorizam o uso de declaratórios com efeito infringente, concluiu requerendo o acolhimento dos embargos para sanar o erro de fato, negando seguimento ao agravo de instrumento, por seu manifesto descabido.

Levados a julgamento Colegiado, o Agravo Regimental foi desprovido às fls. 1151 / 1154, enquanto que os declaratórios não foram conhecidos às fls. 1155/ 1160.

Suscitada questão de ordem pelo primeiro agravado (fls. 1458 / 1459), foi proferido o despacho de fls. 1458 e v, dando ciência ao agravado do acórdão proferido no regimental e nos declaratórios e indeferindo o pedido de dilação de prazo para a oferta de contra-razões.

Contra-razões do primeiro agravado, INVESTIDORES INSTITUCIONAIS FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES (FIA) às fls. 1176 / 1197, afirmando a tempestividade; alegando a ocorrência de evidente má-fé, vez que se trata de sétimo agravo de instrumento contra a mesma decisão; não trazendo qualquer fato novo; partindo para a mentira pura e simples; deturpando o conteúdo de acórdãos anteriores da Câmara; fingindo ignorar o teor dos agravos anteriores; não mencionando a decisão do AI 15.889 / 05 e disse que não é possível que o agravante suscite as mesmas questões, afrontando o entendimento consolidado da Câmara.

Acrescentou que os anteriores recursos foram objeto de recurso especial, tratando da questão da decadência, estando estas questões devolvidas à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, não podendo ser novamente debatida nesta Câmara, sob pena de usurpação da competência da Corte Superior, o que pode ensejar reclamação.

Falou sobre as decisões proferidas nos agravos de instrumento nº 10.459 / 05; 10.568 / 05; 15.889 / 05 e 21.328 / 05, afirmando preclusão da matéria e disse que julgado o agravo 10.459 /

05, o acórdão substituiu a decisão de primeiro grau, nos termos do artigo 512 do Código de Processo Civil, sendo inadmissível o prosseguimento de um novo recurso contra a mesma decisão, sob pena de violação dos artigos 471 e 473 do Código de Processo Civil.

Prosseguiu falando sobre temas que só interessam ao deslinde do mérito da ação ordinária; discorreu sobre a decisão agravada; disse que a hipótese é típica de auto-contrato, no qual o conflito de interesses é presumido, nos termos do artigo 117 do Código Civil; afirmou a inexistência de decadência dizendo que a ação não se funda exclusivamente no conflito de interesses e culminou dizendo que, na realidade, toda a discussão acerca de litisconsortes necessários e da data da revelação do conteúdo do Aditivo impugnado é absolutamente irrelevante, pois a ação não tem fundamento no artigo 119 do Código Civil, não estando sujeita, portanto, ao prazo decadencial previsto no seu parágrafo único. (cf. fls. 1191, item 52).

Finalizando, disse que reconhecida pelo juízo à existência de litisconsórcio necessário não observado na inicial, e fixado prazo para citação dos litisconsortes faltantes (CPC, art 47), o cumprimento da determinação judicial impede que se venha a considerar “irregular” a propositura da ação, pois efeitos dessas novas citações serão os mesmos daqueles previstos no artigo 247 § 1º do CPC, retroagindo até a data da propositura da demanda. (cf. fls. 1196, iii).

Culminou dizendo que o agravo é inadmissível; que o pedido de anulação das assembleias é teratológico; que não se pode falar em decadência, seja porque a ação não tem fundamento exclusivo no conflito de interesses, seja porque o pedido não está lastreado no artigo 119 do Código Civil (evocado pelo agravante), mas sim no artigo 117 do mesmo diploma legal e requereu o não conhecimento do recurso, ou, se ultrapassada a preliminar, o desprovimento, mantendo-se a decisão de primeiro grau (cf. fls. 1196 / 1197).

Contra-razões da segunda agravada, CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL — PREVI, às fls. 1461 / 1475, argüindo preliminarmente o descabimento do recurso, afirmando que o agravante justifica a interposição deste sétimo agravo de instrumento contra a mesma decisão alegando que esta não teria sido substituída integralmente pelo acórdão proferido por esta Câmara no AI 10.459 / 05, restando a questão nova da decadência a ser examinada, mas que esta tese não pode prevalecer, pois encontra-se fundada em inaceitável confusão semântica, no intuito de induzir o julgador em erro.

Prosseguiu dizendo que o que se pleiteava no AI 10.459 / 05 era a reforma, por inteiro, da decisão de primeiro grau, logo, ela foi substituída por inteiro, da decisão de primeiro grau, logo, ela foi substituída por inteiro pelo acórdão e disse que se houve omissão ou error in judicando, cumpria à parte interessada manejar recurso próprio (embargos de declaração ou recurso especial) e não interpor outro agravo de instrumento.

No mais, as razões ofertadas pelo segundo agravado repetem as ofertadas pelo primeiro agravado, concluindo por requerer o indeferimento do efeito suspensivo; o não conhecimento do agravo, concluindo por requerer o indeferimento do efeito suspensivo; o não conhecimento do agravo ou, no mérito, o desprovimento, pois, ante a aplicação ao caso em tela do artigo 117 do Código Civil, não há que se falar em decurso do prazo decadencial. (cf. fls. 1475).

A suspensividade requerida pelo agravante foi denegada, determinando-se a inclusão em pauta para julgamento.

Posteriormente foi determinada a correção das anotações, vez que, da mesma forma que na ação originária e nos anteriores agravos de instrumento, inexistia fato que legitime a intervenção do Ministério Público.

SINTETIZANDO: da leitura das razões ofertadas pela partes chega-se à conclusão que o agravante almeja, basicamente, a declaração da decadência, com o provimento do recurso e a extinção da ação com fundamento no artigo 269, inciso IV do CPC, alegando que a inclusão dos litisconsortes necessários e unitários ocorreu depois do esgotamento do prazo decadencial.

Os agravados, por seu turno, apesar dos diferentes procuradores argüiram a preliminar de inadmissibilidade do recurso, alegando, basicamente, que este é o sétimo recurso interposto em face da mesma decisão; que a matéria já foi examinada pela Câmara; que há usurpação da competência da Corte Superior; que nos termos do artigo 512 do CPC a decisão de primeiro grau foi substituída, por inteiro, pelo acórdão proferido por esta Câmara; e, no mérito, disseram que não há decadência, pois a ação não tem fundamento no artigo 119 do Código Civil, mas sim no artigo 117 do Código Civil, não estando, portanto, sujeita ao prazo decadencial do parágrafo único do artigo 119.

É O RELATÓRIO

Sabe-se que todo ato postulatório sujeita-se a exame por dois ângulos distintos: uma primeira operação destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que o órgão possa apreciar o conteúdo da postulação; outra, subsequente, a perscrutar-lhe o fundamento, para acolhê-la, se fundada, ou rejeitá-la no caso contrário.¹

A esta primeira operação denomina-se juízo de admissibilidade e, como advertido por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, na obra indicada:

“É óbvio que a só se passa ao juízo de mérito se a admissibilidade resultou positivo; de uma postulação inadmissível não há como nem porque investigar o fundamento. Reciprocamente, é absurdo declarar inadmissível a postulação por falta de fundamento; se se chegou a examinar essa falta, é porque se transpôs o juízo de admissibilidade e já se ingressou no mérito: a postulação, na verdade, já foi admitida, embora com má técnica, se esteja dizendo o contrário.”

Ou seja, a questão da admissibilidade é sempre preliminar à questão de mérito, envolvendo os requisitos intrínsecos e os requisitos extrínsecos de admissibilidade.

1 Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. Comentários aos Código de Processo Civil. Editora Forense. Volume V. Rio de Janeiro. 2005. pág. 261

1500

Requisitos intrínsecos são os concernentes à própria existência do poder de recorrer, tais como o cabimento, a legitimação, o interesse e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Requisitos extrínsecos são os relativos ao modo de exercício do poder de recorrer, tais como a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

Em que pese terem argüido a preliminar de inadmissibilidade do recurso, os agravados não indicaram qual dos requisitos está ausente, nem mesmo fazendo qualquer menção aos intrínsecos ou extrínsecos, e, da mesma forma que no exemplo indicado por BARBOSA MOREIRA, ultrapassaram a barreira da admissibilidade, pretendendo a absurda declaração de admissibilidade com análise da existência ou inexistência de fundamento para o postulado.

POR TAIS FUNDAMENTOS, rejeita-se a preliminar de inadmissibilidade do recurso.

Ultrapassada a questão preliminar, é imperioso conferir que a demanda originária, em tramitação perante a 2ª Vara Empresarial das Comarca da Capital, que tomou o nº 2004.001.038949-7, é uma Ação Ordinária proposta por INVESTIDORES INSTITUCIONAIS FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES (FIA) e pela CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL — PREVI em face de diversos litisconsortes necessários e unitários.

Disseram os autores, na exordial, narrando diversos fatos, que vêm solicitar a prestação jurisdicional com o objetivo de obterem a decretação de nulidade/ anulabilidade do “adiantamento do acordo de acionistas” celebrado entre o mandatário sem o conhecimento e contra os interesses do mandante, porque:

“11. Os signatários do acordo de acionistas, que ora se pretende anular, são todos empresas e fundos criados pelo Opportunity (...);

“21. Assim que tiveram conhecimento do teor do estranho aditamento ao acordo de acionistas, verificaram os quotistas do Fundo que ele é extremamente lesivo aos interesses do Fundo Nacional (...);

“22. Está configurado no presente caso verdadeiro conflito de interesses do representante (...).

“23. Tal aditivo, a par de causar enormes prejuízos ao Fundo 1º autor e aos seus quotistas, é eivado de uma série de vícios que geram a sua nulidade e anulabilidade, dentre os quais:

- a) simulação (...)
- b) violação do dever de fidúcia (...)
- c) dolo (...)

Mais adiante, acrescentaram os autores:

“33. O simples fato de haver conflito de interesses do representante em relação ao representado é suficiente para a anulação do negócio jurídico por ele celebrado, conforme se extrai do disposto no art. 119 do Código Civil de 2002 (...).”

“53. O conflito de interesses é mais do que evidente, deflagrando a incidência do artigo 119 do Código Civil de 2002, que tem o seguinte teor:

“Art. 119 — É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesse com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.”

“54. Vê-se que se encontram preenchidos todos os requisitos para a anulação do “aditamento ao acordo de acionistas” celebrado pelo representante do 1º autor, em seu nome, já que havia conflito de interesses entre representante e representando (...)

“58. Diante do exposto, impõe-se a anulação do “aditamento ao acordo de acionistas com fundamento no art. 119 do Código Civil de 2002.”

Finalmente, trazendo aos autos, pela primeira vez, o tema referente à decadência, disseram os autores que era necessária a DISTRIBUIÇÃO POR PLANILHA, justificando:

“79. Em que pese não ter sido deduzido nenhum pedido de antecipação de tutela na presente ação, a sua distribuição por planilha é impositiva. Isto porque esta demanda tem por objeto a decretação da nulidade/anulabilidade do “Acordo de Acionista Aditado e Consolidado” firmado pelos réus e pelo primeiro autor, quando esse ainda era administrado pelo 8º réu (...)

“82. Com efeito, o primeiro autor somente recebeu informação acerca do aditamento ao acordo de acionistas em 16 de outubro de 2003 (doc. 09). À CVM só foi dado conhecimento de tal documento mais tarde, em 20/10/2003 (doc 21). Dessa forma, tendo vista o prazo decadencial insculpido no sobredito parágrafo único do artigo 119 do Código Civil, poderia a parte ré argumentar que no dia de hoje expira o prazo decadencial supra mencionado.

“83. Embora entendendo não ser pacífico tal entendimento, eis que a 2ª autora somente mais tarde veio a tomar conhecimento do documento, que nem mesmo foi levado a registro no Registro de Títulos e Documentos, com o intuito de evitar o cerceamento do direito de ação constitucionalmente assegurado aos ora autores, bem como evitar que lhes seja argüida a preliminar de mérito de decadência, pedem os ora requerentes seja a presente demanda distribuída com urgência por planilha.”

Os grifos apostos no item 83 da inicial estão no original e bem demonstram que a ação distribuída em 13 de abril de 2004 está fundada no artigo 119 do Código Civil, tanto que os próprios autores, apesar de não terem requerido antecipação de tutela, afirmam ser impositiva a distribuição por planilha, porque temiam que os réus argüissem o prazo decadencial insculpido no parágrafo único do artigo 119 do Código Civil de 2002.

Não é demais ressaltar alguns aspectos inerentes à tramitação da demanda originária proposta pelos ora agravados e distribuída à 2ª Vara Empresarial da Comarca da Capital em 13.04.2004, incluindo no pólo passivo oito réus: OPPORTUNITY FUND; 2) CVC OPPORTUNITY EQUITY PARTNERS LP; 3) OPPORTUNITY INVEST II; 4) (OPP I FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES; 5) OPPORTUNITY ASSET MANAGEMENT INC; 6) CVC OPPORTUNITY EQUITY PARTNERS LTDA. 7) CVC OPPORTUNITY EQUITY PARTNERS ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA. e 8) BANCO OPPORTUNITY S/A.

1503

Em 18.05.2004 os réus (CVC OPPORTUNITY EQUITY PARTNERS ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA; OPPORTUNITY INVEST II LTDA; OPP I FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES E BANCO OPPORTUNITY S/A) ofertaram contestação.

Em 12.07.2004 os autores ofertaram réplica, referindo-se expressamente às contestações de fls. 563/605 e fls. 1128/1157, opondo-se à citação de outras seis empresas, afirmando que não são partes no acordo de acionistas, mas mero intervenientes.

Em 09.08.2004 os réus especificaram provas requerendo a produção de prova oral, ocasião em que os autores esclareceram que pretendiam a produção de prova oral, consistente na oitiva de testemunhas a serem oportunamente arroladas e depoimento pessoal dos representantes dos réus, com o fim de esclarecer as circunstâncias da assinatura do “aditivo a acordo de acionistas”, celebrados em 12 de setembro de 2003 entre Fundos acionistas de diversas empresas, todos representados pelo Grupo Opportunity.

Em 19.10.2004, foi realizada audiência de conciliação.

Em 23.02.2005 foi proferido o seguinte despacho:

“Nos termos do art. 47, § único, do CPC, determino que os autores, no prazo de 10 dias, promovam a citação e inclusão de Opportunity Zain S/A, Opportunity Leste S/A, 525 Participações S/A, Opportunity Dadeth S/A e Futuretel S/A, no pólo passivo, sob pena de extinção do processo.(...)”

Em 02.05.2005 requerendo a substituição dos seus patronos, os autores requereram a antecipação da tutela de mérito, o que ocasionou a decisão ora agravada, em que a julgadora decidiu o tema que interessa neste recurso, DECADÊNCIA, com os seguintes termos:

1504

“DA DECADÊNCIA.

Sustentam os réus, que já contestaram, que entre os fundamentos que escoram o pedido está a violação do dever de fidúcia do representante em relação ao representado, previsto no art. 119 do CCB. Porém, o parágrafo único do dispositivo fixa prazo decadencial de 180 dias para a propositura da ação de anulação. Quando os autores distribuíram a ação em 13/04/2004, já havia se operado a decadência pelo fundamento acima, pois os próprios autores reconhecem que tomaram conhecimento da existência do pacto em 14/10/2003, de modo que o prazo findou-se em 08/04/2004.

De fato, os autores confessaram que tomaram conhecimento da existência de um aditivo a acordo de acionistas em 14/10/2003, contudo, seu conteúdo somente foi revelado em 16/10/2003, quando o 1º autor recebeu o documento redigido em língua inglesa, pois, na publicação da existência do fato relevante, não foi divulgado o conteúdo do documento.

Ora antes, de conhecer o conteúdo do documento não poderia ter início a fluência de prazo decadencial, pela simples razão de não ter nascido ainda o direito potestatório de buscar a anulação do ato. Somente após ser possibilitado aos autores conhecer o conteúdo do documento é que estaria gerado o direito potestativo consagrado no art. 119 do CCB, tendo início o prazo decadencial previsto no § único. A prevalecer a tese dos réus, os autores teriam que adivinhar que o documento continha disposição que consideravam em conflito de interesses, o que é absurdo.

Desse modo, quando distribuída a ação em 13/10/2003, não havia decorrido o prazo fatal”.

Fácil compreender que a decisão de primeiro grau adotou, integralmente, a tese exposta pelos autores, ora agravados, e afastou a decadência, com a aplicação do prazo de 180 dias previsto no parágrafo único do artigo 119 do Código Civil, por considerar que de conhecer o conteúdo do documento não poderia ter início a fluência do prazo decadencial.

Estes destaques são relevantes para afastar, desde logo, as esdrúxulas teses defendidas pelos agravados, quer porque a lide foi interposta com fundamento no artigo 119 do Código Civil; quer porque a ação foi distribuída por planilha porque os próprios autores temiam a alegação de decadência fundada no parágrafo único do referido artigo; quer porque a decisão agravada limitou-se a apreciar a questão da decadência analisando dois fatos: o dia do conhecimento da existência do aditivo ou o dia do conhecimento do conteúdo do aditivo, optando por este último.

2 Destaque-se o evidente erro material na indicação desta data, vez que a ação foi distribuída, por planilha, em 13.04.2004, como referido corretamente pela julgadora no princípio parágrafo da decisão da decadência.

1505

Não é demais, no entanto, analisar cada um dos anteriores recursos interpostos da decisão de primeiro grau, ressaltando que são vários os litisconsortes necessários e unitários, que são diversos os patronos dos litisconsortes necessários e unitários e que, em decorrência da pluralidade de integrantes do pólo passivo além do recurso em julgamento, foram interpostos outros cinco agravos de instrumento.

Além destes seis recursos, todos dirigidos contra a decisão de antecipação de tutela de mérito, outro agravo de instrumento envolvendo as mesmas partes, se insurgiu contra outra decisão proferida naqueles autos de ação ordinária.

AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2005.00210.568

AGRAVANTE: OPPORTUNITY LESTE S/A e outro

AGRAVADO 1: CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL — PREVI

Agravado 2: INVESTIDORES INSTITUCIONAIS FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES — FIA

RELATORA: DESEMBARGADORA HELENA BECKHOR

Este agravo de instrumento (AI 2005.002.10568), que foi o terceiro recurso interposto, foi julgado pelo Colegiado, com a relatoria da desembargadora HELENA BECKHOR e não tem qualquer relação com os anteriormente elencados, pois objetivou modificar a seguinte decisão proferida pelo Juízo da 2ª vara Empresarial da Comarca da Capital:

“Os efeitos em que os declaratórios foram recebidos são os da lei, art. 538 do CPC. Não me pronunciei sobre a decisão, o que será feito pelo ilustre titular. Suspendo apenas o prazo recursal.”

1506

Ou seja, este recurso sequer é dirigido à decisão que motivou os demais agravos de instrumentos, versando, unicamente, sobre os efeitos dos embargos declaratórios.

Assim, o que importa, neste momento, é conferir se aqueles interpostos em face da decisão que antecipou os efeitos da tutela de mérito apreciaram a questão nova que é objeto do agravo de instrumento em julgamento.

São os seguintes os cinco agravos de instrumento que merecem análise: 2005.002.10370; 2005.002.10459; 2005.002.12721; 2005.002.15889; 2005.002.21328.

Para facilitar o entendimento dos fatos narrados nestes autos, deixaremos o segundo e o quinto recursos para análise final, vez que, com base neles é que se fundam as contra-razões ofertadas pelos agravados.

1º AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2005.002.10370

AGRAVANTE: FUTURETEL S.A. e OUTROS

AGRAVADO 1: INVESTIDORES INSTITUCIONAIS FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES

AGRAVADO 2: CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNDIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL — PREVI

RELATORA: DESEMBARGADORA HELENA BECKHOR

Bem, neste primeiro recurso foi proferida decisão de homologação de desistência, com a relatoria da desembargadora HELENA BECKHOR, em 01.08.2005, e os autos baixaram ao juízo de origem.

3º AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2005.002.12721

AGRAVANTE: OPPORTUNITY DALETH S.A.

AGRAVADO 1: INVESTIDORES INSTITUCIONAIS FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES — FIA



Agravado 2: CAIXA DE PREVIDÊNCIA DO BANCO DO BRASIL — PREVI

RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO CARLOS BRAGA GUIMARÃES

1507

O terceiro agravo de instrumento teve como relator o desembargador JOÃO CARLOS BRAGA GUIMARÃES, que, em 25.07.2005 pôs fim ao recurso, proferindo a seguinte decisão:

4º. - AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2005.002.15889

AGRAVANTE: OPPORTUNITY LESTE S.A. e outro

AGRAVADO 1: CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL — PREVI

Agravado 2: INVESTIDORES INSTITUCIONAIS FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES — FIA

RELATORA: DESEMBARGADOR JOÃO CARLOS BRAGA GUIMARÃES

O quarto agravo de instrumento teve como relator o desembargador JOÃO CARLOS BRAGA GUIMARÃES, que, em 22.11.2005 pôs fim ao recurso com fundamento nas súmulas 58 e 59 do TJ/RJ, nos seguintes termos:

1508

ESCRITO À MÃO:

Nego seguimento ao recurso, nos termos do artigo 557, CPC, por manifestamente improcedente.

Fundamento: súmulas nº 58 e 59, do TJ/RJ e a R. decisão recorrida. 22/11/05.

Ou seja:

- no primeiro agravo de instrumento foi homologada a desistência (2005.002.10370);
- o terceiro agravo de instrumento foi interposto em face de outra decisão (2005.002.10568);
- o quarto agravo de instrumento foi sucintamente declarado prejudicado, sem qualquer motivação (2005.002.12271);
- o relator negou seguimento ao quinto agravo de instrumento, com fundamento nas súmulas 58 e 59 do TJ/RJ.

Resta conferir o segundo e o sexto agravos de instrumento 10459/2005 e 21328/2005, vez que os agravados afirmam que o segundo decidiu a questão nova suscitada no recurso em julgamento e que o sexto não foi conhecido com fundamento no artigo 512 do Código de Processo Civil.

1509



2º AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2005.002.10459

AGRAVANTE: CVC OPPORTUNITY EQUITY PARTNERS ADMINISTRADORA DE RECURSOS LTDA e outros

AGRAVADO 1: INVESTIDORES INSTITUCIONAIS FUNDO DE INVESTIMENTO EM AÇÕES

AGRAVADO 2: CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL PREVI

RELATORA: DESEMBARGADORA HELENA BECKHOR

Bem, o segundo agravo de instrumento (AI 2005.002.10459), com a relatoria da desembargadora HELENA BECKHOR, foi julgado na sessão de 13 de setembro de 2005, sendo negado provimento ao recurso, por maioria, vencida a desembargadora Letícia Sardas, e não analisou, sob qualquer aspecto a questão da decadência, vez que, como se pode facilmente conferir da ementa, do relatório e até mesmo da fundamentação, sequer usou o termo DECADÊNCIA.

Confira-se a ementa:

EMENTA: Agravo de Instrumento-Ação declaratória objetivando a nulidade ou anulação de Aditivo a Acordo de Acionistas ajuizada pelos agravados — Deferimento da antecipação da tutela, suspendendo a eficácia do Acordo — Manutenção da decisão agravada, por seus próprios e jurídicos fundamentos, centrados na configuração de abuso de direito e em tratar-se de autocontrato, desafiando a incidência do art. 117 do Código Civil-Decisão por maioria.

1510

Confira-se o relatório:

Agravo de Instrumento nº 10459/2005-Acórdão

ACORDAM os Desembargadores da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, por maioria, em negar provimento ao Agravo de Instrumento, vencida a E. Des. LETÍCIA SARDAS, 1ª Vogal, que a ele dava provimento parcial.

Os agravados ajuizaram Ação declaratória, perante a 2ª Vara empresarial desta Comarca, objetivando a declaração de nulidade ou a anulação de Aditivo a Acordo de Acionistas (“umbrella agreement” ou no vernáculo, “acordo guarda-chuva”), logrando o deferimento da antecipação da tutela requerida, para suspender os efeitos do aludido Acordo, que segundo a MM Juíza “a quo”, dentre outros fundamentos, teria sido celebrado em fraude ao disposto no art. 682 do Código Civil (fls. 1400 a 1437).

Alegam os agravantes que em 1997, o OPPORTUNITY, especializado em gestão empresarial, concebeu dois fundos de investimentos, o CVC — Fundo Estrangeiro, com recursos do CITIGROUP LP e o Fundo Nacional (de investidores), composto pelos principais FUNDOS DE PENSÃO do país, do tipo “private equity”, por meio dos quais, dentro do processo de

desestatização, foi adquirido, junto com outros investidores, e conseqüente às participações acionárias, o controle de algumas empresas na área de telefonia, como a BRASIL TELECOM, TELEMIG CELULAR etc, (fls.08). Diante da necessidade da criação de um bloco de controle, foi celebrado um Acordo de Acionistas em 03.07.02, que sofreu alterações e aditamentos, mas que segundo os agravantes, beneficia eqüitativamente a todos os subscritores, não limitando o direito de qualquer acionista de se retirar do negócio, vendendo sua participação por preço justo, a ser determinado por banco de investimentos independente ou se fosse o caso, por arbitragem internacional.

Acrescentam que passados mais de sete anos do investimento realizado, alguns quotistas resolveram se unir para destituí-los da gestão do Fundo, tentando anular o referido pacto, sendo que já há em curso no Juízo Federal, demandas tendo por objeto a destituição do Grupo Opportunity (através de Memorial os agravados noticiam já ter havido a destituição por justa causa). Aduzem ainda que foi lograda a tutela

1511

Agravo de Instrumento nº 10459/2005 — Acórdão

Antecipada, não tendo sido considerada pelo juízo a ilegitimidade ativa “ad causam” da PREVI, que postula, em nome próprio, direito alheio, no caso, do Fundo de Investidores, e que segundo a decisão agravada, teria a natureza jurídica de “condomínio”, quando se trata de sociedade comercial. Igualmente foi ignorada a impossibilidade de antecipação da tutela em ações declaratórias ou constitutivas, consoante a jurisprudência invocada, além de não haver prova inequívoca dos fatos, que são amplamente controversos, estando ausente também a verossimilhança do direito alegado, partindo a decisão em causa, de premissas equivocadas (fls.23 a 27), inclusive de que se trata de autocontrato e de conflito de interesses (fls.28 a 31).

Salientando a ausência dos requisitos para o deferimento da medida, requerem a reforma da decisão agravada, e a concessão de efeito suspensivo ao recurso. Anexaram documentos, formando os mais de sete volumes que compõem os autos.

As informações foram prestadas às fls.1497 a 1501, sendo indeferida a suspensividade, pela decisão irrecorrida de fls.1503 a 1505.

As contra-razões estão acostadas às fls.1514 a 1529 e 1783 a 1788, sendo atendido às fls.1792 e 1794/1795, o despacho da Relatora, de fls.1790v, no sentido de as agravantes se pronunciarem sobre a permanência do interesse recursal.

É o Relatório.

1512

Confira-se a fundamentação:

O Agravo de Instrumento não merece provimento, apresentando-se incensurável a decisão agravada, que sob sólidos fundamentos, que devem integrar o presente voto, na forma regimental, deferiu a antecipação da tutela, nos autos da demanda em que contendem as

partes, não resultando de sua manutenção, os alegados danos irreversíveis à parte agravante.

Afasta-se de pronto, assim como o fez a doutra Juíza “a quo”(fls.1424), a argüição de ilegitimidade ativa “ad causam” da PREVI.

Agravo de Instrumento nº 10459/2005 — Acórdão

(fls.15), sendo a mesma quotista do Fundo Nacional, ostentando a condição de condômina que lhe permite exercer todos os direitos sobre a coisa comum, como expresso nas contra-razões, às fls.1786, com invocação aos dispositivos legais pertinentes. Não se perfilha, “data venia” a tese defendida por alguns ilustres doutrinadores, quanto a terem os Fundos a natureza jurídica de sociedade comercial (fls.16), ao que se contrapõe o entendimento derivado da legislação que rege a matéria e que não se encontra ultrapassado, como se verifica das considerações expostas em parecer recente da CVM, sobre os Fundos de Investimentos e atividades de Private Equity (fls.1627).

1513

‘ O argumento de que se apresenta incabível a concessão da medida, em sede de ação declaratória ou constitutiva, não se sustenta, uma vez que o art.273 do CPD, que dispõe sobre a matéria e que se constitui em grande inovação processual, não faz qualquer distinção, não sendo prevalente na doutrina e na jurisprudência o entendimento propugnado pelas agravantes, como se constata de fls.1521/1522, podendo a tutela antecipatória “ser concedida em causas envolvendo direitos patrimoniais ou Não patrimoniais (STF-2º Turma-REsp 144656-ES-Relator Ministro ADHEMAR MACIEL).

Ao contrário do que sustentam ao empenho os agravantes, encontram-se presentes, na hipótese, os requisitos para a concessão da providência requerida, consoante a fundamentação da decisão agravada, revelando a análise acurada da matéria, e reiterada nos informes, em especial ao que se concerne autocontrato, redundando no conflito de interesses, que consoante o já mencionado parecer da CVM, acostado por cópia às fls.1618 a 1650, ensejaria a anulação de Acordo, uma vez que o chamado contrato consigo mesmo implicaria na perpetuação do administrador, contra a vontade dos representados, na gestão dos Fundos, constituindo-se em causa de anulação do negócio jurídico (art.117 do Código Civil — fls.1428 a 1433).Como sintetizado pelos agravados, através do “autocontrato” celebrado pelo Opportunity, como mandatário dos Fundos (arts.6º e 7º do Regulamento do Fundo),

Agravado de Instrumento nº 10459/2005-Acórdão

mesmo destituído da administração, continuaria com o poder de votar nas empresas geridas pelo Fundo Nacional, de acordo com seu exclusivo interesse, “faltando com os deveres de fidedelidade e diligência”.

1514

Nem mesmo se faz necessária a invocação (que seria acoimada de simplista), da Súmula 59 deste Tribunal, para confirmar decisão em causa, uma vez presentes os pressupostos legais, sem restrições, através da motivação deduzida, que não comporta maior extensão, para obviar o prejulgamento da causa principal. Cabe acrescentar, somente, não se revestir de cunho jurídico assertiva feita pelos agravantes, de que a pretensão deduzida na demanda consiste em “deplorável tentativa de rasteira” (fls.14, 15 e 37), por parte de anteriores aliados, e “no apagar das luzes do investimento”, tudo não passando, segundo expressam, de um fim de jogo (fls.14, item 28 e 15, item 32). Tal afirmação deixa entrever que a preocupação dos agravantes em manter o indigitado Acordo, passa ao largo do interesse de milhares de acionistas minoritários e pensionistas dos Fundos e que seria, como no dito popular, “apenas um detalhe”, em confronto com o das participações nos negócios, envolvendo vultosos recursos e no compartilhamento do prêmio de controle (“control premium”) dos investimentos, pelos quais se digladiam as partes, apoiando-se em pareceres de eminentes juristas, desde que, por óbvio, lhes sejam favoráveis.

Pelo exposto, a Câmara, por maioria, nega provimento ao Agravo de Instrumento, vencida a E. Des. LETÍCIA SARDAS, que a ele dava provimento parcial.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2005.

DES^a HELENA BEKHOR

Presidente e Relatora

Ou seja, da rápida leitura do acórdão proferido neste agravo de instrumento, fica fácil afirmar que o Tribunal não chegou a analisar, sob qualquer aspecto, a questão referente à decadência.

1515

Aliás, repita-se, sequer a relatora usou o termo DECADÊNCIA na ementa, no relatório ou na fundamentação do seu voto.

Agora, cabe aqui um interessante parêntese para examinar, com cuidado, a questão referente aos embargos de declaração que foram interpostos em face deste acórdão que não usou, sequer uma vez o termo DECADÊNCIA.

A norma processual refere-se a três defeitos do pronunciamento judicial denunciáveis mediante embargos de declaração: obscuridade, contradição e omissão.

A indicação de obscuridade visa impedir a falta de clareza, que é o defeito capital de qualquer decisão judicial.

Para JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: 3

Há omissão quando o tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitados por quaisquer das partes ou examináveis de ofício (v.g incompetência absoluta do juízo aquo: art.113), ou quando deixa de pronunciar-se acerca de algum tópico da matéria submetida à sua deliberação, em causa de sua competência originária, ou obrigatoriamente

submetida ao duplo grau de jurisdição (art. 475), ou ainda mediante recurso, inclusive quanto a ponto acessório, como seria o caso de condenações em despesas processuais e honorários advocatícios (art.20), ou de sanção que se devesse impor (por exemplo, as previstas no art. 488, nº II, e no art. 529) .

Verifica-se a contradição quando no acórdão se incluem proposições entre si inconciliáveis.

3 Obra citada , pág. 552.

1516

Os embargos de declaração são apreciados no mérito quando o órgão judicial diz que não existe a apontada obscuridade, contradição ou omissão, como quando reconhece o defeito e a supre.

A distinção é relevante, vez que, quando o órgão judicial diz que não existe o apontado defeito, resta mantida, integralmente a decisão embargada.

Se, no entanto, o órgão judicial reconhece o defeito, o novo pronunciamento proferido nos embargos integra a anterior decisão e, como destacado por BARBOSA MOREIRA: 4

“Na hipótese de obscuridade, realmente, o que faz o novo pronunciamento é só esclarecer o teor do primeiro, dando-lhe a interpretação autêntica”.

“Havendo contradição, ao adaptar ou eliminar alguma das proposições constantes da parte decisória, já a nova decisão altera, em certo aspecto a anterior”.

“E, quando se trata de suprir omissão, não pode sofrer dúvida que a decisão que acolheu os embargos inova abertamente: é claro, claríssimo, que ela diz ai mais do que a outra” .

Voltemos aos fatos ocorridos no julgamento dos dois embargos de declaração interpostos em face do acórdão que, por maioria, decidiu as questões colocadas no agravo de instrumento nº 2005.002.10459, ressaltando, mais uma vez, que o acórdão embargado não utilizou sequer uma vez o termo decadência.

Bem, os dois embargos de declaração foram rejeitados, ou seja, o órgão judicial disse que não existia obscuridade, contradição ou omissão, logo, não houve qualquer alteração na decisão embargada.

4 Obra citada , pág. 559.

1517

Melhor explicando, se o órgão judicial disse que não existia obscuridade, contradição ou omissão na decisão embargada, à evidência, prevaleceu integro o voto que não se referiu ao

termo decadência na EMENTA, no RELATÓRIO e na FUNDAMENTAÇÃO.

Ressalte-se que, ao rejeitar os declaratórios o julgador não pode falar o que não disse antes.

Se não há defeito, não há integração. Tudo estava dito, e bem dito!

Importante notar que são idênticas as ementas dos dois embargos de declaração, restando claro, claríssimo, que o novo pronunciamento não disse mais do que o outro.

“EMENTA:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO — Agravo de Instrumento — Ação declaratória de nulidade de aditivo e Acordo de Acionistas — Manutenção, por maioria, da decisão agravada, concessiva da antecipação da Tutela — Inexistentes as apontadas omissões e obscuridade no acórdão embargado, rejeitam-se os embargos de declaração, interpostos com o intuito de prequestionamento e que não comportam o reexame da matéria, para alteração do julgamento, através da inadequada via eleita”.

Ocorre que, por um lapso de memória, ao proferir voto nos primeiros de declaração, talvez induzida em erro, esquecendo que estava rejeitando os embargos pela inexistência de omissões e obscuridade, a Culta Relatora, de forma tímida, sem enfrentar a questão, disse que de igual modo não se constata as apontadas omissões quanto a arguição de decadência, da qual cuidou expressamente a decisão agravada, cujos fundamentos, por sua juridicidade e precisão, consoante assinalado no acórdão, às fls. 1801, penúltimo parágrafo, passaram a integrá-lo, na forma de permissivo regimental, resultando na inexistência de omissões a serem supridas ou obscuridade a ser aclarada no decisum colegiado.

1518

Ora, consta do penúltimo parágrafo de fls. 1801 indicado pela Relatora: “O Agravo de Instrumento não merece provimento, apresentando-se incensurável a decisão agravada, que sob sólidos fundamentos, que devem integrar o presente voto, na forma regimental, deferiu a antecipação da tutela, nos autos da demanda em que contendem as partes, não resultando da sua manutenção, os alegados danos irreversíveis à parte agravante”.

Vale o lembrete. O primeiro acórdão, nem mesmo do supracitado penúltimo parágrafo de fls. 1801, nada falou sobre a decadência ! ! !

O que disse é que são sólidos os fundamentos para o deferimento da tutela antecipada e que, portanto, os adotou, na forma regimentalmente autorizada.

Nada mais !

Para que não se diga que há omissão no presente julgamento e, já que destacadas as incoerentes e falaciosas teses utilizadas pelos agravados para mais uma vez deturpar a verdade dos fatos desta causa, resta agora conferir a equivocada conclusão que os agravados tiraram do julgamento do sexto agravo de instrumento, que tem o nº 2005.002.21328.

5 º AGRAVO DE INSTRUMENTO N º 2005.002.21328

AGRAVANTE : OPPORTUNITY ASSET MANAGEMENT INC

AGRAVADO 1: INVESTIDORES INSTITUCIONAIS FUNDO

DE INVESTIMENTO EM AÇÕES — FIA

Agravado 2: CAIXA DE PREVIDÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS

DO BANCO DO BRASIL PREVI

RELATORA: DESEMBARGADORA HELENA BECKHOR

Neste sexto agravo de instrumento, a Relatora, desembargadora HELENA BECKHOR proferiu decisão monocrática negando seguimento ao recurso, por manifestamente inadmissível, com fundamento no artigo 557, caput do CPC, nos seguintes termos:

1519

É o sucinto Relatório Decido:

Sem prejuízo do cumprimento integral do despacho do fls. 596, ao qual se adita a determinação da colocação correta das folhas que formam a peça recursal, a partir de fls. 24, e ainda que não tenha se esgotado o prazo para a vinda das informações solicitadas, conheço do pedido formulado pela agravante, para obviar eventual alegação de negativa de prestação jurisdicional, concluindo, mesmo sem os subsídios que poderiam vir dos informes do juízo, por negar seguimento ao recurso, do que resulta ficar prejudicado o pedido de concessão de efeito suspensivo ao mesmo.

Insurge-se a agravante contra a decisão que se encontra por cópia às fls. 140 a 177, deferitória da antecipação da tutela e que, como a própria recorrente não pode deixar de admitir, já foi alvejada por anteriores Agravos de Instrumento, um dos quais, o de n º 10459 de 2005, interposto por outra litisconsorte, foi julgado em 13 de setembro próximo passado, sendo negado provimento ao recurso, por maioria vencida e e. Dês. LETÍCIA SARDAS.

É de elementar sabença, “data venia”, que o julgamento proferido pela Câmara, já proclamado publicamente, encerrando o ofício jurisdicional no que concerne ao processo julgado (à exceção da eventual interposição de embargos de declaração), substitui a decisão recorrida, no que foi objeto de recurso, consoante os claros termos do art. 512 do CPC, o que torna inteiramente despicienda a argumentação deduzida pela agravante no sentido de que questões , como a arguição de decadência , dentre outras, restaram sem apreciação. Além disso, considerando que ao voto majoritário foi integrada a fundamentação da decisão agravada, que cuidou expressamente de todas as mencionadas questões (fls. 159 a 168), ecoam no vazio os argumentos através dos quais busca a agravante ressuscitar a matéria julgada por completo, quando ostenta a condição de litisconsorte necessário, sobre o mesmo se estendendo os efeitos

de “decisum” colegiado (art. 47 do CPC).

No afã de sustentar a procedência da pretensão recursal, esquece-se a agravante de que “o julgamento no recurso desenvolve seus efeitos retroativamente, como se tivesse sido pronunciado em lugar da decisão recorrida, ocupando assim seu posto” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VII, pág.111/112, SÉRGIO BERMUDEZ).

1520

Registre-se, por pertinente, que também o Agravo de Instrumento (nº 10568/05) interposto por outros litisconsortes contra a decisão proferida nos Embargos de declaração foi submetido a julgamento na sessão do dia 20.09.05, não sendo conhecido, por maioria, restando vencida a Des. LETÍCIA SARDAS. Como a questão controversa deve ser solucionada de modo idêntico para todos os litisconsortes, sob pena de, afrontando o mencionado dispositivo legal, consagrar-se a instabilidade dos julgamentos e comprometer-se a segurança jurídica das partes, apresenta-se flagrante o descabimento do presente Agravo.

Não bastasse tal motivação, para inadmitir -se o recurso em tela, por já julgada, reitere-se, a pretensão nele contida, apesar da abordagem feita a temas que sustenta não terem sido apreciados, há que se mencionar a inclusão indevida, no pleito recursal, de matéria que nitidamente extrapola os limites da decisão recorrida, qual seja a concernente à marcação de Assembleia Geral Extraordinária da BRASIL TELECOM S/A, para o próximo dia 30. Tal pessoa jurídica sequer é parte na demanda em que contendem ferrenhamente as partes, tendo sido noticiado em outros recursos envolvendo integrantes do Grupo Opportunity e os agravados, o proferimento de decisão do STJ, em Conflito de Competência suscitado pelo FIA, fixando o Juízo Federal como competente para julgar as medidas cautelares que tenham por objeto a administração da cadeia societária da mencionada empresa.

Pelo exposto e ao abrigo do art. 557, “caput” do CPC, nego seguimento ao Agravo de Instrumento, por manifestamente inadmissível, ficando prejudicado o pedido de efeito suspensivo.

Comunique-se. Intime-se.

Desta monocrática decisão foram interpostos embargos de declaração que restaram desprovidos por maioria, ou seja, por maioria manteve-se a decisão monocrática que negou seguimento ao sexto agravo de instrumento (nº 2005.002.21.328).

1521

Destaque-se que a decisão monocrática que negou seguimento ao sexto agravo de instrumento aplicou o artigo 512 do Código de Processo Civil, afirmando que o julgamento proferido pela Câmara no agravo de instrumento nº 2005.002.10.459 substituiu a decisão agravada nos termos do artigo 512 do CPC, o que torna inteiramente despicienda a argumentação de que, certas questões, como a argüição de decadência, dentre outras, restaram sem apreciação.

Dispõe a norma processual em comento:



“Art. 512 — O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.”

Discorrendo sobre o âmbito de incidência do artigo 512 do Código de Processual, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA esclareceu, fazendo um paralelo com o texto do artigo 503, que o legislador incorreu em redundância ao se referir ao que tiver sido objeto do recurso, afirmando que seria absurdo cogitar-se de substituição quando não se chegou sequer a analisar, sob qualquer aspecto, a matéria que, no julgamento de grau inferior, constituía objeto da impugnação do recorrente.⁵

Ora, a reprodução da fundamentação do voto proferido pela Dês. HELENA BECKHOR no agravo de instrumento 10459/05 não deixa qualquer dúvida, a relatora sequer usou o termo decadência no seu voto, quer na EMENTA, quer no RELATÓRIO, quer na FUNDAMENTAÇÃO, quer no DISPOSITIVO.

Acrescente-se que foram rejeitados os dois embargos de declaração.

Ou seja, a questão da decadência suscitada pelos autores quando requererem a distribuição da ação por planilha, assim como a decisão de primeiro grau que fixou em 16.10.2003 o termo a quo para o

5 Obra citada, pág. 397

1522

decurso do prazo decadencial, bem como a questão nova que é objeto do agravo de instrumento em julgamento sequer constituíram objeto do voto proferido pela Desembargadora HELENA BECKOR no julgamento do agravo de instrumento 2005.002.10459, por uma única e simples razão: não há na ementa, no relatório, na fundamentação ou no dispositivo o uso do termo decadência.

Fácil compreender que não se pode estender os efeitos do artigo 512 do Código de Processo Civil ao que não foi dito no anterior artigo 512 do Código de Processo Civil ao que não foi dito no anterior julgamento, uma vez, seria absurdo cogitar-se de substituição quando não se chegou sequer a analisar, sob qualquer aspecto, a matéria objeto da impugnação do recorrente.

Depois desta longa explanação, com a detalhada análise de cada um dos anteriores agravos de instrumento, uma única e insofismável conclusão se impõe: apesar dos seis agravos de instrumento interpostos pelos diversos réus, o Tribunal ainda não apreciou a questão suscitada neste agravo de instrumento, logo, repetindo os ensinamentos de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, é absurdo cogitar-se da substituição prevista no artigo 512 do Código de Processo Civil.

Para que futuramente não se venha alegar a ocorrência de omissão, é relevante notar que os artigos 471 e 473 do Código de Processo Civil indicados nas contra razões dos agravados não

tem aplicação ao caso presente.

A disposição inserida no artigo 471 do CPC, segundo lição de ANTONIO CARLOS DE ARAUJO CINTRA, em comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, pág. 316:

“A disposição em exame veda ao juiz, em regra, a revisão e, por conseguinte, o proferimento de nova decisão a respeito de questões já decididas, relativas à mesma lide. Questões relativas à lide são sempre questões de mérito e o juiz só as decide em sentença, de modo que a nova decisão de questões já decididas, ora proibida, seria posterior à prolação da sentença.”

1523

Melhor sorte não assiste aos agravados no que se refere ao instituto da preclusão, expressado no artigo 473 do Código de Processo Civil, por um simples e claro, claríssimo fato: a decadência nunca foi apreciada pelo Tribunal e a nova questão suscitada neste agravo de instrumento ainda não foi decidida.

Acrescente-se que para o juiz não existe preclusão, enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da decisão definitiva (RSTJ 64/156).

Ora, se os seis anteriores agravos de instrumento não chegaram a decidir a questão da decadência e se o voto proferido no agravo de instrumento n^o 10459/2005 sequer usou o termo decadência, não se pode falar em redecidir questão já decidida, por um singelo motivo, nada havia sido anteriormente decidido pelo Tribunal.

Cabe, neste ponto, a análise da nova questão suscitada neste agravo de instrumento, que é a DECADÊNCIA, destacando que a hipótese é de norma cogente, de ordem pública, e que a ação proposta pelos agravados é de nulidade de negócio jurídico concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, tendo sido suscitada a ocorrência da decadência, com amparo no artigo 119 e parágrafo único do novo Código Civil Brasileiro.

Dispõe o artigo 119 do Código Civil:

“Art. 119 — É anulável o negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado, se tal fato era ou devia ser do conhecimento de quem com aquele tratou.

Dispõe o parágrafo único do artigo 119 do Código Civil:

“Parágrafo único — É de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da conclusão do negócio ou da cessação da incapacidade, o prazo de decadência para pleitear-se a anulação prevista neste artigo.”

1524

Sabe-se que a decadência é o perecimento do direito, em razão de seu não exercício em um prazo determinado.⁶

O fundamento da decadência é não ter o sujeito utilizado de um poder de ação, dentro dos limites temporais estabelecidos à sua disposição.

Destaque-se que a decadência é criada não só por motivo, mas no interesse também da ordem pública, podendo ser decretada até mesmo ex officio.

Acrescente-se que a decadência opera de maneira fatal, não admitindo suspensão ou interrupção.

Ora, a pretensão dos autores é a declaração de nulidade do aditivo do negócio jurídico, com fundamento no artigo 119 do Código Civil Brasileiro, logo, como já consolidado nos autos, está submetido ao prazo decadencial estabelecido no parágrafo único do artigo 119 do Código Civil.

E o que fez a decisão agravada ?

Aplicou o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, afirmando que apesar de terem os autores confessado que tomaram conhecimento da existência de um aditivo a acordo de acionistas em 14/10/2003, seu conteúdo somente foi revelado em 16/10/2003, quando o 1º autor recebeu o documento redigido em língua inglesa , pois, na publicação da existência do fato relevante, não foi divulgado o conteúdo do documento.

Com este malabarismo, abandonou-se a data da publicação do fato relevante e salvou-se a ação proposta em 13.04.2004 afirmando a decisão agravada que antes de conhecer o conteúdo do documento não poderia ter início o prazo decadencial, pela simples razão de não ter nascido ainda o direito protestativo de buscar a anulação do ato.

6Cf. Instituições do Direito civil — editora Forense — Vol .1, Caio Mario da Silva Pereira . 19º, edição, 199, pág. 440.

1525

Aceitando a argumentação dos ora agravados, restou expressamente fixado no dia 16/10/2003 – data em que os autores tomaram conhecimento do conteúdo do aditivo, nascendo o direito potestativo de buscar a anulação do ato -, o termo inicial da fluência do prazo decadencial.

Ocorre que, posteriormente, quando já se encontrava a lide em fase que possibilitava a prolação de sentença, foi determinada a integração da lide com a citação dos demais litisconsortes necessários e unitários.

Relembre-se que a decisão judicial de primeiro grau reconhecendo a existência de litisconsórcio necessário e unitário foi proferida em 21 de fevereiro de 2005.

A publicação ocorreu em 28 de fevereiro de 2005, precluindo, vez que não foi interposto qualquer recurso.

Na mesma data da publicação, 28 de fevereiro de 2005, os autores emendaram a inicial, incluindo no polo passivo da demanda e requerendo a citação dos demais litisconsortes necessários e unitários.

Ora, estando a ação fundada no conflito de interesses entre representante e representado, com expressa indicação do artigo 119 do Código Civil Brasileiro, e se o juízo reconheceu, posteriormente, que se trata de litisconsórcio passivo unitário e necessário, os autores não utilizaram o poder de ação, dentro dos limites temporais estabelecidos à sua disposição no parágrafo único do artigo 119 do Código Civil Brasileiro.

Cabe aqui um parêntese, para recordar que os autores acolheram a decisão judicial que determinou a integração dos litisconsortes necessários e unitários e ofertaram aditamento à inicial em 28 de fevereiro de 2005, incluindo no polo passivo os litisconsortes unitários e necessários, cumprindo a regra contida no artigo 47 do Código de Processo Civil:

1526

“Art. 47 — Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.”

Bem, a fascinante lição que ora passamos a analisar foi colhida na excelente obra denominada LITISCONSÓRCIO (um estudo sobre o litisconsórcio comum, unitário, necessário, facultativo) — Doutrina e Jurisprudência, de CANDIDO DINAMARCO, publicada pela Editora Revista dos Tribunais — 2ª edição, São Paulo — 1986.

Sabe-se que o litisconsórcio é um fenômeno que se situa, basicamente, na teoria do processo, porque é o modo de ser deste que se afeta e apresenta conotações peculiares quando, em vez de um autor e um réu apenas, três ou mais são as partes em liça.⁷

Doutrinadores de renome tais como CHIOVENDA ⁸, CALMON DE PASSOS ⁹ e AMARAL SANTOS¹⁰ tem afirmado que nas variadas situações em que o litisconsórcio é admitido, têm-se em vista a economia processual e a harmonia dos julgados.

Na observação da influência destes dois princípios (economia e harmonia), as diversas espécies de litisconsórcio apresentam, no entanto, due tipi estremi, ora com grande preponderância de um, ora com relevância quase exclusiva de outro.¹¹

No litisconsórcio necessário de modalidade unitária, que é a hipótese que nos interessa, ficam praticamente na sombra as razões de economia, pois o que leva o legislador a exigir a formação do processo com dois ou mais autores ou réus e vedar o tratamento diferenciado entre os litisconsortes é a incindibilidade de certas situações de direito substancial, que estão a reclamar por solução homogênea para todos os seus sujeitos.¹² (grifamos)

⁷ Cf. pág. 16

8 Princípios, § 88, II, pág. 1.075

9 Do litisconsórcio — n. 5, pág. 12

10 Primeiras Linhas, II, n. 307, pág. 7

11 Litisconsórcio, de CANDIDO DINAMARCO, pág. 37

12 idem

1527

Vale lembrar que unitariedade significa que a relação jurídica substancial posta em juízo comporta apenas uma solução para todos os seus sujeitos, pouco importando, para os fins do regime do litisconsórcio (unitariedade), que ele seja também necessário e repetindo, literalmente, CANDIDO DINAMARCO:

“Ora, a solução a ser dada em casos assim é que há de ser invariavelmente uma só embora dois ou mais os autores ou réus, só pode vir contida num provimento jurisdicional também único; e não se trata aqui de uma unidade meramente formal representada pela coincidência dos pronunciamentos em dado ponto do procedimento, no mesmo contexto escrito ou verbal, mas também de verdadeira unidade jurídica”¹³

O estudo da unitariedade do litisconsórcio, até aqui realizada, prepara e permite o entendimento de outro fenômeno, que com aquele não se confunde, mas a ele está intimamente ligado: o litisconsórcio necessário.

Já não se trata de conhecer os casos e formas do julgamento uniforme e coerente para todos os co-litigantes, mas de determinar as regras que conduzem à indispensável presença de duas ou várias pessoas como autores ou como réus no processo.¹⁴

A boa doutrina brasileira tem, repetidamente, dado explicação aos dois fenômenos, afirmando que para se distinguir o litisconsórcio unitário do necessário pode-se dizer que é, a um só tempo, causa e efeito.

Nesse sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“... a indispensabilidade da solução uniforme é, a um só tempo, causa e efeito: causa do regime do litisconsórcio e efeito de uma outra causa, que é a natureza especial da relação jurídica que constitui a “res in iudicium deducta”.

13 Pág. 45

14 Pág. 112

1528

O impasse está formado!

Tratando-se de litisconsórcio necessário que também esteja incluído na modalidade unitária, enquanto não integrados todos os legitimados indispensáveis, a própria demanda não estará ainda completa.

Decorrido o prazo decadencial para utilização do poder de ação, já não pode a ação ser proposta contra novo réu, como claramente se depreende da vasta jurisprudência colhida no Código de Processo Civil de THEOTONIO NEGRÃO, Editora Saraiva, 30ª edição, pág. 269/270:

“É indispensável, para a formação do litisconsórcio passivo necessário, a citação de “todos aqueles que participaram da ação onde foi proferida a decisão rescindenda. E tendo de há muita se exaurido o decurso do prazo decadencial para as litisconsortes não citadas, inútil é a citação. Extinção do processo da ação rescisória. (STJ — 2ª. Turma, Resp 8.689-0-MG, rel. Min. José de Jesus Filho, J. 2.12.92, não conheceram do recurso, v.u., DJU 1.2.93, p. 454).”

“ Para que o direito tenha-se como exercido no prazo, necessário que, antes de findar, seja determinada a citação (CPC, art. 219, § 1º , combinado com 220). Admite-se como oportuno o ajuizamento da ação caso tenha o autor tudo o que lhe cabia, antes de exausto o prazo. Hipótese em que isso não ocorreu, uma vez que a inicial deve de ser emendada, após o término do prazo.” (STJ — 3ª. Turma, Resp 15.354-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 4.2.92, não conheceram, v.u., DJU 9.3.92, p. 2.577).”

“Se o despacho ordenando a citação é proferido no prazo, mas sobrevém aditamento da inicial. Já fora desse prazo, para inclusão do verdadeiro réu, consuma-se a prescrição ou a decadência (RT 493/165, JTA 43/156).”

1529

“Consuma-se, porem, a prescrição ou a decadência se, por culpa do autor a citação não é determinada ou não ocorre no prazo, como, p. ex., se deixa de juntar com a inicial documento indispensável (RSTJESP 113/445), ou não junta procuração, nem indica o endereço do réu (RTJ 121/32 e STF-RT 609/207)”

“Conquanto intentada a ação no prazo de lei, a demora na citação justifica o acolhimento da arguição de decadência, quando por motivo atribuível ao autor. Caso em que, tendo proposto a ação no último dia do prazo, o autor não providenciou a citação do réu, no prazo que requerera e lhe fora deferido pelo relator. Decadência pronunciada pela Seção, com extinção do processo.” (RSTJ 39/17).

Na solução do impasse resta evidenciado que, tratando-se de litisconsorte necessário e unitário, o decurso do prazo decadencial impossibilita a regularização da relação processual e, como se trata de relação jurídica incindível, não se pode considerar proposta a demanda que não se dirigiu contra todos réus.

A questão não é nova, estando consolidada em fortíssimos precedentes, quando da análise da singular hipótese concorrência destes dois fatores: decadência e litisconsórcio unitário e necessário.

Vale conferir:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. LEI. SUPRESSÃO DE VANTAGEM — LEI 11.950/93. ATO DE EFEITO CONCRETO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. LITISCONSORTES VOLUNTÁRIOS. ORDEM CONCESSIVA QUANTO A UM DOS IMPETRANTES. SITUAÇÃO RESGUARDADA.

A Lei nº 11.950/93, ao revogar disposições anteriores, modificando a forma de cálculo da Gratificação de Tempo de Serviço, é ato de

1530

efeito concreto, devendo ser considerada decadente a ação mandamental que deixa de ser impetrada no prazo de 120 dias, como na hipótese. A decadência, por cuidar-se de matéria de ordem pública, pode ser reconhecida a qualquer tempo, em sede de recurso ordinário, mesmo ex officio. Considerando a proibição do reformatio in pejus e que os litisconsortes voluntários são considerados litigantes distintos e que “os atos e omissões de um não rejudicarão nem beneficiarão os outros” (art. 48, CPC), a extinção do mandamus em razão da decadência somente alcança os ora recorrentes, ficando devidamente resguardada a situação do impetrante que obteve a concessão da ordem no Tribunal de origem. Precedente. Mandado de segurança extinto nos termos do art. 269, IV. CPC.

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, julgou extinto o recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer. RMS 16295 / GO : RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 2003/0064544-2 MIN. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA T5 — QUINTA TURMA, J. 03/03/2005, DJ 28.03.2005 P.290.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE

LITISCONSORTE NECESSÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO. EIS QUE ESGOTADO O PRAZO DECADENCIAL.

1. O réu da ação em que se proferiu o acórdão rescindendo é parte passiva indispensável na ação rescisória do respectivo julgado. Proposta a rescisória contra o assistente litisconsorcial, o réu, assistido, deve figurar como litisconsorte passivo necessário.

2. Decorrido o prazo decadencial para interposição da rescisória (CPC, art. 495) já não pode a ação ser proposta contra novo réu, sendo, conseqüentemente, impossível a regularização da relação processual nos termos do disposto no art. 47 do CPC.

3. Processo extinto sem julgamento do mérito (art. 267, IV, do CPC). Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar extinto o processo, nos termos do voto do Sr. Ministro relator. Os Srs. Ministros Castro Meira (Revisor), Denise Arruda, Francisco Peçanha Martins, José Delgado, Franciulli Netto, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

1531

AR 2009 /PB: AÇÃO RESCISÓRIA. 2001/0145980-4, MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, S1 — PRIMEIRA SEÇÃO, J. 14/04/2004, DJ 03.05.2004 P. 86, REVFOR vol. 378 p.266.

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. OCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA DA AÇÃO. EXTINÇÃO.

1. Na ação rescisória é indispensável a citação de todas as partes que figuraram no pólo ativo da ação originária cujo julgado se pretende desconstituir.
2. Não sendo demandada, e conseqüentemente citada, uma das partes que foi co-autora na ação originária, fica caracterizada a inexistência do litisconsórcio passivo necessário, ocorrendo a decadência em virtude do transcurso do prazo previsto no art. 495 do Código de Processo Civil.
3. Ação rescisória julgada extinta.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar extinta a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Fontes de Alencar, Vicente Leal, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido e Jorge Scartezzini votaram com o Sr. Ministro Relator.

AR 505 / PR: AÇÃO RESCISÓRIA. 1996/0022146-4, Rel. MIN. PAULO GALLOTTI. Revisor Ministro FONTES DE ALENCAR, S3 — TERCEIRA SEÇÃO, j. 12/02/2003, DJ 13.10.2003 p. 225.

Uma única e insofismável conclusão se impõe: encontra-se comprovado o fato novo argüido nas razões iniciais deste recurso.

Decorreu o prazo decadencial, uma vez que os autores, depois de conhecerem o conteúdo do aditivo, tomando conhecimento que o fato criado pelos réus configurava conflito de interesses entre representante e representado, deixaram escoar o prazo de 180 dias previsto no parágrafo único do artigo 119 do Código Civil Brasileiro, sem utilizar, por inteiro e contra todos os integrantes da relação jurídica, o direito potestativo de buscar a anulação do ato.

1532

Não se pode cindir a relação processual, assim como não se pode cindir o prazo decadencial.

Aliás, no dizer do respeitado professor LUIS ROBERTO BARROSO, em parecer sobre o tema deste curso:

“Quando à decadência, o tema foi suscitado pelos próprios autores. Com efeito, o parágrafo único do art. 119 do Código Civil de 2002 prevê que o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio concluído pelo representante em conflito de interesses com o representado é de 180 dias. Os autores afirmam que o termo inicial desse prazo seria 16.10.2003, de modo que ele teria se encerrado em 13.04.2004.

“Em 23.02.2005, porém, a autoridade judicial verificou a existência de litisconsórcio passivo necessário e unitário com outras empresas e determinou a emenda da inicial (a decisão foi publicada em 28.02.2005); os autores anteciparam-se à decisão e tomaram, em 26.11.2004, a providência que veio a ser determinada. Na realidade, portanto, a ação em tela apenas pode ser considerada proposta nesta última data, quando o prazo decadencial referido já havia se esgotado há vários meses. Mesmo porque, ainda que não tivesse ocorrido a decadência relativamente aos réus originários, ela sem dúvida se verificou em relação aos demais, comunicando-se a todos já que se trata de litisconsórcio passivo necessário e unitário.”

POR TAIS FUNDAMENTOS, voto no sentido de rejeitar a preliminar de inadmissibilidade do recurso, conhecendo e dando provimento ao Agravo de Instrumento, para declarar a ocorrência da decadência, nos estritos termos do parágrafo único do artigo 119 do Código Civil Brasileiro.

Em consequência, julgo extinta a pretensão formulada no processo nº 2004.001.038949-7, com julgamento de mérito, na forma do inciso IV do artigo 267 do código de Processo Civil, condenando os autores (agravados) ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 20% (vinte por cento) do valor da causa, conforme o estipulado no 3º artigo 20 do Código de Processo Civil.

1533

Como decorrência lógica da extinção da ação originária, é imperioso o retorno das partes ao status quo ante, com a revogação da decisão que concedeu antecipação de tutela de mérito e a anulação de todos os atos e todos os efeitos dela decorrentes.

Oficie-se, imediatamente, ao julgador monocrático remetendo cópias desta decisão e comunicando a extinção do processo com julgamento do mérito.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2006.

DES. LETÍCIA SARDAS

PRESIDENTE / RELATORA

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2006-abr-19/leia_decisao_favor_opportunity_disputa_brt/