

O DIREITO DO RÉU À DURAÇÃO RAZOÁVEL NO PROCESSO CIVIL

Renato Castro Teixeira Martins¹

1. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O *tempo* é uma preocupação constante no estudo do processo, onde a demora na prestação jurisdicional gera prejuízos materiais e morais às partes em conflito, além de desperdício de recursos do Poder Judiciário e de trabalho de todos aqueles que de qualquer forma estão relacionados ao processo. O tempo é um *fator de corrosão dos direitos* e é necessário que o sistema ofereça meios de combate à força corrosiva do *tempo-inimigo*.²

A simples tramitação do processo gera incômodos e diminuição patrimonial, esta última causada, por exemplo, pela contratação de advogados e pela produção de provas difíceis e custosas. Impõe o abandono de negócios urgentes, que perecem para atender às necessidades da demanda e para possibilitar o comparecimento às audiências. Enfim, a demora gera repercussão material e moral mais ou menos intensas, que apenas parcialmente serão reparadas na sentença.³ Por isso é que o Código de Processo Civil impõe dentre os deveres do juiz o de “velar pela rápida solução do litígio” (art. 125, II).

A demora na prestação jurisdicional, aliada à falta de efetividade dos provimentos judiciais, causa aquilo que a doutrina denomina de *dano marginal*,⁴ ou seja, a frustração, a não fruição do direito pela parte que tem razão em decorrência da morosidade da Justiça.⁵

1 Mestre e especialista em direito processual civil (PUC/SP) e juiz de direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

2 Expressões utilizadas por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO em *Nova era do processo civil*, 1ª ed., 2ª. tiragem. – São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 55.

3 Cf. AMERICANO, JORGE. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1932, p. 50.

4 *Apud* MARINONI, LUIZ GULHERME. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*, 5. ed. rev., atual. e ampl. da obra Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. – São Paulo: RT, 2002, p. 21.

5 Cf. HOFFMAN, PAULO. *Razoável duração do processo*. – São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 179. A expressão

O procedimento ordinário foi adotado como modelo básico para a solução judicial de conflitos. Mas é extremamente moroso e, além disso, a cognição ampla e a possibilidade de utilização de todos os meios de defesa geram uma infinidade de incidentes e recursos. Ocorre que a evolução das relações sociais não mais admite a demora na prestação jurisdicional, que, em última análise, gera o desprestígio do Poder Judiciário.

Daí porque, conforme destaca a doutrina, o que atualmente se verifica nos sistemas de tradição romano-canônica é uma verdadeira demonstração de superação do procedimento ordinário, tendo a tutela urgente se transformado em técnica de sumarização e, conseqüentemente, em remédio contra a ineficiência deste procedimento.⁶ Por isso é que se tornou comum no dia a dia do foro – principalmente antes das reformas do Código de Processo Civil que deram novos contornos aos artigos 273 e 461 – a utilização das ações cautelares como forma de solução de conflitos, à míngua de procedimentos típicos de cognição plena e exauriente que resolvessem com eficiência determinadas situações urgentes.

Ocorre que o procedimento ordinário faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor – ao menos em princípio –, como se este fosse o culpado pela demora inerente à cognição dos direitos. O estabelecimento do procedimento ordinário como o mecanismo padrão de tutela dos direitos ignora completamente o que se verifica na realidade social e no plano do direito substancial, pois nestes há *direitos evidentes* e *não evidentes* e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria.⁷ Dessa forma, a demora costuma beneficiar o réu que não tem razão.⁸

A Constituição Federal de 1988 reproduziu no seu texto a maior parte dos direitos fundamentais estabelecidos na *Convenzioni Per La Salvaguardia Dei Diritti Dell'uomo E Delle Libertá Fondamentali*, subscrita em Roma em 04.11.1950 e pro-

dano marginal costuma ser atribuída a Ítalo Andolina. Contudo, ela já vinha sendo utilizada pela doutrina ao menos desde 1926, por Enrico Finzi, (Rivista di Diritto Processuale Civile, vol. III – parte II, anno 1926. – Pádova: CEDAM, 1926, p. 49-50).

6 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Direito à tempestividade da tutela jurisdicional*, GENESIS – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, vol. 17, julho/setembro de 2000, p. 542.

7 Idem, ibidem.

8 Idem, ibidem, p. 544

clamada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 10.12.1948. Curiosamente, não introduziu expressamente no nosso sistema a garantia da *duração razoável do processo*, direito fundamental previsto na Convenção, *verbis*: “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, eqüitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”.⁹

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), subscrita pelo Brasil em 1992, prevê, em seu art. 8º, que cada pessoa tem o direito de ser ouvida por um tribunal competente, independente e imparcial dentro de um *prazo razoável*.¹⁰

As Constituições de México, Portugal, Itália, Argentina, Colômbia e Bolívia já previam expressamente essa garantia em seus textos, ressaltando-se que a primeira é de 1917.¹¹

Apesar da omissão da Constituição de 1988 em relação ao direito fundamental à *duração razoável do processo*, a doutrina já havia identificado essa garantia implícita no art. 5º, XXXV, CF, o que, aliás, nos parece indissociável da ideia de *efetividade*. Kazuo Watanabe destaca que “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inc. XXXV do art. 5º da CF, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa”.¹²

9 A observação é feita por Fabiano Carvalho in *EC n. 45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo / Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004* – coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al]. – São Paulo: RT, 2005, p. 215.

10 “Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal or any other nature”.

11 Cf. GÓES, Gilse Santos Fernandes. *Razoável duração do processo / Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004* – coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al]. – São Paulo: RT, 2005, p. 263-264.

12 Cf. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – arts. 273 e 461 do CPC*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). *Reforma do Código de Processo Civil*. – São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20

O direito fundamental à duração razoável do processo foi inserido expressamente na Constituição Federal de 1988, por meio da emenda nº 45/04, conforme disposto no art. 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Contudo, a simples inserção desse dispositivo, revelando um direito fundamental que já estava implícito no ordenamento constitucional, não vai resolver o problema da morosidade da justiça. Impõem-se alterações legislativas que lhe dêem operacionalidade, com a criação de técnicas processuais mais adequadas às novas realidades sociais. Além disso – e o que nos parece mais importante – é necessária a alteração da mentalidade dos operadores do direito, especialmente dos magistrados e, ainda, um melhor aparelhamento do Poder Judiciário.

O próprio legislador reformista preocupou-se em viabilizar a dimensão garantística da celeridade, conforme se depreende das várias alterações estruturais do Poder Judiciário determinadas pela emenda nº 45, dentre as quais se destacam as seguintes¹³: a) repercussão geral na busca da redução do número de processos, reduzindo-se o número de recursos extraordinários a serem conhecidos; b) súmula vinculante, tornando as decisões mais previsíveis e mais céleres; c) atuação do CNJ; d) atividade jurisdicional ininterrupta, com o fim das férias coletivas; e) distribuição imediata de processos em todos os graus de jurisdição; f) Justiça funcionando descentralizadamente; g) Justiça itinerante; h) possibilidade de delegação de atos administrativos e de mero expediente para os servidores; e i) aumento do número de juízes, proporcionalmente em relação à demanda e à população.

A Constituição não definiu os contornos do que seja um processo que alcance o seu termo em *tempo razoável*. Trata-se de conceito evolutivo, complexo, de caráter argumentativo e que desempenha uma função dialética importantíssima, fundamental para a adequação da expressão às necessidades que surgem em razão da evolução da sociedade e dos meios de solução de conflitos. Seja como for, em se tratando de direito fundamental, sua aplicação é imediata e independe de qualquer norma infraconstitucional para lhe conferir operacionalidade.

13 Cf. TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 33

Além disso, ele impõe uma postura ativa do Estado em todas as suas funções: legislativa, administrativa e jurisdicional. Cabe ao Poder Legislativo editar normas que facilitem a implementação desse direito fundamental, inclusive no âmbito das regras processuais. Ao Poder Executivo cumpre investir recursos em todos os setores que contribuem para agilizar a prestação jurisdicional, mesmo que indiretamente. Destaca-se, como exemplo, o aparelhamento adequado das Defensorias Públicas. Finalmente, cabe ao Judiciário, na seara administrativa, investir na estrutura física dos seus diversos órgãos e promover a qualificação dos servidores e magistrados, em todas as instâncias. E cabe a estes últimos, no campo da atividade jurisdicional, o papel essencial de aplicar as regras procedimentais à luz desse novo preceito constitucional, sempre buscando dentre os caminhos procedimentais possíveis – e não se olvidando das demais garantias – aquele que proporciona a *duração razoável*.

A Constituição Federal de 1988, seguindo a tendência europeia e latino-americana, não prevê a obrigatoriedade de fixação de prazos pelo legislador ordinário para a duração dos processos judiciais, de acordo com os diversos tipos de procedimento.¹⁴

A doutrina reconhece que a *duração razoável do processo*, assim como as *dilações indevidas* a que se refere a Convenção Europeia, são conceitos indeterminados e abertos e, por isso mesmo, “torna-se impossível fixar a priori uma regra específica, determinante das violações à *garantia da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável*”.¹⁵

A *razoabilidade* da duração do processo deve ser analisada caso a caso, levando-se em conta os seguintes critérios¹⁶: a) complexidade da causa; b) número de litigantes; c) natureza do direito litigioso; d) volume de demandas que tramitam perante o respectivo órgão jurisdicional; e) adequação do número de juízes e au-

14 Dentre os países já citados, apenas a Constituição mexicana de 1917 determina que o legislador fixe prazos, conforme se depreende do seu art. 17, *verbis*: “(...) Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y terminus que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial (...)” (grifos nossos).

15 CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Duração razoável do processo* (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal). Em *O processo na Constituição*. MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 326.

16 Sem embargo da existência de outros.

xiliares da justiça; *f*) peculiaridades das partes; *g*) comportamento das partes; e *h*) conduta do juiz na condução do processo.

Assim, um processo que envolve reparação de danos oriundos de acidente automobilístico não pode ter a sua duração comparada com a de uma ação de dissolução de sociedade e apuração de haveres; uma causa em que há vários litisconsortes no pólo passivo provavelmente apresentará algumas dificuldades para a citação de todos os réus, comprometendo a celeridade do processo; a discussão sobre a guarda de um menor exige uma série de cautelas¹⁷ e, ainda, a participação do Ministério Público; um Juízo perante o qual tramitam milhares de processos não tem condições de prestar tutela jurisdicional em tempo adequado, ocorrendo o mesmo quando houver desproporção entre o número de juízes e auxiliares em relação ao número de processos; e processos envolvendo idosos devem tramitar com prioridade (CPC, art. 1.211-A).

A simples existência de técnicas processuais destinadas à solução do problema da morosidade não produz o resultado desejado. É necessário que os magistrados estejam preparados para utilizá-las e efetivamente as utilizem, até porque a lei determina lhes competir “velar pela rápida solução do litígio” (CPC, art. 125, II).

Neste passo, deve ser observado que a *duração razoável do processo* veio acompanhada, nos termos da emenda constitucional nº 45, da preocupação do legislador reformista com a formação e o aperfeiçoamento de magistrados, especialmente ao criar a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, “cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira” (art. 105, parágrafo único, I) e a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (art. 111-A, parágrafo único, I), com as mesmas atribuições, no âmbito da Justiça do Trabalho. A mesma preocupação pode ser vista na *participação em cursos de aperfeiçoamento* como critério de promoção de juízes por merecimento (CF, art. 93, II, c) e vitaliciamento (inciso IV).

Ainda no que diz respeito à conduta do juiz na condução do processo, deve ser observado que o direito fundamental à *duração razoável* potencializa a aplicação de outros princípios processuais, dentre eles os do *aproveitamento dos atos proces-*

17 Eventualmente, a apresentação de pareceres psicológicos, entrevistas com assistentes sociais etc.

suais¹⁸, da ausência de nulidade sem prejuízo¹⁹, da instrumentalidade das formas²⁰, da economia processual²¹, da adaptabilidade procedimental²² e da fungibilidade de meios²³. Afinal, a conservação e o aproveitamento dos atos processuais, ao invés

-
- 18 De acordo com o art. 250, *caput*, do CPC, “o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais”. É dispõe o parágrafo único que “dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa”. Note-se que o legislador determina a observância da forma legal *tanto quanto possível*.
- 19 O § 1º, do art. 249, do CPC, determina que “o ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte”. O § 2º, por sua vez, prevê que “quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.
- 20 Eis a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, “o fenômeno processual sofre intensa influência do mundo exterior. Até mesmo ideias não-jurídicas podem ser validamente utilizadas para compreensão de institutos típicos do processo. A noção de ‘instrumentalidade das formas’ como mecanismo destinado a conferir validade a atos processuais viciados – o que implica valorizar o fim em detrimento da tipificação legal – pode ser comparada à interessante ideia filosófica da permuta civilizatória, segundo a qual o progresso e os ganhos objetivos decorrentes do bem-estar podem representar perda subjetiva da felicidade, mas constituem opção da sociedade. Também em direito processual, entre dois valores – forma o ato processual e objetivo a ser alcançado –, adota-se este último sem qualquer hesitação. Não obstante a forma seja valor importante no processo, pois é garantia de ordem, segurança e liberdade, o rigor formal deve ser abandonado sempre que conflitar com os objetivos do próprio ato, desde que isso não comprometa os outros valores também assegurados pela prévia descrição do modelo legal” (*Efetividade do processo e técnica processual*. – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 58-59).
- 21 CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO afirmam que “se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais” (Teoria geral do processo, 17ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2001, p. 72).
- 22 José Roberto dos Santos Bedaque, ao tratar da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, afirma o seguinte: “nessa visão do direito processual, em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem eficazmente produzidos no plano material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual. Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adaptação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo” (*Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 60). Apesar de este lição tratar da adaptabilidade procedimental tendo em vista as necessidades do direito material, este princípio também deve ser aplicado com o objetivo de dar efetividade às garantias constitucionais do processo, dentre elas a da duração razoável.
- 23 O princípio da fungibilidade deve ser aplicado, de regra, quando houver incerteza sobre qual o meio processual adequado. Contudo, de acordo com José Roberto dos Santos Bedaque, “mais que a incerteza quanto ao meio processual a ser utilizado para o exercício de faculdade ou para o cumprimento de ônus processual, é preciso verificar se o equívoco causou algum prejuízo aos objetivos do instrumento, bem como aos princípios que o informam”. (*Efetividade do processo e técnica processual*. – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122). Contudo, adverte o jurista que “é preciso atentar, ainda, para a possibilidade de má-fé, representada pela opção por meio inadequado quando já preclusa a possibilidade de utilização do correto. Com o objetivo de evitar eventuais abusos, revelam-se muito úteis as noções de ‘dúvida objetiva’ e ‘erro inescusável’” (idem, *ibidem*, p. 123). Teresa Arruda Alvim Wambier ressalta a inconveniência da manutenção de raciocínios rigorosos que aumentam a distância entre os resultados prometidos pelo direito material e os que o processo terá produzido. Afirma também que “a constatação no sentido de que raciocínios mais flexíveis podem levar-nos a melhores soluções, no plano do processo passa necessariamente pelo desprezo da regra no sentido de que ‘não há dois caminhos para levar-se a um mesmo lugar’” (*Fungibilidade de “meios”, uma outra dimensão do princípio da fungibilidade*. Em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. Vol. 4 / coord. Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. – São Paulo: RT, 2001, p. 1.091/1.092). O STJ, por exemplo, vem decidindo reiteradamente que a arguição de incompetência relativa no corpo da contestação constitui mera irre-

da decretação de nulidade e repetição desses atos – ou mesmo do processo –, representa um grande passo para se chegar à tutela jurisdicional em tempo razoável.

Considerando que o direito à duração razoável do processo não é dirigido apenas ao legislador, conforme já anotado, os juízes não podem aguardar de braços cruzados as eventuais reformas legislativas. Ao contrário, tal garantia determina que se busque a aceleração do procedimento à luz das técnicas processuais disponíveis.

2. O RÉU E A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E TEMPESTIVA

Conforme bem lembrado por José Roberto dos Santos Bedaque, “a necessidade de conciliar os interesses opostos das partes e os respectivos mecanismos processuais destinados a protegê-los exige maior reflexão a respeito de determinadas posturas e posições, voltadas exclusivamente para beneficiar um dos pólos da relação processual”.²⁴ Enfim, há muito está ultrapassada a ideia de *processo civil do autor*.

Portanto, deve ser analisada a possibilidade de o réu obter tutela jurisdicional, não apenas nos casos em que a lei lhe faculta a dedução de pretensão no mesmo processo em que é demandado, mas também naqueles em que sua atividade se limita ao oferecimento de resistência à pretensão deduzida pelo autor.

2.1. TUTELA JURISDICIONAL

O Estado ampara os seus cidadãos mediante *tutela jurídica* que, no sentido mais amplo, “é a proteção que o Estado confere ao homem para a consecução de situ-

gularidade. Conquanto o fundamento mais utilizado seja a aplicação da *instrumentalidade* (CC 86.962/RO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe 03.03.2008), incide também nesse caso a *fungibilidade de meios*, até porque são princípios umbilicalmente ligados. Sobre o mesmo assunto, discorrendo sobre *conversão e fungibilidade*, Sidnei Amendoeira Jr. observa utiliza a expressão *fungibilidade de meios* “para incluir essas duas situações diferentes: aquelas em que o sistema, por ação ou omissão, pôs à disposição das partes mais de um meio processual para atingir um determinado fim e também para aqueles casos em que, apesar de inexistir liberdade, diversidade de meios processuais à disposição da parte ou dúvida objetiva, ou seja, mesmo existindo apenas um meio processual adequado para a situação, é possível aproveitar a ato praticado pela parte, convertendo-o no meio adequado ou ignorando a atipicidade por não ser a mesma relevante” (*Fungibilidade de meios*. – São Paulo: Atlas, 2008. – [Coleção Atlas de processo civil / coord. Carlos Alberto Carmona], p. 11)

24 *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 82.

ações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade – seja em relação aos bens, seja em relação a outros membros do convívio”.²⁵

Essa tutela jurídica apresenta-se em dois planos: o da definição de regras reguladoras da convivência e o da efetivação dessas regras. Responsável pelo primeiro plano é a função legislativa; pelo segundo, são responsáveis as funções administrativa e jurisdicional. Estas últimas são essencialmente dinâmicas, porquanto aptas à produção de resultados concretos e efetivos na vida das pessoas; aquela é estática, pois por si só nem sempre se apresenta apta para tal.²⁶

Interessa-nos neste momento a *tutela jurisdicional* entendida como *resultado* da atividade jurisdicional, não podendo, portanto, ser confundida com o *serviço* prestado pelo Estado-juiz.²⁷

De acordo com FLÁVIO LUIZ YARSHELL,

*parece não haver dúvida de que a locução tutela jurisdicional se presta a designar 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.*²⁸

Há doutrinadores que ressaltam o seu aspecto formal – mas sem descurar do seu objetivo –, conceituando tutela jurisdicional como “o conjunto de medidas estabelecidas pelo legislador processual a fim de conferir efetividade a uma situação da vida amparada pelo direito substancial.”²⁹

25 Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela Jurisdicional*, Revista Forense vol. 334, p. 25.

26 Idem, ibidem, p. 27.

27 Idem, ibidem, p. 27.

28 *Tutela jurisdicional*. – São Paulo: Atlas, 1998, p. 28.

29 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*, 4ª ed. rev. e ampl.. – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36. O mesmo autor, em outra obra, mais uma vez privilegiando a forma sem ignorar o *resultado*, lembra que “a tutela jurisdicional se apresenta de várias formas, com conteúdo diverso, tudo em função da natureza do direito a ser protegido. A modalidade de tutela processual depende única e exclusivamente do tipo de proteção de que o direito material necessita. Assim, para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela

Outros, diversamente, preferem a denominação *técnica processual* para definir os *instrumentos* utilizados pelo Estado-juiz para alcançar o *resultado* desejado pelo processo, qual seja a pacificação com justiça.³⁰

A doutrina tradicional costumava apontar a tutela de *direitos* como o escopo do processo, ou seja, este teria a finalidade de *proteger direitos subjetivos*. Isso ocorria porque a questão era analisada sob a ótica da teoria imanentista do direito de ação, ou, se o caso, de acordo com a concretista, e também porque se via o processo como um instrumento apenas à disposição do *autor*.³¹

Ocorre que o nosso sistema adotou a teoria eclética do direito de *ação* e o processo não deve ser visto como um modo de exercício de direitos do autor, mas sim como um instrumento *do Estado* para o exercício da função jurisdicional,³² pouco importando se por trás dele existe ou não algum direito subjetivo a ser reconhecido, a quem quer que seja. Afinal, tem-se como um dos principais escopos do processo a pacificação social com justiça³³, proveniente da solução dos conflitos que

formal de seu direito, mas proteção real, ou seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria” (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 4ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2006, p. 13). Sobre a abrangência do conceito, seguindo essa mesma linha, FLÁVIO LUIZ YARSELL assim esclarece: “Não parece incorreto, contudo, admitir maior abrangência da examinada locução – *tutela jurisdicional* – para com ela designar não apenas o *resultado* do processo, mas igualmente os meios ordenados e predispostos à obtenção desse mesmo resultado. A *tutela*, então, pode também ser dividida no próprio *instrumento*, nos atos que o compõem e bem ainda nos ‘princípios’, ‘regramentos’ ou ‘garantias’ que lhe são inerentes” (op. cit., p. 30-31).

30 De acordo com LUIZ GUILHERME MARINONI, “(...) A sentença e os meios de execução, portanto, são apenas técnicas processuais para uma adequada prestação da tutela jurisdicional. A tutela jurisdicional, quando pensada na perspectiva do direito material, e dessa forma como tutela jurisdicional dos direitos, exige a resposta a respeito *do resultado que é proporcionado pelo processo no plano do direito material*. A tutela jurisdicional do direito pode ser vista como a proteção da norma que o institui. Trata-se da atuação concreta da norma por meio da efetivação da utilidade inerente ao direito material nela consagrado. Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à pré-ordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem” (*Técnica processual e tutela dos direitos*. – São Paulo: RT, 2004, p. 147).

31 DINAMARCO, op. cit., p. 20.

32 Idem, ibidem, p. 20-21. Em outra obra, o mesmo autor ressalta o seguinte: “Na criticada visão estritamente jurídica do fenômeno político que é jurisdição, os estudiosos do processo conformaram-se inicialmente com afirmações extremamente individualistas, ligadas ao sincretismo privatista em que o sistema processual aparece como meio de exercício dos direitos e institucionalmente destinado à sua satisfação. Diziam-se, então, que o escopo do processo era a tutela dos direitos, naquela visão pandectista que colocava a ação como centro do sistema e a descrevia como o próprio direito subjetivo em atitude de repulsa à lesão sofrida. Hoje, reconhecida a autonomia da ação e proclamado o método do *processo civil de resultados*, sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais” (*Instrumentalidade do processo*, 13ª ed., rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2008, p. 180).

33 Sobre o assunto, DINAMARCO destaca que “não se busca o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados; e indispensável, para o cumprimento da função

surtem entre os membros da sociedade, independentemente do reconhecimento de direitos aos seus protagonistas. Até porque o conflito pode residir justamente na existência ou inexistência de algum direito subjetivo.

Portanto, seja sob a ótica do *resultado*, seja sob o aspecto dos *instrumentos* ou, ainda, considerando-se ambos, será outorgada tutela jurisdicional àquele que tiver *razão*, independentemente do reconhecimento – e até mesmo da existência – de algum direito subjetivo. Em outras palavras, também haverá tutela jurisdicional nos casos de improcedência do pedido do autor. Aliás, até mesmo o vencido, de certa forma, recebe uma tutela jurisdicional, na medida em que se definem os limites do justo e do razoável para o seu sacrifício em prol do direito reconhecido ao vencedor.³⁴

2.2. TUTELA JURISDICIONAL A FAVOR DO RÉU

Partindo-se da conclusão alcançada no item anterior, infere-se que ao réu é concedida tutela jurisdicional não apenas nos casos em que ele exerce pretensão (v.g., reconvenção e pedido contraposto), mas também quando o pedido do autor é julgado improcedente.

A sentença de improcedência tem natureza declaratória negativa³⁵, onde o Estado-juíz reconhece *razão* ao réu no conflito levado ao seu conhecimento, de acordo com as regras de direito substancial. Portanto, também nesse caso o direito material é tutelado.

FLÁVIO LUIZ YARSHELL, abordando o tema da tutela jurisdicional em favor do demandado, afirma que

a prestação da tutela estatal, na subespécie tutela jurisdicional, realiza-se independentemente do conteúdo

pacificadora exercida pelo Estado legislando ou *sub specie jurisdictionis*, é a eliminação do conflito como tal, por meios que sejam reconhecidamente idôneos (...). Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor *justiça*. *Eliminar conflitos mediante critérios justos* – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado” (Idem, *ibidem*, p. 190-191)

34 Cf. DINAMARCO, em *Tutela jurisdicional* ..., p. 29.

35 À exceção da que julga improcedente a *declaratória negativa*, pois neste caso a sentença teria efeito positivo (Cf. DINAMARCO, *idem*, *ibidem*, p. 35).

do do resultado proporcionado pelo exercício da citada atividade, de sorte que aquela primeira ocorre em favor de ambos os litigantes e, por essa razão, mesmo em face do vencido. Isso porque a atuação da vontade concreta do direito, a eliminação do conflito (de que resulta a pacificação) e a afirmação do poder estatal não conhecem vencedor ou vencido; simplesmente operam-se para ambos³⁶

No mesmo sentido, DINAMARCO assevera que “sempre que a demanda do autor é rejeitada pela sentença de mérito (*ação improcedente*), o réu recebe uma tutela jurisdicional oposta e de intensidade semelhante à que o autor teria recebido em caso de improcedência”.³⁷

Ainda segundo DINAMARCO, a possibilidade de o réu obter tutela jurisdicional em seu favor decorre da característica da *bipolaridade do processo de conhecimento*, revelada pela incerteza quanto ao seu resultado, pois depende de quem se mostra apoiado pelo direito material. Isto não ocorre no processo de execução, onde já se sabe de antemão que a tutela consistente na satisfação do direito somente será outorgada em favor do exequente, jamais em prol do executado. Daí porque se fala na característica do *desfecho único* do processo de execução.³⁸

LEO ROSEMBERG também afirma que a rejeição da demanda do autor certamente implica concessão de tutela jurídica em favor do demandado, ainda que desvin-

36 *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. – São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 19.

37 *Tutela jurisdicional ...*, p. 35. Também nesse sentido, MARINONI ressalta que “a tutela jurisdicional pode, ou não, prestar a tutela do direito. Há tutela do direito quando a sentença e a decisão interlocutória reconhecem o direito material. Isso significa que a tutela jurisdicional engloba a sentença de procedência (que presta a tutela do direito) e a sentença de improcedência (que não presta a tutela do direito, embora constitua resposta ao dever do Estado de prestar tutela jurisdicional)” (*Técnica processual ...*, p. 146). Sobre o assunto, eis a lição de GIUSEPPE CHIOVENDA: “Si el actor no tiene acción, su demanda es infundada y, como tal, rechazada. La sentencia en este caso *absuelve al demandado de la demanda*. En la fórmula *desestimación de la demanda o absolución de la demanda* está implícita la negación de la acción. Si la sentencia niega la acción por defecto de interés, *niega simplemente el poder jurídico de pedir la actuación de la ley*; si niega la acción por falta de derecho (...) o de calidad, *niega la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al actor*. Si el actor había pedido la declaración negativa de un derecho del demandado, la sentencia desestimatoria *niega la inexistencia*, es decir, afirma *la existencia de una voluntad de ley que garantice un bien al demandado*. En este último caso, la sentencia desestimatoria contiene declaración positiva a favor del demandado (...). pero también en los otros casos actúa la ley a favor del demandado, le reconoce y atribuye un bien, cual es la certidumbre de no estar sometido a la acción del adversario” (*Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, trad. espanhola de E. Gómez Orbaneja. – Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1948, p. 340).

38 *Instituições ...*, vol. III, p. 31-32.

culada de uma *pretensão* deduzida em Juízo, já que esta, de regra, não é deduzida pelo réu.³⁹

O direito a tutela jurisdicional a favor do réu nos casos de improcedência difere do direito garantido ao autor, pois este último está ligado à existência de uma pretensão deduzida em juízo, ou seja, precede o processo onde se busca o seu reconhecimento. No caso do réu, o direito a tutela jurisdicional não existe antes e nem fora do processo, mas tão-somente em razão dele e enquanto ele estiver pendente. Por isso é que a natureza da tutela concedida ao réu, nesses casos, sempre será declaratória, independentemente do direito material discutido em juízo.⁴⁰

Cumprе observar, ainda, que não apenas quando a sentença resolve o mérito, julgando improcedente o pedido do autor, haverá tutela jurisdicional a favor do réu. Também nos casos de extinção do processo sem resolução do mérito ocorre esse fenômeno, muito embora em menor intensidade.⁴¹

O nosso sistema adota claramente a tese que garante ao réu uma tutela jurisdicional, especialmente quando prevê a necessidade de sua concordância com o pedido de desistência do processo⁴² formulado pelo autor⁴³. Ora, a homologação

39 Eis a sua lição: "(...) Finalmente, está en contradicción con el derecho vigente admitir una pretensión a la tutela jurídica del demandado de la que al principio no se hablaba en la teoría de esta pretensión, pero a la que sus sostenedores se vieron empujados poco a poco; por lo demás, no es enseñada por todos ellos y algunos hasta la niegan. Y con razón, pues habría que negarla aun cuando se aceptase la pretensión a la tutela jurídica del actor, pues es esencialmente distinta de la éste; no es ni extra ni preprocesal, y carece así justamente de las cualidades que constituirían la esencia: de la pretensión a la sentencia del actor. Ciertamente, cuando la demanda es rechazada por infundada, se le otorga al demandado tutela jurídica; pero para ello no se necesita de una pretensión a la tutela jurídica que le pertenezca. Pero si se plantea una demanda de declaración y el actor no demuestra su interés en la misma, no puede serle otorgada tutela jurídica al demandado mediante el rechazamiento material de la demanda; si bien se ha establecido sin lugar a dudas, por el ataque del actor, su interés en la inmediata declaración; por el contrario, la demanda debe rechazarse como improcedente, es decir, sin otorgamiento de tutela jurídica al demandado. Sobre esta conclusión no existen diferencias de opinión. Han fracasado los intentos de pretensión a la tutela jurídica del demandado. Para esto, ni siquiera se ha considerado que cuando el mismo demandado quisiera impulsar, mediante reconvencción, la declaración de no existencia del derecho pretendido por el actor, estaría de pronto en posesión de la pretensión de tutela jurídica, que no tenía como simple demandado!" (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, trad. de Angela Romera Vera, Tomo II, Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 63-64).

40 Idem, ibidem.

41 Cf. DINAMARCO, *Tutela jurisdicional* ..., p. 36-37.

42 E. D. Moniz de Aragão alerta para o fato de que teria sido melhor o código, no dispositivo em questão, "não falar em desistência da ação e sim em pedido de extinção do processo, por exemplo, pois a este é que se refere a desistência, não à ação, que só pode ser afetada pela renúncia do autor" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª ed., rev. e atual., vol. II: arts. 154 a 269. - Rio: Forense, 2005, p. 451).

43 "Da alternatividade da tutela jurisdicional a ser outorgada no processo de conhecimento decorre em primeiro lugar a sua bipolaridade alternativa, que se resolve no direito de ambas as partes a ele (direito ao processo) e à emissão da sentença de mérito que ele prepara. Não só o autor o tem, mas de igual modo o réu, a quem a lei oferece inclusive o poder de impedir a extinção do processo pela vontade unilateral

desse pedido depende da concordância do réu justamente porque ele tem, tanto quanto o autor, o direito a tutela jurisdicional, conquanto noutra sentida, qual seja o de declaração da inexistência da pretensão deduzida na inicial.⁴⁴

De acordo com o art. 267, § 4º, do CPC, “depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação”. Na verdade, o dispositivo deve ser lido da seguinte maneira: “desde que o réu tenha apresentado resistência ao pedido do autor, este não poderá, sem o consentimento daquele, desistir da ação”. Afinal, o consentimento é dispensado quando o réu é revel.⁴⁵

Mas a doutrina diverge a esse respeito. De fato, deve ser levado em conta que a lei não exige a apresentação de resposta para que o réu seja ouvido sobre o pedido de desistência.⁴⁶ Além disso, a revelia induz, de regra, apenas a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial, o que nem sempre conduz à procedência do pedido.

do autor: o dispositivo que condiciona a desistência da ação à anuência do réu (...) é visível manifestação dessa bipolaridade que rege o direito ao processo. Tanto ao réu quanto ao autor a lei oferece o direito de esperar legitimamente pela sentença de mérito favorável e, portanto, pela tutela jurisdicional plena que ela em princípio é capaz de proporcionar” (DINAMARCO, *Instituições* ..., vol. III, p. 32).

- 44 Nesse sentido, CASSIO SCARPINELLA BUENO: “O § 4º do art. 267, contudo, exige a concordância do réu quando já transcorrido o prazo para sua resposta. Justificável a exigência. É que a rejeição do pedido do autor significa prestação de tutela jurisdicional para o réu. Tutela jurisdicional, é certo, que pode ser de qualidade diversa daquela pretendida originariamente pelo autor mas, de qualquer sorte, o proferimento da sentença nos moldes do art. 269, I, de ‘rejeição do pedido do autor’ (...) acrescenta, ao patrimônio jurídico do réu, um *quid* suficiente que impõe a sua prévia oitiva. O réu, com efeito, tem inegável interesse no proferimento de uma decisão que lhe favoreça e que, sendo de mérito, inviabiliza que o autor volte a formular aquele mesmo pedido pelo mesmo fundamento em seu detrimento” (*Curso sistematizado* ... vol 2, tomo I, p. 341).
- 45 Sobre o assunto, eis as observações de MONIZ DE ARAGÃO: “Em primeiro lugar, a anuência do réu somente será necessária se este houver respondido à ação. Se revel, evidentemente não terá o direito de se opor à desistência, nem será intimado do requerimento do autor nesse sentido (art. 321). Em segundo lugar, o seu assentimento é necessário a partir do instante em que apresentada a resposta, mesmo que o prazo para a prática desse ato ainda não esteja vencido” (*idem*). No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior afirma que “ainda que se tenha ultrapassado o termo do prazo de defesa, mas se o réu permanece inerte, tornando-se revel, não tem sentido exigir seu consentimento para que o autor possa desistir da ação” (*Curso de direito processual civil*, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, 19ª ed., rev. e atual. – Rio: Forense, 1997, p. 313).
- 46 De acordo com CASSIO SCARPINELLA BUENO, “não é necessário, a este respeito, que o réu tenha efetivamente apresentado qualquer resposta. Não é esta a exigência feita pela regra. Basta que o réu, devidamente citado, tenha tido oportunidade plena de apresentar as suas defesas. É esta possibilidade de se defender que satisfaz a exigência *constitucional* da ampla defesa (...). Assim, porque o réu, citado, integra o processo para todos os fins, para dele *participar* amplamente em busca de tutela jurisdicional a seu favor, a ‘desistência’ admitida pelo inciso VIII do art. 267 impõe a sua prévia concordância. Se o réu que não apresentar qualquer defesa – um réu revel, portanto – tiver advogado constituído nos autos, o seu advogado será intimado para se manifestar sobre a desistência pretendida pelo autor (art. 322, *caput*). Caso contrário, a melhor interpretação, por força das considerações aqui expostas, fortes no ‘modelo constitucional do processo civil’, é que o réu seja pessoalmente intimado para se manifestar sobre aquele pedido, não se aplicando, por isso mesmo, a ressalva que consta do *caput* daquele mesmo dispositivo” (*Curso sistematizado* ... vol 2, tomo I, p. 341).

Não bastasse, o réu revel poderá comparecer posteriormente ao processo (CPC, art. 322, parágrafo único) e produzir provas – ressalvados os casos de preclusão⁴⁷ – podendo, assim, influenciar decisivamente no resultado do processo. Portanto, ainda que seja revel, o réu poderá obter tutela jurisdicional em seu favor, bastando que a pretensão do autor seja rejeitada.

Porque o processo de execução caracteriza-se pelo desfecho único, onde a atividade jurisdicional desenvolve-se exclusivamente em benefício do exeqüente, as regras sobre a desistência são diversas. Dispõe o art. 569, *caput*, do CPC, que “o credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas”.

Esse dispositivo revela o *princípio da disponibilidade da execução*, segundo o qual “o exeqüente tem a disponibilidade da ação de execução, podendo dela desistir, no todo ou em parte, independentemente da concordância do executado, que se presume”.⁴⁸

O parágrafo único, que trata do destino dos embargos quando houver desistência da execução, em nada altera o princípio da disponibilidade. Caso os embargos tenham como objeto apenas vícios formais do processo de execução, serão automaticamente extintos (alínea *a*), já que não mais haverá interesse processual para o prosseguimento. Se os embargos forem *de mérito*, ou seja, se atacarem o título executivo, então a extinção deles – e não da execução – “dependerá da concordância do embargante”. Em outras palavras, a anuência do embargante é necessária tão-somente em relação à extinção dos embargos. A extinção da execução, pouco importando o objeto dos embargos, depende exclusivamente da vontade do exeqüente.⁴⁹

47 Segundo RITA GIANESINI, “a produção de provas pelo réu revel encontra dois limites: um temporal, preclusão do prazo para requerer a sua proposição ou para produzi-la. O pedido de realização de prova poderá, porém, ser suprido pelo formulado pelo autor e deferido, ou pela determinação de ofício do magistrado ou por motivos supervenientes. O segundo limite relativo ao conteúdo da prova, é que deverá cingir-se aos fatos deduzidos pelo autor na inicial” (*Da revelia no processo civil brasileiro*. – São Paulo: RT, 1977, p. 123).

48 Cf. ZAVASKI, Teori Albino. *Processo de execução: parte geral*. 3ª ed. – São Paulo: RT, 2004 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman; 42), p. 97-98.

49 “Formulada a desistência da execução no curso de oposição de mérito (...) o devedor há de ser consultado, nos embargos, pois o juiz extinguirá a execução, sobre seu interesse no prosseguimento da oposição. Eventual objeção impede somente a extinção dos embargos” (ARAKEN DE ASSIS, *Comentários ao código de processo civil*, vol. VI, 2ª ed. – Rio: Forense, 2004, p. 71).

As alterações determinadas no sistema processual, operadas na mais recente reforma do CPC, reforçam a tônica da conclusão de que a improcedência do pedido do autor implica tutela jurisdicional em favor do réu.

O art. 475-N, I, do CPC, com a redação determinada pela lei 11.232/05, dispõe que é título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar ou pagar quantia”.

Importa destacar que a jurisprudência vem entendendo que a sentença de improcedência do pedido de declaração de inexistência de um determinado débito constitui título executivo em favor do réu, quando identificados em seu bojo os elementos da obrigação: sujeitos, prestação, liquidez e exigibilidade.⁵⁰

Conclui-se, pois, que autor e réu têm o mesmo direito a tutela jurisdicional no processo de conhecimento, inclusive com a possibilidade de formação de título executivo judicial em favor do segundo, mesmo nos casos em que ele não exerce pretensão e assume posição ativa.

2.3. A NECESSIDADE DE EVITAR OS DANOS CAUSADOS AO RÉU PELAS DEMANDAS MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES.

■
Infelizmente, é cada vez maior o número de demandas desprovidas de fundamentação minimamente razoável, propostas por pessoas que pretendem obter alguma vantagem indevida (adiar o pagamento de uma dívida, por exemplo), abusando da notória lentidão da marcha processual. Ou então, por ilusão ou assessoramento deficiente, deduzem pretensões manifestamente improcedentes e fadadas ao insucesso, como, por exemplo, algumas das inúmeras ações de indenização por danos morais, muito comuns no dia a dia do foro e que, desde o início e evidentemente, sabe-se que não alcançarão o resultado pretendido.

Nesses casos, a angústia, o sofrimento psicológico, os prejuízos econômicos e até mesmo a miséria afetam o réu. Portanto, se é certo que o autor tem o direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva, também é certo que o réu tem o direito de não ser demandado e não ter a sua privacidade violada sem que a pretensão

50 Ver, dentre outros: REsp 1.192.783/RS.

deduzida pelo primeiro tenha uma razoabilidade mínima. Afinal, seus direitos fundamentais também devem ser respeitados.

O problema da demora na prestação jurisdicional vem sendo resolvido pelas tutelas de urgência, principalmente pela tutela antecipada, ainda que de maneira não plenamente satisfatória. Mas não se pode olvidar que a garantia da duração razoável do processo também socorre o réu. Portanto, se diante da *evidência* do direito do autor o sistema lhe permite, por meio das técnicas processuais das tutelas de urgência, a fruição liminar do bem da vida – fazendo cessar a angústia e o sofrimento psicológico e minorando os seus prejuízos – o mesmo deve ser proporcionado ao réu, conquanto por meios diversos, preservando-se o tratamento isonômico dispensado às partes.

Em outras palavras, diante de pretensões *manifestamente infundadas*, deve ser inibida a agressão à privacidade do réu – e eventualmente ao seu patrimônio – o mais rápido possível.

Sobre o assunto, observa a doutrina:

Há situações em que uma tutela desfavorável ao autor, porém tempestiva, tem muito mais aptidão de garantir a pacificação social como resultado buscado pelo processo do que uma tutela favorável proferida após anos e anos de embate judicial pelas partes, acabando por tornar-se inútil em virtude do longo lapso temporal transcorrido sem a efetivação do direito reconhecido na sentença. Disso decorre que, no caso concreto, em situações nas quais o magistrado for se valer da hermenêutica para dar eficácia e plena aplicabilidade à norma constitucional que prevê a tutela jurisdicional tempestiva, deverá observar não só os interesses do autor na rápida solução do litígio, como também o mesmo direito do réu.⁵¹

Tanto o autor que exerce o direito de ação, quanto o réu que se defende, têm igual pretensão de tutela jurídica – conquanto em sentidos opostos –, ou seja, idêntico direito de obter uma sentença de mérito, como decorrência da garantia consti-

51 SPALDING, Alessandra Mendes. *Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC nº 45/2004*. In *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004*, Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et alí*, São Paulo, RT, 2005, p. 36.

tucional da ampla defesa. O autor pede e o réu *impede*⁵², ambos amparados em direitos fundamentais reconhecidos na Constituição.

Portanto, também é direito fundamental do réu o acesso a uma tutela jurisdicional tempestiva, mormente quando a pretensão do autor é *evidentemente infundada*, caso em que a não-razoável duração do processo prejudica a efetividade da tutela jurisdicional sob a sua perspectiva.⁵³

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICANO, Jorge. **Do abuso do direito no exercício da demanda**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1932.

ASSIS, Araken de. **Comentários ao código de processo civil**, vol. VI, 2. ed. – Rio: Forense, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. – São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (*tentativa de sistematização*), 4. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**, 4. ed. rev. e ampl.. – São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário**, 2: tomo I. – São Paulo: Saraiva, 2007.

52 Expressão utilizada por CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. – São Paulo: Malheiros, 17. ed., 2001, p. 273. Segundo a lição dos autores, “o modo de entender a ação influi, sem dúvida, sobre o modo de conceituar a exceção. Quem define a ação como direito à sentença favorável logicamente concebe a exceção como direito de obter a rejeição da ação; quem entende a ação como direito à sentença de mérito naturalmente define a exceção como direito à sentença sobre o fato extintivo ou impeditivo a que se refere a exceção; quem distingue entre o poder genérico de agir (constitucional) e ação (processual) concebe analogamente a exceção, em face do direito genérico de defesa” (p. 172-273).

53 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ressalta que “assentado que a tutela jurisdicional plena será outorgada sempre àquele dos litigantes que tiver razão segundo os ditames do direito substancial, segue-se que a tutela ministrada ao réu em caso de improcedência da demanda do autor consiste em aliviá-lo da pretensão deste” (*Fundamentos do processo civil moderno*, 5. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2002, tomo II, p. 828).

- CARVALHO, Fabiano. *EC n. 45: Reafirmação da garantia da razoável duração do processo - in Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004* – coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.] – São Paulo: RT, 2005.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, 17. ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal)*. Em **O processo na Constituição**. MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (coord.). – São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**, 1 ed., 2. tiragem. – São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Tutela Jurisdicional**, Revista Forense, vol. 334.
- _____. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II. – 4. ed. – São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III. – 3. ed. – São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Fundamentos do processo civil moderno**, 5. ed., vols. I e II. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GIANESINI, Rita. **Da revelia no processo civil brasileiro**. – São Paulo: RT, 1977.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Razoável duração do processo / Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n. 45/2004** – coord. Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al]. – São Paulo: RT, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória: julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. – 4. ed. – São Paulo: RT, 2000.
- _____. **Direito à tempestividade da tutela jurisdicional**. GENESIS – Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, vol. 17, julho/setembro de 2000.
- _____. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. – São Paulo: RT, 2004.

- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 10. ed., rev. e atual., vol. II: arts. 154 a 269. – Rio: Forense, 2005.
- ROSEMBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**, trad. de Angela Romera Vera, Tomo II, Libro segundo: el procedimiento de sentencia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.
- SPALDING, Alessandra Mendes. *Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC nº 45/2004. In Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a emenda constitucional nº 45/2004*, Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al., São Paulo, RT, 2005.
- TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (Des)estruturando a Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). **Reforma do Código de Processo Civil**. – São Paulo: Saraiva, 1996.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, vol. I: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**, 19. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Fungibilidade de “meios”, uma outra dimensão do princípio da fungibilidade*. Em **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. Vol. 4 / coord. Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. – São Paulo: RT, 2001.
- YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. – São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- _____. **Tutela jurisdicional**. – São Paulo: Atlas, 1998.
- ZAVASKI, Teori Albino. **Processo de execução: parte geral**. 3. ed. – São Paulo: RT, 2004 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tulio Liebman; 42).

AGRAVO DE INSTRUMENTO

2013002018558-3

Relator Designado – Des. Alfeu Machado

Primeira Turma Cível

EMENTA

Civil. Consumidor. Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Danos morais e materiais decorrentes de rompimento de prótese mamária. Relação de consumo. Desconsideração da personalidade jurídica. Obstáculos à satisfação do crédito. Evidências de extinção irregular da atividade empresarial. Possibilidade. Art. 28, *caput* e §5º, do CDC.

1. É manifesta a existência de relação de consumo, nos termos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, na ação que visa à reparação de danos materiais e morais pelo rompimento de prótese mamária fornecida no mercado de consumo pela empresa ré, e adquirida pela autora como destinatária final.

2. O ente jurídico não pode servir de escudo para frustrar a satisfação do crédito quando presente a hipótese legal que permite a desconsideração de sua personalidade. Tampouco pode o sócio se valer da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para se furtar às responsabilidades decorrentes do processo executivo.

3. Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica para atingir os bens dos sócios, se a personalidade jurídica do devedor for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor (CDC, art. 28, § 5º), sobretudo se evidenciada a extinção irregular da empresa, que averba a dissolução da sociedade na Junta Comercial sem proceder à indispensável liquidação, nos termos do art. 1.036, do Código Civil.

4. Na hipótese dos autos, havendo a extinção irregular da sociedade empresária, decorrente da ausência de sua liquidação, ocasionando óbice intransponível a satisfação de direito de consumidor, é de rigor a desconsideração da personalidade jurídica, com fulcro no art. 28, *caput* e §5º do CDC, máxime, quando no termo de

distrato os sócios da empresa se declaram pessoalmente responsáveis pelos débitos remanescentes.

5. Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Flávio Rostirola – Relator, Alfeu Machado – Vogal, Leila Arlanch – Vogal – sob a presidência do Senhor Teófilo Caetano, em proferir a seguinte decisão: agravo conhecido; provido, por maioria; redigirá o acórdão o 1º Vogal; de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 07 de Novembro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por E.C.C. contra a r. decisão retratada à fl.143, proferida pela MM. Juíza da Quinta Vara Cível de Brasília/DF, que, na ação de indenização por danos materiais e morais, autos 2007.01.1.047538-0, atualmente em fase de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de descon sideração da personalidade jurídica da executada Bufaiçal Representações Ltda., nos seguintes termos (fl. 143):

“Conforme se observa da certidão de fl. 572, a empresa executada foi extinta antes mesmo de ser consolidada a obrigação constante dos autos.

É sabido que a extinção regular de empresas não constitui de ato simples e de rápida realização, porquanto consubstanciam-se em uma série de formalidades as quais dependem de um considerável decurso de tempo para sua concretização.

Considerando que o último arquivamento na Junta Comercial se deu em 26.02.2010 e que a obrigação constante do julgado comente se firmou com o trânsito em julgado, datado de 10.12.2012, ou seja, muito antes da consolidação da obrigação, não se pode falar na existência de pessoa jurídica vinculada

à referida dívida. Ainda, não havendo pessoa jurídica, não há o que se falar em sua desconsideração, por falta de substrato para tanto. Nesse contexto, indefiro o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da executada, porquanto inexistente a referida pessoa, bem como em razão de inexistirem indícios de fraude uma vez que a empresa foi regularmente extinta. Preclusa a oportunidade recursal, voltem os autos conclusos para extinção”.

Inconformada, a Autora, ora Agravante, interpõe o presente recurso de agravo, com pedido de efeito suspensivo ativo, aduzindo, entre outras alegações, que “o fato da empresa se encontrar extinta, como ocorre no caso em comento com a empresa agravada, não enseja a extinção das obrigações e direitos que lhe estavam destinados e foram contraídos enquanto perduraram suas atividades e sobeja incólume a personalidade jurídica” (fl.15).

Argumenta que a aludida sociedade empresária teria sido extinta em fevereiro de 2010, logo após a r. sentença executada haver sido proferida, sendo que a dissolução da referida sociedade, na Junta Comercial de Goiás/GO, não teria sido informada ao Juízo de origem. Acrescenta que essa dissolução não teria observado a formalidade prevista no art. 1.103, IV, do Código Civil, deixando-se de apurar o ativo e o passivo para liquidação.

Sustenta que o próprio instrumento de distrato social, juntado às fls.154/155, seria expresso acerca da responsabilidade dos ex-sócios pelo ativo e passivo supervenientes à dissolução questionada.

Destarte, pugna pela concessão de efeito suspensivo ativo ao r. *decisum* agravado, de forma que seja determinada a imediata desconsideração da personalidade jurídica, com a imediata responsabilização dos ex-sócios.

Preparo à fl.27.

Intimação da r. decisão às fl.144.

Indeferiu-se a liminar às fls.166/171.

Informações à fl.180.

Às fls.176/179, a Agravante pede reconsideração da decisão que indeferiu o reclamado efeito suspensivo.

Pedido de reconsideração indeferido à fl.182.

Sem contraminuta (fl.181).

É o relatório.

VOTOS

Des. Flavio Rostirola (Relator) – Conheço do recurso, pois preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Permito-me reiterar os termos pelos quais INDEFERI a reclamada liminar.

Cediço que a aquisição de personalidade jurídica pela sociedade ocorre com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, de seus atos constitutivos, sobrelevando notar que, em se tratando de sociedade empresária limitada, o seu ato constitutivo corresponde ao contrato de sociedade. Por outro lado, a extinção da sociedade somente se opera com o cancelamento do respectivo registro, após a regular liquidação, com a apuração do ativo e do passivo, com o rateio do patrimônio remanescente entre os sócios e a posterior baixa no registro.

A esse respeito, dispõe o atual Código Civil:

“Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica estiver inscrita, a averbação de sua dissolução. § 2º As disposições para a liquidação das sociedades aplicam-se, no que couber, às demais pessoas jurídicas de direito privado. § 3º Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.”

Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).”

Art. 1.036. Ocorrida a dissolução, cumpre aos administradores providenciar imediatamente a investidura do liquidante, e restringir a gestão própria aos negócios inadiáveis, vedadas novas operações, pelas quais responderão solidária e ilimitadamente. Parágrafo único. Dissolvida de pleno direito a sociedade, pode o sócio requerer, desde logo, a liquidação judicial”.

Art. 1.109. Aprovadas as contas, encerra-se a liquidação, e a sociedade se extingue, ao ser averbada no registro próprio a ata da assembléia. Parágrafo único. O dissidente tem o prazo de trinta dias, a contar da publicação da ata, devidamente averbada, para promover a ação que couber.

Na linha do que ensina abalizada doutrina, da personalização decorrem vários efeitos, merecendo especial destaque, *in casu*, a autonomia patrimonial da sociedade empresária, a qual permite distinguir o patrimônio social do patrimônio individual dos sócios¹. De tal sorte, constituindo a sociedade sujeito de direitos e obrigações distinto daqueles que celebraram o contrato social, na hipótese de a pessoa jurídica possuir dívidas, o seu patrimônio é que responderá, em regra, perante os seus credores. Apenas, em caráter excepcional, admite-se a responsabilização dos sócios pelas dívidas sociais.

Nesse descortino, constata-se que a desconsideração da personalidade jurídica consiste em exceção a tal regra geral, de maneira que “A mera demonstração de insolvência da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica” (*AgRg no REsp 1.173.067/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 19/6/2012*). (...). (*AgRg no AREsp 133.405/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 26/08/2013*).

Deveras, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard theory* – depende, como o próprio nome indica, da existência de uma pessoa com personalidade jurídica própria, o que não se ocorre na hipótese em tela, em que houve a extinção da sociedade empresária Bufaiçal Representações Ltda. – inclusive com baixa no registro competente em 26 de fevereiro de 2010, conforme documento de fl.134, ainda que, no mesmo período, em que proferida a

1 SOUSA, Sueli Baptista de. **Responsabilidade dos sócios na sociedade limitada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 50-52.

r. sentença exequenda, a qual somente veio a transitar em julgado em 10.12.2012 (fl.85).

Sobreleva notar que, operada a dissolução – esta compreendida como “[...] um procedimento de terminação da personalidade jurídica da sociedade empresária, isto é, o conjunto de atos necessários à sua eliminação, como sujeito de direito”² –, a sociedade Bufaiçal Representações Ltda. deixou de possuir personalidade jurídica, de modo que, no meu entender, inviável desconsiderar, a princípio, algo que já não mais existe.

Acrescento não desconhecer a jurisprudência pátria e o próprio sentido das disposições legais, sobretudo os artigos 1.103, IV, e 1.109 do Diploma Material Civil, segundo os quais, em se tratando de dissolução irregular da sociedade empresária, viável a desconsideração de sua personalidade jurídica.

Nada obstante, *a priori*, não é essa a hipótese dos autos, seja porque a cessação das atividades da sociedade empresária foi precedida de baixa na Junta Comercial – tal como exposto alhures –, seja porque não se pode afirmar com precisão, em sede de análise não exauriente da lide, a ocorrência de dissolução irregular da questionada sociedade empresária.

Nesse sentido, esta nobre Primeira Turma já se manifestou a respeito. Confira-se:

CIVIL. COMERCIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS. PEDIDO INDEFERIDO. MERA DIFICULDADE ACERCA DA LOCALIZAÇÃO E SUFICIÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS.

1. A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional. Não basta a simples execução frustrada para autorizar a enérgica constrição em relação ao patrimônio dos sócios. 2. Uma vez não comprovado que a empresa tornou-se inadimplente e sem bens para satisfazer suas dívidas por conduta dolosa dos sócios, ou mesmo que tenha sido constituída com a finalidade de fraudar e lesar credores ou para desenvolver atividades ilícitas, repele-se hipótese de desconsideração de personalidade. 3. Negou-se provimento ao recurso. (Acórdão 658153, 20120020280425AGI, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, 1ª Tur-

2 COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 142.

ma Cível, Data de Julgamento: 28/02/2013, Publicado no DJE: 05/03/2013. Pág.: 346)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUSÊNCIA DE ATIVOS EM CONTAS BANCÁRIAS. NÃO COMPROVAÇÃO DE ENCERRAMENTO IRREGULAR DAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS DILIGÊNCIAS ACERCA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O afastamento do véu da personalidade jurídica, a fim de se atingir o patrimônio pessoal dos sócios, é excepcional e condicionado à demonstração do abuso de direito (gênero do qual a dissolução irregular é espécie) e da confusão patrimonial.

2. A simples inexistência de ativos financeiros em contas bancárias do devedor, aliada à ausência de demonstração do encerramento irregular das atividades da sociedade empresária e a não realização de diligências com vistas a descoberta de outros bens passíveis de penhora, não ampara a desconsideração da personalidade jurídica.

3. Agravo de instrumento conhecido e improvido. (Acórdão 711735, 20130020168733AGI, Relator: SIMONE LUCINDO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/09/2013, Publicado no DJE: 19/09/2013. Pág.: 69)

Essas as razões por que nego provimento ao agravo de instrumento, para manter incólume a r. decisão recorrida.

É o meu voto.

Des. Alfeu Machado (Vogal) – Peço vista.

Desa. Leila Arlanch (Vogal) – Aguardo.

DECISÃO PARCIAL

Conhecido. O eminente Relator negou provimento, o 1º Vogal pediu vista e o 2º Vogal aguarda.

VOTO VISTA

Des. Alfeu Machado (Vogal) – Trata-se de agravo de instrumento interposto por E.C.C., contra a r. decisão de fl. 143, proferida pelo Juízo da Quinta Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília, que, nos autos de ação de reparação de danos ajuizada contra Bufaiçal Representações Ltda., que se encontra em fase de cumprimento de sentença, indeferiu o pedido de desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada, formulado em face da extinção da sociedade empresária, sem que tenha sido quitado o crédito ao qual a agravante faz jus.

Na decisão agravada foi considerado regular o encerramento da sociedade empresarial, apenas pelo fato de ter sido registrado o ato na junta comercial, o que, no entendimento do Juízo *a quo*, basta para impedir a desconsideração da personalidade jurídica, e fundamentar a extinção do processo em fase de cumprimento de sentença, frustrando, em definitivo e de forma absoluta, o direito que a consumidora agravante possui de ver seu crédito adimplido.

Sustenta a agravante, em síntese, que após a prolação de sentença condenando a agravada ao pagamento de danos morais e materiais, decorrentes de fato do produto, ocasionado pelo rompimento de prótese mamária importada e comercializada pela recorrida, a empresa agravada averbou o distrato social na junta comercial, com o nítido intuito de frustrar os direitos de seus credores.

Aduz que não pode ser considerado regular o encerramento da atividade empresarial pelo simples registro, se a extinção ocorreu sem que fossem adimplidos os débitos da empresa.

Acrescenta, ainda, que no ato pelo qual os sócios da sociedade empresária formularam o distrato social, restou expressamente consignado que ambos os sócios permaneceriam pessoalmente responsáveis pelas dívidas remanescentes das empresas.

Iniciado o Julgamento do agravo por esta colenda Turma, o eminente Desembargador Relator votou pelo desprovemento do agravo de instrumento, ao fundamento de que a relação jurídica estabelecida entre as partes é regida pelo Código Civil, e que não há justificativa para a desconsideração da personalidade, pois houve a

extinção da sociedade empresária mediante averbação do ato na junta comercial, não havendo nos autos prova da extinção irregular da empresa agravada.

Na ocasião, pedi vista dos autos.

É o breve relatório, passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, objetivos e subjetivos, conheço do recurso.

Examinando as circunstâncias que envolvem o caso em apreço, divirjo do entendimento firmado pelo ilustre Desembargador Relator, a quem rogo as mais respeitadas vênias.

O primeiro ponto de divergência diz respeito à natureza da relação jurídica travada entre as partes, que se refere nitidamente a uma relação de consumo.

Com efeito, o pedido de reparação de danos formulado nos autos de origem, e parcialmente acolhidos por sentença transitada em julgado, diz respeito a prejuízos advindos de fato do produto, especificado no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, decorrente do rompimento de prótese mamária fornecida pela empresa agravada.

Sendo a agravante destinatária final do produto fornecido pela agravada (prótese mamária), e sendo a recorrida pessoa jurídica dedicada a atividade comercial de distribuição e comercialização de tal produto, torna-se manifesta a existência de relação de consumo, nos termos dos artigos 2º e 3º, *caput*, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Confira-se:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A existência de ralação de consumo na hipótese dos autos, que foi desconsiderada na decisão agravada e no voto do ilustre Relator, restou expressamente reconhecida por esta colenda Turma no julgamento do recurso de apelação interposto nos autos de origem, ocasião em que restou prolatada a seguinte ementa (fls. 67).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CIRURGIA ESTÉTICA. PRÓTESE MAMÁRIA. ROMPIMENTO. REPRESENTANTE DO FABRICANTE. RESPONSABILIDADE POR FATO DO PRODUTO. HONORÁRIOS PERICIAIS. ANTECIPAÇÃO DAS DESPESAS. RESSARCIMENTO PELO VENCIDO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. EVENTO DANOSO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA.

1. Demonstrada a relação de consumo entre a fornecedora da prótese mamária e a paciente, restam aplicáveis as disposições insertas no Código de Defesa do Consumidor, mormente no tocante à responsabilidade por fato do produto.

2. Nos termos do artigo 13, caput e §1º, da legislação consumerista, o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeito decorrente da fabricação do produto que, frise-se, neste caso, é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa.

3. No caso dos autos, demonstrado o dano perpetrado pelo defeito do produto e evidenciado o nexo de causalidade entre o rompimento da prótese mamária, cabe à Recorrente a responsabilidade pelos danos morais e materiais decorrentes.

4. Em observância ao artigo 20 e artigo 23 do Código de Processo Civil, caberá ao vencido o ressarcimento das despesas pagas em antecipação pela parte vencedora.

5. Quanto aos juros moratórios, lecionam o artigo 398 do Código Civil e a súmula 54 do colendo Superior Tribunal de Justiça que, em caso de responsabilidade extracontratual, como na hipótese em apreço, o termo a quo para incidência dos juros de mora deverá ser verificado a partir do evento danoso.

6. Para a condenação na multa por litigância de má fé, deve restar comprovada uma das situações descritas no artigo 17 do Diploma Processual Civil. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento da litigância de má-fé depende de que a outra parte comprove haver sofrido dano processual.

7. Negado provimento ao recurso da Ré e dado provimento ao recurso da Autora para determinar que os juros de mora relativos à indenização por danos morais incidam a partir do evento danoso. Mantida a r. sentença quanto ao mais.

(Acórdão 539239, 20070110475380APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: LÉCIO RESENDE, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 28/09/2011, Publicado no DJE: 04/10/2011. Pág.: 66) (g.n.)

Estando a relação estabelecida entre as partes sujeita às disposições do Código de Defesa do Consumidor, é latente a necessidade de se promover a desconstituição da personalidade jurídica da empresa executada, pois a dinâmica constatada nos autos revela, de forma clara e objetiva, que a sociedade empresária esta sendo utilizada como óbice à satisfação do débito exequendo.

Antes da análise específica das circunstâncias que envolvem o caso em tela, cumpre tecer algumas considerações acerca da teoria da desconstituição da personalidade jurídica.

A matéria possui regulamentação no art. 50 do Código Civil, que dispõe:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

A fraude caracteriza-se quando os sócios fazem mau uso da pessoa jurídica para se desvencilhar de obrigações perante terceiros. O abuso de direito configura nos atos praticados pelos sócios, desrespeitando a vontade de terceiros de boa fé e aos fins dispostos no contrato ou estatuto social da sociedade (desvio de finalida-

de). Já a confusão patrimonial é a inexistência de separação entre o patrimônio do sócio e o patrimônio da sociedade.

Importa destacar que a teoria da desconsideração da pessoa jurídica, porém, surgiu na legislação brasileira, pela primeira vez, com a Lei 8.078 de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que, notadamente, em seu art. 28 dispõe *in verbis*:

"Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores." (g.n.)

Como se vê, sob a égide da legislação consumerista, a qual se aplica ao caso em análise, a pessoa jurídica poderá ser também desconsiderada sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízo causados aos consumidores.

Importante ressaltar que "(...) a aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do §5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causa, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de

prejuízo causados aos consumidores” (Terceira Turma/ Resp 279.273/SP/ Relator Ministro Ari Pargendler/ Relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 04.12.2003/ Publicado no DJ 29.03.2004, p. 230).

Subjacente aos comandos dos dois dispositivos supramencionados, denota-se que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica concede ao juiz a possibilidade de desconsiderar a autonomia jurídica da personalidade da empresa e da personalidade de seus sócios, desde que a sociedade tenha sido utilizada para escopos ilegais ou ainda que tenham o condão de causar prejuízos a seus credores, notadamente aos consumidores.

Ocorrendo tal situação, o juiz poderá determinar a constrição sobre os bens dos sócios, a fim de adimplir a dívida da empresa, ou também sobre os bens da empresa para pagar dívidas particulares dos sócios, ou, ainda, sobre bens de uma empresa para pagar dívidas de outra empresa do mesmo grupo.

É certo que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, pela qual se autoriza o episódico levantamento do véu da sociedade, excepcionando-se o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica em relação aos sócios, é medida que excetua à regra. Logo, a desconstituição exige prova de existência de fraude, de prática de atos com finalidade premeditadamente ilícita, de abuso de direito, de desonestidade, se escondendo o sócio sob a máscara societária com o objetivo de desfrutar de seus inegáveis benefícios, ocultando atos contrários a qualquer regra ética, jurídica e social.

É de se observar, ademais, que o ente jurídico não pode servir de escudo para frustrar a satisfação do crédito quando presente a hipótese legal que permite a desconsideração de sua personalidade. Nesta linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, conforme se vislumbra do seguinte acórdão:

“PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE BENS DE PROPRIEDADE DA EMPRESA EXECUTADA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. (...) – A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/02, que

consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva. – Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente.”

(Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 970635/SP/ Relatora. Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 10.11.2009/ Publicado no DJe 01.12.2009)”

Nesse descortino, pelo Código Civil em vigor, quando restar configurado que a pessoa jurídica se desviou dos fins que estabeleceram sua constituição, em decorrência dos sócios ou administradores a utilizarem para alcançarem o escopo distinto do objetivo societário com o intento de prejudicar outrem ou mesmo fazer uso indevido da finalidade social, ou quando houver confusão patrimonial, ou seja, mistura do patrimônio social com o particular do sócio, que tem o condão de causar dano a terceiro, em razão de abuso da personalidade jurídica, o magistrado, a pedido do interessado ou do Ministério Público, está autorizado, com base na prova material do dano, a desconsiderar, episodicamente, a personalidade jurídica, com o intuito de coibir fraudes e abusos dos sócios que dela se valeram como defesa, sem que essa medida se desdobre numa dissolução da pessoa jurídica.

Volvendo à hipótese vertente, verifica-se a procedência da pretensão deduzida no agravo de instrumento, sendo imperiosa a desconstituição da personalidade jurídica da empresa ré, diante do disposto no art. 28, caput e §5º do CDC, por ter ocorrido o encerramento irregular da atividade empresarial, pois registrada sua extinção na junta comercial sem que fosse procedida sua liquidação, com nítido intuito de frustrar o direito dos credores, tratando-se de hipótese manifesta de utilização da sociedade empresária como obstáculo a satisfação do crédito da agravante, que foi lesada pela empresa, na qualidade de consumidora.

Assim, deixo de acompanhar o entendimento firmado pelo ilustre Relator, a quem rogo as mais respeitosas vênias, pois, de fato, não há como se admitir que uma sociedade empresária, após provocar prejuízos no mercado de consumo, simplesmente encerre suas atividades sem arcar com a responsabilidade advinda de seus atos, impedindo, definitivamente que os consumidores sejam ressarcidos dos prejuízos que sofreram.

Analisando os autos verifica-se que o processo teve início em maio de 2007, sendo que, mesmo tendo sido citada e estando ciente dos prejuízos causados à agravante, a empresa agravada formalizou o distrato societário em 13/01/2010, promovendo seu arquivamento na junta comercial, como se afere dos documentos de fls. 134 e 154/155.

Assim, primeira questão que se deve ressaltar, e que por si justifica a desconsideração da personalidade jurídica com fulcro no art. 28, §5º, do CDC, é que a extinção da pessoa jurídica, antes de ser quitada a indenização da qual a agravante faz jus, representa óbice intransponível à satisfação do direito da recorrente, que se verá impedida terminativamente de ser ressarcida pelos prejuízos que já lhe foram reconhecidos por sentença transitada em julgado.

Nesse sentido, é firme a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PESSOA JURÍDICA. CONSUMIDOR. OBSTÁCULO À SATISFAÇÃO DO CRÉDITO.

Admite-se a desconsideração da personalidade jurídica para atingir os bens dos sócios, se a personalidade jurídica do devedor for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor (CDC, art. 28, § 5º), sobretudo se, somada à insolvência da sociedade, há evidências de formação de grupo econômico e o devedor, sem justificativa, retarda o cumprimento da obrigação. Agravo provido.

(Acórdão 696032, 20130020126443AGI, Relator: JAIR SOARES, 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 17/07/2013, Publicado no DJE: 30/07/2013. Pág.: 143)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA DEVEDORA.

“No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da disregard doctrine, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária” (REsp 737.000/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 12/09/2011). Agravo de instrumento conhecido e provido.

(Acórdão 691289, 20130020074917AGI, Relator: WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR, 2ª Turma Cível, Data de Julgamento: 04/07/2013, Publicado no DJE: 10/07/2013. Pág.: 143) (g.n.)

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. EXECUÇÃO. DÉBITO DE CONSUMO. PESSOA JURÍDICA. PENHORA ELETRÔNICA. FRUSTRAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TEORIA MENOR. PRESSUPOSTOS. APERFEIÇOAMENTO. INOCORRÊNCIA. AUTONOMIA PATRIMONIAL. RELEVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A autonomia patrimonial, como instrumento destinado a resguardar a origem e destinação da ficção traduzida na pessoa jurídica, que é viabilizar e estimular as atividades produtivas com separação da pessoa dos sócios da empresa, não é absoluta e inexpugnável, podendo ser desconsiderada quando detectado que a empresa fora conduzida de forma abusiva, abuso de direito ou traduzir obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor (CDC, art. 28, § 5º). (...)

(Acórdão 525944, 20110020114577AGI, Relator: TEÓFILO CAETANO, 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/08/2011, Publicado no DJE: 10/08/2011. Pág.: 67) (g.n.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS A CONSUMIDORES. DESCONSIDERAÇÃO. CONSISTÊNCIA JURÍDICA. ART. 28, § 5º, DA LEI 8.078/1990. PENHORA DE BENS PERTENCENTES A SÓCIO. POSSIBILIDADE.

1. Se a personalidade jurídica da empresa constitui obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores, admite-se a sua descon-

sideração, com apoio no art. 28, § 5º, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), possibilitando-se a penhora de bens pertencentes a sócio da referida empresa.

2. Agravo provido.

(Acórdão 452377, 20100020073493AGI, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 01/09/2010, Publicado no DJE: 08/10/2010. Pág.: 74) (g.n.)

Não é outra a orientação jurisprudencial do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FRUSTRADA. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDEFERIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO APOIADA NA INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 (TEORIA MAIOR). ALEGAÇÃO DE QUE SE TRATAVA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO ART. 28, § 5º, DO CDC (TEORIA MENOR). OMISSÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC RECONHECIDA.

1. É possível, em linha de princípio, em se tratando de vínculo de índole consumerista, a utilização da chamada Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornecedor, somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (art. 28 e seu § 5º, do Código de Defesa do Consumidor).

2. Omitindo-se o Tribunal a quo quanto à tese de incidência do art. 28, § 5º, do CDC (Teoria Menor), acolhe-se a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

(REsp 1111153/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013) (g.n.)

RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SHOPPING CENTER DE OSASCO-SP. EXPLOÇÃO. CONSUMIDORES. DANOS MATERIAIS E MORAIS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO. TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR. LIMITE DE

RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REQUISITOS. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. ART. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações.

Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

- A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos.

(REsp 279.273/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ 29/03/2004, p. 230) (g.n.)

Assim, tendo havido o encerramento da atividade empresarial, promovido pela extinção da empresa sem a apuração de seus haveres, e representando tal circunstância óbice intransponível à satisfação dos direitos da agravante, na qualidade de consumidora, é imperativa a desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada, com fulcro no art. 28, §5º, do CDC.

Ademais, a desconsideração da personalidade jurídica na hipótese vertente também se justifica pela incidência do art. 28, *caput*, do CDC, pois, pelos documentos que instruem os autos, não se pode ter como regular a extinção da empresa, apenas pelo fato de o distrato social ter sido registrado na junta comercial.

Com efeito, não basta que os sócios de uma empresa endividada realizem um termo de distrato, dividindo entre si os ativos da sociedade, sem que se apure o passivo social, e fim de que seja saldado, como se afere no caso dos autos, pelo termo de distrato de fls. 154/155.

Nesse sentido, o art. 1.036 do Código Civil exige que após a dissolução da sociedade empresarial, seja promovida sua incontinenti liquidação, a fim de apurar o ativo e o passivo empresarial, promovendo a quitação dos débitos e a divisão do ativo remanescente, não podendo os sócios da empresa promoverem a dissolução da sociedade de forma apenas a se dividir o ativo da sociedade, ignorando a existência de obrigações pendentes de cumprimento.

Na lição de André Luiz Santa Cruz: “É obvio que a liquidação é conduzida com a finalidade de atingir dois objetivos básicos: (i) a realização do ativo, com a venda dos bens da sociedade e a cobrança de seus devedores; e (iii) a satisfação do passivo, com o pagamento de todos os seus credores. (Direito Empresarial Esquemático, Segunda Edição, Editora Método, pag. 382/383)

Nos termos do art. 1.103, inciso I e parágrafo único, do CPC para se proceder a indispensável liquidação da sociedade após sua dissolução, deve ser nomeado

liquidante, que promoverá a publicação e averbação da respectiva ata, quando ao nome empresarial será acrescido da expressão “em liquidação”.

Diante do exposto, fica claro que a simples averbação do termo de dissolução da sociedade não basta para exonerar a responsabilidade da empresa e de seus sócios, mesmo porque, à junta comercial compete apenas a análise dos aspectos formais do termo de distrato, nos termos do art. 40 da Lei 8.934/94.

No caso dos autos está comprovado que não houve a indispensável liquidação da sociedade empresária, tornando manifestamente irregular a forma pela qual houve a extinção da pessoa jurídica agravada.

Com efeito, a certidão simplificada juntada à fl. 134, datada de 10/04/2013, atesta que a última averbação realizada no registro da empresa foi o termo de distrato, não havendo qualquer menção a liquidação da sociedade

Ademais, na ausência de liquidação da sociedade, não se pode ignorar a previsão expressamente condita no termo de distrato de que os dois sócios C.M.A.P. e A.B.A.P., permanecem responsáveis pessoalmente pelos ativos e passivos supervenientes, o que torna imperativo o direcionamento da execução ao patrimônio dos sócios da empresa.

Nesse sentido é expressa a Cláusula Quarta do termo de distrato de fls. 154/155, que assim dispõe: “*A responsabilidade pelo ativo e passivo porventura supervenientes, fica a cargo dos ex-sócios C.M.A.P. e A.B.A.P., que se compromete, também, manter em boa guarda os livros e documentos da sociedade distratada.*”

Em suma, havendo a extinção irregular da sociedade empresária, decorrente da ausência de liquidação, ocasionando óbice intransponível a satisfação de direito de consumidor, é de rigor a desconsideração da personalidade jurídica, com fulcro no art. 28, *caput* e §5º do CDC, máxime, quando no termo de distrato os sócios da empresa se declaram pessoalmente responsáveis pelos débitos remanescentes.

Diante do exposto, e rogando as mais respeitosas vênias ao ilustre Desembargador Relator, conheço e DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento, para decretar a desconsideração da personalidade jurídica da empresa agravada BUFAIÇAL REPRESENTAÇÕES LTDA, com fulcro no art. 28, *caput* e §5º do CDC, a fim de permitir

que os atos executivos sejam direcionados contra o patrimônio pessoal dos ex-sócios da empresa, Sra. C.M.A.P. e Sr. A.B.A.P.

É como voto.

Provejo o agravo.

Desa. Leila Arlanch (Vogal) – Senhor Presidente, peço respeitosa vênia ao Relator, e acompanho o 1º Vogal porque a relação é de consumo e não obstante a empresa ter encerrado suas atividades, não comprovou que quitou os débitos que tinha com seus credores.

■ ■ ■ DECISÃO

Agravo conhecido. Provido, por maioria. Redigirá o acórdão o 1º Vogal.