

Nº 0110537-15.2013.8.26.0000 - Agravo de Instrumento - São Paulo - Agravante: Massayoshi Paulo Nishimura - Agravado: Grupo Essentium S. L. - DECISÃO Nº 17.424 AGRV. Nº: 0110537-15.2013.8.26.0000 COMARCA: SÃO PAULO AGVTE.: MASSAYOSHI PAULO NISHIMURA AGVDO.: GRUPO ESSENTIUM S.L. VISTO. 1. Trata-se de agravo de instrumento tirado por Massayoshi Paulo Shimura contra a r. decisão copiada às fls. 156/157 que, nos autos da medida cautelar inominada ajuizada por Grupo Essentium S.L., concedeu liminar para suspender a exigibilidade da obrigação de integralização das 10.000.000 (dez milhões) de novas ações subscritas pelo agravado na sociedade corré Niplan Engenharia S.A. , no valor de R\$32.000.000,00 (trinta e dois milhões de reais), além de determinar a abstenção da prática de qualquer ato de cobrança do referido valor ou a imposição de penalidades contratuais ou estatutárias em decorrência da não integralização até que a lide seja levada ao Tribunal Arbitral competente, com pretensão de atribuição de efeito suspensivo ao recurso. 2. De início, observo que, não obstante a existência de cláusula contratual determinando a submissão de eventuais litígios entre as partes ao Regulamento de Arbitragem da International Chamber of Commerce "ICC", ainda assim é competente a justiça comum para decretar medidas cautelares e outras providências urgentes que se fizerem necessárias antes de instituída a arbitragem. No mesmo sentido a jurisprudência: "AGRADO DE INSTRUMENTO. Medida cautela liminar deferida para suspensão dos efeitos de cláusula do acordo de acionistas. O r. despacho hostilizado não viola a Lei nº 9.307/96, porquanto a agravada não tinha outra alternativa senão socorrer-se do Poder Judiciário, uma vez que a arbitragem não havia sido instituída, o que, como é notório, depende de inúmeras providências e demanda tempo. O próprio regulamento da Corte Internacional de Arbitragem, CCI, eleita pelas partes, permite o acesso ao Judiciário em determinadas circunstâncias, inclusive medidas cautelares ou provisórias. Recurso desprovido." (TJSP, AI 384.896-4/4-00 Rel. Des. SÉRGIO GOMES, julg. 03/05/2005). Ainda: "JUÍZO ARBITRAL. Medida cautelar. Competência da justiça comum. Juízo arbitral. Medida cautelar antes da instauração. competência da justiça comum. Compete à justiça comum decretar medidas cautelares e outras providências urgentes que se fizerem necessárias antes de instituída a arbitragem, as quais não perderão o objeto mesmo depois de instaurado o juízo arbitral, para dar efetividade às suas decisões. Provimento do recurso. (TJRJ; AC 16879/2003; Rio de Janeiro; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho; Julg. 24/09/2003) (Publicado no DVD Magister nº 17 - Repositório Autorizado do STJ nº 60/2006 e do TST nº 31/2007)." No mais, a medida cautelar é providência jurisdicional destinada à proteção de bens jurídicos objeto de processo judicial ou em vias de sê-lo, e que estão sob iminente ameaça de dano ou de desaparecimento. Visa atender a interesses nitidamente processuais de resguardo da eficácia prática do processo de conhecimento e de execução. São requisitos específicos da medida cautelar: a) fumus boni juris (fumaça do bom direito) é a plausibilidade do direito substancial invocado por quem pretenda a segurança. Significa a possibilidade de existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar; b) periculum in mora (perigo da demora) dano potencial, risco que corre o processo principal de não ser útil ao interesse demonstrado pela parte caso a tutela jurisdicional demore. O perigo justificador da tutela cautelar deve ser: (I) fundado - decorrente de situações demonstráveis por fatos concretos; (II) próximo - relacionado a uma lesão que deva ocorrer durante o curso do processo principal; e (III) grave e de difícil reparação - porque é preciso que não se possa reparar facilmente o dano iminente. "O que se aprecia na cautelar é o interesse processual pela segurança e eficácia do processo principal, partindo da apreciação do perigo de que a demora do processo possa alterar o equilíbrio inicial das partes e tornar inócuas e imperfeitas a providência final de composição da lide. Assim, o que se discute na ação cautelar é apenas se houve ou não o risco pela efetividade ou utilidade do processo principal, e nunca se a parte tem ou não direito subjetivo material que se pretende opor à outra parte. A solução da lide fica inteiramente reservada para a função jurisdicional de cognição ou de execução, de maneira que, qualquer que seja a decisão do processo cautelar, não há reflexos, nem vantajosos nem perniciosos, sobre a decisão de mérito" (Humberto Theodoro Júnior, Processo Cautelar, 17ª ed., 1998, LEUD, p. 96). No caso presente, duvidosa a fumaça do bom direito do agravado, ao se verificar suas alegações e os poucos elementos probatórios trazidos aos autos, porque, a par de sustentar que teriam sido fraudados dados contábeis quando da aquisição de 50% das quotas da sociedade Niplan Participações, cláusula contratual dá conta que o ora agravado ..."realizou auditoria exaustiva na Sociedade e suas controladas, com acesso às informações legais, operacionais, técnicas, financeiras, contábeis e documentos da Sociedade e suas controladas, inclusive tendo acesso às suas instalações físicas, administradores e funcionários, nos termos e condições previstos nesta Cláusula ("Due Diligence"), sendo todas as informações prestadas, e sua respectiva verificação, suficientes para respaldar a operação aqui contratada." (cf. cláusula 7.1 pág. 62). Ainda, os documentos dos autos dão conta que os balanços financeiros e contábeis, dos anos de 2011 e 2012, foram expressamente aprovados pela Essentium (vide fls. 175 e segs.), contrariando, em princípio, a alegação de fraude na contabilidade da Niplan Engenharia. Todavia, a apuração da verdade real dos fatos não comporta exame na restrita cognição desta cautelar incidental, devendo, pois, a pretensão, no caso concreto, ser buscada no Tribunal Arbitral, inclusive diante do próprio caráter satisfatório da medida, eis que objetiva nada mais nada menos que um provimento satisfatório, com evidente contorno de pré-julgamento da pretensão final. E, sobre o tema, afora casos específicos em que se admite a tutela estatal para atender pretensão em caráter de urgência quando ainda não instituído o juízo arbitral (art. 22, § 4º), a doutrina tece os seguintes comentários, a saber: "Instaurado o juízo arbitral, desde que caracterizada e demonstrada em cognição sumária não exauriente a situação de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, assim como a probabilidade ou verossimilhança do direito alegado, qualquer dos litigantes poderão pleitear ao árbitro ou tribunal arbitral a concessão da tutela antecipada, acautelatória (típica ou atípica, voluntária ou contenciosa, nominada ou inominada) ou inibitória: poderão ainda pleitear alguma medida de coerção necessária à garantia ou realização do direito material ou produção de provas. Em outros termos, se o árbitro pode regular definitivamente, sem qualquer participação do Judiciário, a questão de fundo, o mérito do litígio, nos limites que a convenção autoriza, não se encontra qualquer razão plausível para impedi-lo, nas mesmas condições, a conceder incidentalmente medidas de urgência de ofício ou por requerimento dos interessados, desde que a hipótese vertente justifique a tomada desta providência emergencial. O árbitro ou tribunal decidirá a respeito da necessidade e conveniência da medida pleiteada, acolhendo ou rejeitando o pedido de tutela de urgência. Dessa decisão, assim como da sentença arbitral, não caberá qualquer forma de impugnação a ser dirigida ao Estado-juiz, ressalvada a possibilidade de propositura de ação anulatória pelas razões ensejadoras da anulação da sentença final (v. n. 55, infra). O juízo arbitral é soberano, e somente o árbitro ou o colégio é que, por maioria ou unanimidade, possui jurisdição privada e competência para decidir acerca do pedido de concessão de providência acautelatória, antecipatória ou inibitória. Desde que instaurado o juízo arbitral, inexiste possibilidade jurídica de o interessado dirigir qualquer desses requerimentos ao juiz togado que seria competente, originariamente, se fosse o caso, para conhecer da lide principal. E, assim, entendemos porque no momento em que as partes convencionaram a arbitragem como forma única de solução dos seus conflitos, porventura decorrentes do próprio contrato, apenas a jurisdição privada é que será competente para decidi-los, inclusive as lides acautelatórias deles decorrentes e outras medidas de urgências relacionadas com o mesmo objeto conflituoso. Como dissemos a pouco, em linha principiológica, sendo o árbitro competente para o processo e o conhecimento da lide principal, estará investido também de jurisdição paraestatal e competência definida pelas partes para apreciar e decidir os pedidos incidentais de tutela cautelar ou antecipatória (genérica ou específica). Os contornos desde deverão estar assinalados na convenção de arbitragem, através da indicação da matéria que seja objeto de apreciação pelo juiz privado (art. 9º, inc. III). Em outras palavras, a razão pela qual se funda essa orientação

repousa na exclusão consensual da jurisdição estatal para a solução dos conflitos decorrentes de determinada relação formada entre as partes, que optaram livremente pela arbitragem. Nessa linha de raciocínio, admite-se apenas a tutela estatal para atender pretensão em caráter de urgência quando ainda não instituído o juízo arbitral (art. 22, § 4º). Por outro lado, o árbitro apesar de deter uma parcela da jurisdição que lhe foi conferida pelos litigantes em convenção arbitral, não possui o poder de fazer valer a sua decisão de maneira coercitiva. Significa dizer que o árbitro ou colégio arbitral tem o poder de decidir a lide principal ou acessória, mas não possui a força para ordenar e fazer cumprir coercitivamente a sua determinação, ao inverso do que ocorre com o Estado-juiz. Após o deferimento da tutela de urgência e verificado o não cumprimento espontâneo da medida, o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral oficiará o órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa, solicitando que dê efetividade à medida já concedida. O requerimento será necessariamente instruído com a prova da existência da convenção arbitral, sendo dispensável qualquer outra formalidade ou demonstração (art. 22, § 4º). Nesse caso, ao Estado-juiz não é conferido pelo sistema qualquer poder para rever ou modificar a decisão concessiva da tutela emergencial proferida em juízo arbitral, nem mesmo indagar quanto à necessidade e utilidade da prova testemunhal, nas hipóteses em que a testemunha faltosa deva ser conduzida (art. 22, § 2º, in fine). Não há que se falar em poder discricionário do juiz ou em juízo de admissibilidade da tutela de urgência já concedida em jurisdição privada. Limitar-se-á o magistrado a executar coercitivamente, através da utilização do seu poder de império, a medida deferida pelo árbitro salvo para obstar violação da ordem pública ou dos bons costumes. Da sua inércia ou oposição em efetivá-la, o meio impugnação cabível é o remédio constitucional de mandado de segurança, a ser interposto perante o tribunal de instância imediatamente superior à do juiz que proferiu a decisão negativa ou simplesmente deixou de atender a solicitação formulada. (Dias Figueira Júnior-Arbitragem. Jurisdição e Execução. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, págs. 220,221,222, 224). A jurisprudência não discrepa: “**AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PLEITO DE PROVIDÊNCIA CAUTELAR, EM CARÁTER PREPARATÓRIO DE PROCEDIMENTO ARBITRAL. MEDIDA LIMINAR. NATUREZA EMINENTEMENTE SATISFATIVA, QUE ENSEJARIA A VIOLAÇÃO DOS LIMITES DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. INDEFERIMENTO QUE PREVALECE. AGRAVO IMPROVIDO.** Os contratos contêm cláusulas compromissórias, fixando que a solução dos conflitos ocorrerá por meio de arbitragem em país estrangeiro. As medidas pretendidas sob o rótulo cautelar, na verdade, têm natureza satisfativa, implicando verdadeira antecipação de tutela, cuja apreciação enseja a necessidade de exame de matéria inerente ao plano de atuação restrita do árbitro.” (TJSP, AI nº 0026767-61.2012.8.26.0000, Rel. Des. ANTONIO RIGOLIN). “**MEDIDA CAUTELAR - COMPROMISSO DE CESSÃO DE QUOTAS DE SOCIEDADE LIMITADA SUSPENSÃO DE PAGAMENTOS PELO RÉU - MEDIDA CAUTELAR DE CARÁTER SATISFATIVO - INADMISSÍVEL NA HIPÓTESE EM EXAME EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA DE COMPROMISSO ARBITRAL - EXCLUSIVIDADE DA CÂMARA DE ARBITRAGEM PARA DIRIMIR QUESTÕES ATINENTES À AVENÇA... RECURSO DESPROVIDO.**” (Apel. nº 9141258-35.2006.8.26.0000, Rel. Des. ELLIOT AKEL). E, conforme vem admitindo a jurisprudência, sob o aspecto estritamente processual, a lei “...permite expressamente ao julgador de segunda instância decidir monocraticamente, com base em jurisprudência dominante do respectivo tribunal” (STJ 5ª Turma, Resp. 404.837-RJ, REL. MIN. FELIX FISCHER), mesmo sem a intimação do recorrido para a resposta (STJ 1ª T., REsp. 789.025, REL. MIN. LUIZ FUX), razão pela qual, com fundamento no art. 557, § 1ºA, do CPC, ao recurso dou provimento, para reformar a r. decisão de fls. 156/157, que concedeu a liminar ao ora agravado. Int. - Magistrado(a) Ligia Araújo Bisogni - Advos: Jose Alcides Montes Filho (OAB: 105367/SP) - Ana Luisa Porto Borges (OAB: 135447/SP) - Rogério Silva Fonseca (OAB: 166448/SP) - Rafaella Ferraz Souza (OAB: 269762/SP) - Renata Rizzo (OAB: 315658/SP) - Tatiana Magalhães Florence (OAB: 104798/RJ) - Pateo do Colégio - sala 704

DESPACHO

Nº 0018712-87.2013.8.26.0000/50000 - Agravo Regimental - Carapicuíba - Agravante: Vidros & Vidros S/A - Agravado: Banco Sofisa S/A - VISTO. 1. Fls. 155/164: Mantendo a minha decisão de fls. 151/152, que indeferiu pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso, por seus jurídicos fundamentos. De outro lado, observo que a decisão que concede ou não pedido de efeito suspensivo não comporta recurso algum. O único recurso cabível, no procedimento do “agravo de instrumento” é o recurso de “agravo” a que se refere o § 1º, do art. 557, do Código de Processo Civil, contra a decisão que nega seguimento ao recurso. Sabe-se, ainda, que é pacífica a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal em rechaçar recurso contra decisão concessiva ou denegatória de liminar pelo Relator (cf. Rev. Trib. 675/116). Veja-se que a própria norma legal disciplina que a decisão, que concede ou denega liminar, permanecerá até o pronunciamento definitivo da turma julgadora (§ único do art. 527, do CPC), justamente para se evitar sucessivos pronunciamentos, que só prejudicariam a intenção da lei de dar maior celeridade ao processamento do agravo de instrumento. E, se o “agravo inominado” não cabe na espécie, já que tirado contra decisão que indeferiu pedido de atribuição de efeito suspensivo-ativo ao recurso, deixo de encaminhar o regimental à Mesa. 2. Cumpra-se, integralmente, o r. despacho de fls. 151/152. Int. - Magistrado(a) Ligia Araújo Bisogni - Advos: Karina Fernanda de Paula (OAB: 214344/SP) - Dimitrios Toledo Lazarou (OAB: 262356/SP) - Sidney Graciano Franze (OAB: 122221/SP) - Claudia Nahssen de Lacerda Franze (OAB: 124517/SP) - Pateo do Colégio - sala 704

Nº 0072104-39.2013.8.26.0000/50000 - Agravo Regimental - Limeira - Agravante: Lucas da Costa Kawasaki - Agravado: Unimed Limeira Cooperativa de Trabalho Medico - VISTO. 1. Fls. 37/50 Mantendo a decisão de fls. 27/29 por seus jurídicos fundamentos. 2. De outro lado, não obstante as razões do agravante, observo que o agravo regimental é o instrumento cabível contra decisão do Relator que nega seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com jurisprudência dos Tribunais, conforme disposição do § 1º, do art. 557, do CPC. Como se vê, claramente somente é cabível agravo regimental contra decisão do Relator que negar seguimento a recurso, nas hipóteses em que a lei lhe permite assim fazer. No caso, não houve negativa de seguimento à medida cautelar inominada, mas sim houve indeferimento do pedido de liminar, em razão do não preenchimento dos requisitos previstos no art. 798, do CPC. Sabe-se, ainda, que é pacífica a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal em rechaçar recurso contra decisão concessiva ou denegatória de liminar pelo Relator (cf. Rev. Trib. 675/116). E, conforme já se decidiu, “Também não há que se argumentar que o Regimento Interno desta Corte, em seu artigo 253, teria criado hipótese de recurso contra decisão monocrática do Relator que defere/indefere efeito suspensivo ou concede tutela antecipada do mérito. Isso porque, não pode o Regimento Interno sobrepor-se ao Estatuto Processual Civil vigente, o qual veicula uma hipótese de despacho irrecorribel, passível apenas de reconsideração. Dessa forma, não há outra interpretação plausível, se não a de que o Agravo Regimental seria cabível apenas contra decisão monocrática do Relator que negar seguimento ao recurso de Agravo de Instrumento, nos termos do artigo 527, inciso I, c.c. artigo 557, §1º, sendo ambos dispositivos do Código de Processo Civil.” (cf. AReg. nº 0046056-43.2013.8.26.0000/50000, Rel. Desª Vera Angrisani). No mesmo sentido: “**DIREITO PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. LIMINAR. INDEFERIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. INADMISSIBILIDADE.** Hipótese restrita apenas para caso de indeferimento do próprio recurso. Decisão irrecorribel. Além disso, com o julgamento da medida cautelar, este agravo regimental restou prejudicado pela perda do objeto.