



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2127738 - SP (2024/0071926-0)

RELATOR : **MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**
RECORRENTE : BERF PARTICIPACOES S.A
ADVOGADOS : ANTONIO DE PADUA NOTARIANO JUNIOR - SP154695
LUCAS AKEL FILGUEIRAS - SP345281
RECORRIDO : CITIBANK DISTRIBUIDORA DE TITULOS E VALORES MOB SA
ADVOGADOS : RICARDO CHIAVEGATTI - SP183217
BRUNA BRUNO PROCESSI - SP324099
CATARINA OLIVEIRA DE LIMA - DF069634
THIAGO LUIZ BLUNDI STURZENEGGER - DF021799
RAÍSSA MAMEDE LINS BRASILIENSE - DF065118
ADISSON TAVEIRA ROCHA LEAL - DF066432

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. SOCIETÁRIO. ECONÔMICO. FUNDO DE INVESTIMENTO EM PARTICIPAÇÃO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. VIABILIDADE DE AÇÃO DE ANULAÇÃO DE OPERAÇÃO DE AQUISIÇÃO SOCIETÁRIA E DE AÇÃO DE REPARAÇÃO. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA. PERTINÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ADEQUAÇÃO. NECESSIDADE. AUSÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS Nº 7/STJ.

1. A controvérsia dos autos resume-se em definir: (i) o cabimento da ação de produção antecipada de provas para fins de exibição de documento no âmbito do direito societário e econômico; (ii) a legitimidade da instituição financeira administradora de fundo de investimento em participação para figurar no polo passivo de ação de produção antecipada de provas, ajuizada com a finalidade de avaliar o cabimento de ação de anulação de operação de aquisição entre companhias e de ação de reparação de danos; (iii) a legitimidade ativa de acionista de sociedade vinculada ao grupo econômico, mas não cotista do fundo, para postular a exibição de documentos diretamente ao administrador.

2. A ação de produção antecipada de provas cuja pretensão é a exibição de documentos com a finalidade de avaliação da viabilidade da propositura de demanda futura que tenha por objeto controvérsias na seara do direito econômico exige a conjugação dos fatores pertinência, proporcionalidade, necessidade e adequação.

3. O fato de a ação de produção antecipada de provas favorecer a tomada de decisão instruída acerca da viabilidade do exercício do direito de ação não autoriza a prática da chamada *fishing expedition*, conduta que deve ser coibida.

4. O estrito âmbito de cognição da ação de produção antecipada de provas não deve ser utilizado como ferramenta para a promoção de assédio e pressão estratégica.

5. A legitimidade das partes, como elemento integrante das condições da ação, deve ser averiguada à luz da teoria da asserção, considerando-se as afirmações deduzidas na petição inicial, sem que se necessite adentrar as questões de mérito. Precedente.

6. Na ação de produção antecipada de prova que se pretenda a exibição de documentos no âmbito dos processos que versam sobre disputas societárias, a legitimidade passiva deve considerar a disponibilidade da documentação pelo requerido e a viabilidade do seu fornecimento e da quebra do sigilo comercial e industrial ponderadas a pertinência, a proporcionalidade, a adequação e a necessidade da medida. No polo ativo,

faz-se necessária a demonstração do interesse jurídico na colheita dessa prova, balizados pelos mesmos quatro elementos.

7. A instituição financeira administradora do fundo de investimento em participação não é parte legítima e não está obrigada a exibir documento em ação de produção antecipada de provas ajuizada com o objetivo de possibilitar a propositura de ação de anulação de operação de aquisição entre companhias e de ação de reparação decorrente de fraude no procedimento de reestruturação societária, especialmente quando as sociedades implicadas não figuram como parte na demanda. Na hipótese, a pertinência e a adequação não podem ser verificadas no procedimento estrito de cognição oportunizado pela ação de produção antecipada de provas.

8. A utilização por analogia do art. 105 da Lei das Sociedades Anônimas, que prevê como requisito mínimo ao requerimento de exigibilidade dos livros da companhia com a finalidade de apurar a ocorrência de violações a lei, estatuto ou suspeita de graves irregularidades, a representatividade de pelo menos 5% do capital social, mostra-se como parâmetro também adequado quando considerado o contexto dos fundos de investimento em participação.

9. As normas aplicáveis aos fundos de investimento dispõem expressamente que eles são constituídos sob a forma de condomínio com regramento específico ditado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

10. O patrimônio gerido pelo Fundo de Investimento em Participações (FIP) pertence, em condomínio, a todos os investidores (cotistas), de modo que, em tese, para que haja legitimidade para exigir documentos e registros do fundo, faz-se necessária a demonstração do percentual mínimo de 5% das cotas, sem se esquecer dos elementos pertinência, proporcionalidade, necessidade e adequação quando postulados em ação de produção de prova antecipada.

11. Na hipótese, é inviável rever o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias acerca da ausência de demonstração da representação mínima de 5% das cotas do fundo pela recorrente sem a análise dos fatos e das provas da causa, o que atrai a incidência da Súmula nº 7/STJ. A recorrente não só não demonstrou atender ao requisito mínimo, como também não é cotista direta do FID.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso especial interposto por BERF PARTICIPAÇÕES S.A., com fundamento no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

"Societário - Produção antecipada de provas para exibição de documentos - Sentença que inadmitiu a tutela pretendida - Insurgência da autora /apelante - Não acolhimento - Ilegitimidade da requerida, aqui apelada, como mera administradora de fundo de investimentos, para figurar no polo passivo da ação - Apelante que não se desincumbiu do ônus de provar que a requerida tem a obrigação legal de exibir os documentos que pleiteia (art. 399, I, CPC) - Alegação de que a apelada Citibank DTVM estaria 'envolvida nas transações potencialmente ilícitas do Grupo Bertin' e que poderia 'vir a ser réu em eventual ação futura de responsabilidade' que não justifica sua legitimidade para figurar no polo passivo da ação - Apelante que afirma, sem qualquer comprovação, ter 'solicitado reiteradamente a apresentação de documentos aos envolvidos', mas 'nada relevante lhe foi apresentado' - Tutela exibiria que deveria ser manejada contra os verdadeiros envolvidos na operação de aquisição da Bertin pela JBS - Falta de demonstração, ademais, de que a apelante seria detentora de, ao menos, 5% do capital social da Bertin, conforme exigido pelo art. 105 da LSA - Sentença mantida - RECURSO IMPROVIDO" (e-STJ fl. 1.334).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 1.364/1.

No recurso especial, a recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação dos seguintes dispositivos legais com as respectivas teses:

(i) arts. 381 e 399 do Código de Processo Civil - porque a autora possui o direito autônomo à prova, o qual pode ser oposto a qualquer terceiro que tenha a posse dos documentos que sirvam como fundamento para eventual ação futura, notadamente quando são documentos comuns, situação que evidencia a legitimidade do requerido;

(ii) arts. 105 e 109 da Lei nº 6.404/1976 - tendo em vista que, na condição de acionista indireta do Grupo Bertin, à época dos fatos, detém legitimidade para obter os documentos objeto da demanda;

(iii) arts. 1.022 e 489, § 1º, II e IV, do Código de Processo Civil - subsidiariamente, afirma que o acórdão combatido teria incorrido em negativa de prestação jurisdicional ao não apreciar aspectos relevantes da demanda suscitados nos embargos declaratórios referentes à legitimidade ativa e passiva e à ponderação de que a tutela exhibitória deveria ser manejada contra os Grupos Bertin e JBS, e não contra o Citibank.

Sustenta que o acórdão recorrido carece de fundamentação, pois não enfrentou todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, configurando deficiência das razões recursais e do princípio da dialeticidade. Essas alegações são apresentadas de forma subsidiária, caso não se entenda pela reforma do acórdão recorrido.

Defende, ainda, que o acórdão recorrido divergiu da jurisprudência do STJ e de outros tribunais ao interpretar o conceito de documento comum e o direito autônomo à prova. Alega que, conforme entendimento do STJ, o documento comum não se limita aos pertencentes ao requerente, estendendo-se àqueles referentes a relações laterais que digam respeito a seus interesses. Além disso, afirma que o direito autônomo à prova pode ser oposto a qualquer terceiro que tenha a posse dos documentos que sirvam como fundamento para eventual ação futura, mesmo que não haja relação societária direta entre as partes.

Cita acórdãos do STJ que reconhecem a possibilidade de ajuizamento de ação autônoma de produção antecipada de provas e exibição de documentos pelo procedimento comum, sem a necessidade de urgência ou caráter preparatório a uma ação principal, e alega que o direito de exigir a exibição de documentos pode ser exercido em razão de lei ou de contrato, independentemente de relação societária direta.

Destaca a divergência jurisprudencial no sentido de que a participação indireta confere à sócia cotista, que participa como sócia minoritária do quadro social de outras empresas, o direito de pedir a exibição de documentos que a lei confere aos sócios.

Contrarrazões apresentadas às e-STJ fls. 1564/1575, o recurso foi admitido (e-STJ fls. 1587/1588) e ascendeu a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia dos autos resume-se em definir: (i) o cabimento da ação de produção antecipada de provas para fins de exibição de documento no âmbito do

direito societário e econômico; (ii) a legitimidade da instituição financeira administradora de fundo de investimento em participação para figurar no polo passivo de ação de produção antecipada de provas, ajuizada com a finalidade de avaliar o cabimento de ação de anulação de operação de aquisição entre companhias e de ação de reparação de danos; (iii) a legitimidade ativa de acionista de sociedade vinculada ao grupo econômico, mas não cotista do fundo, para pleitear a exibição de documentos do administrador do fundo.

A insurgência não merece prosperar.

1. Breve histórico dos fatos.

Na origem, trata-se de ação de produção antecipada de provas para exibição de documentos na qual BERF PARTICIPAÇÕES. S.A. sustenta que é acionista minoritária do Grupo Bertin e que a incorporação de parte dos negócios do grupo pela JBS S.A. envolveu operações fraudulentas.

Narra que tomou ciência, em 2021, de documentos oficiais que indicariam que a operação de incorporação teria sido diversa daquela divulgada ao mercado, com ativos transferidos por valores inferiores ao real, através de contratos de gaveta. Alega que essas operações chamaram a atenção das autoridades, com acusações de fraude contra administradores dos Grupos JBS e Bertin.

A BERF PARTICIPAÇÕES S.A. busca obter documentos que considera necessários para verificar as suspeitas e viabilizar eventual ação declaratória de nulidade das operações. Postula, ao final, a exibição de documentos para verificar possíveis ações indenizatórias e de nulidade.

O juízo de primeiro grau proferiu sentença na qual indeferiu a produção antecipada de provas, conforme trecho que segue:

"A autora não pode pretender, pela singela via da produção antecipada de provas, a obtenção de documentos que pertencem a terceiros, notadamente com a existência de informações protegidas pelo sigilo fiscal e bancário.

Não se trata, friso, de documento próprio, pois a figura de sócia não se confunde com a do grupo que faz parte.

Evidente que a autora, na condição de integrante do grupo Berf, tem o direito de conhecer os detalhes das operações questionadas e, assim o fazendo, deliberar sobre possíveis medidas na defesa dos seus interesses.

Mas a obtenção dessas informações devem ser obtidas pelas vias próprias diretamente contra a sociedade Bertin S. A. (ou contra quem do grupo de direito) e não contra a instituição financeira que participou das operações que, repito, não pode ser compelida e apresentar dados que são protegidos pelos sigilos fiscais e bancário" (e-STJ fls. 1222/1223).

A Segunda Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso com os seguintes fundamentos: (i) o Citibank DTVM, como mero administrador do fundo Bertin FIP, não tem obrigação legal de exibir os documentos referentes às operações realizadas; (ii) a ação deveria ser manejada contra os verdadeiros envolvidos na operação de aquisição da Bertin pela JBS; (iii) a Berf não comprovou ser acionista minoritária do Grupo Bertin ou cotista do Fundo Bertin FIP com ao menos 5% do capital social, conforme o seguinte trecho:

"(...) a ação tem natureza exibir, incumbida à autora demonstrar que a requerida, aqui apelada Citibank DTVM, tem a obrigação legal de exibir os documentos que pleiteia (art. 399, I, CPC). A requerida, contudo,

como mera administradora do fundo Bertin FIP, à evidência, não tem essa obrigação, sendo parte manifestamente ilegítima para figurar no polo passivo da ação.

(...) se os verdadeiros envolvidos na operação recusaram-se a exhibir os documentos que a apelante reputa relevantes, incumbia a ela promover a produção antecipada de prova para exibição de documentos contra eles, que efetivamente tem a obrigação legal de exhibir, e não contra o administrador do fundo" (e-STJ fls. 1339/1340).

Rejeitados os subseqüentes embargos de declaração, sobreveio o presente recurso especial que se passa a examinar.

2. Da ação de produção de prova antecipada com a finalidade de exigir documento.

As turmas integrantes da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram posição, a partir da vigência do novo diploma processual civil, no sentido da coexistência harmônica e cabimento entre a ação autônoma de exibição de documentos pelo rito comum e os institutos processuais atinentes à produção antecipada de provas (arts. 381 e seguintes) e à exibição incidental de documentos e coisa (arts. 396 e seguintes), consideradas as particularidades de cada qual.

Ainda, consolidou-se a compreensão da ação de produção antecipada de prova como de natureza satisfativa, que consolida o direito autônomo à prova, quando esta for suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito ou quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação, hipóteses do art. 381, II e III, do Código de Processo Civil.

A propósito: Resp nº 2.166.999/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/3/2025, DJe de 26/3/2025; Resp nº 2.071.899/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/3/2024, DJe de 22/3/2024, Resp nº 1.803.251/SC, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/10/2019, DJe de 8/11/2019; Resp nº 1.774.987/SP, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 8/11/2018, DJe de 13/11/2018.

Desse modo, a ação de produção antecipada de provas para acessar documentação apresenta-se como um instrumento para que as partes possam avaliar a viabilidade e os riscos envolvidos em um eventual e futuro litígio.

Considerando que a prova que se pretende produzir previamente, com a finalidade de avaliar o cabimento de futura demanda, consiste na apresentação de documentos, mostra-se adequada a observância das condições mínimas previstas nos arts. 396 e seguintes do Código de Processo Civil. Faz-se necessária a especificação dos documentos, especialmente nas hipóteses em que se postula um conjunto de documentos, indicando-se com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair, este também requisito do art. 382.

No ponto, assim pondera Zulmar Duarte:

*"Ao apresentar o pedido de documento ou coisa, a parte **pretendente deverá pormenorizá-lo, permitindo sua perfeita identificação.** A utilização da expressão 'tão completa quanto possível' pelo dispositivo é indicativo de que a exigência pode ser abrandada, acaso a parte demonstre não deter todos os elementos de particularização do documento que pretende exhibir. Em contraponto, o*

requerimento e o deferimento também não podem dar margem para exhibições indiscriminadas de documentos, no que se tem taxado de 'fishing expeditions' ou, traduzindo a ideia para o âmbito nacional, dar uma tarrafada na pesca de provas. Esse cuidado deve ser acentuado ainda mais quando envolvida a exibição de conjunto (categoria) de documentos. 1.2. **A parte também deverá apontar o objetivo da prova, correlacionando o documento ou a coisa com as proposições de fato objeto de discussão no processo.** *Propriamente, é a demonstração da pertinência (relevância) na exibição solicitada (vide comentários ao art. 370, item 5), a existência de interesse no pedido formulado, na medida em que servirá para comprovar proposições factuais" (GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. Comentários ao Código de Processo Civil. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book. p.846. ISBN 9786559644995).*

O fato de a ação de produção antecipada de provas favorecer um processo instruído de tomada de decisão acerca de elementos cruciais à viabilidade e à pertinência do exercício do direito de ação não autoriza a prática da chamada *fishing expedition*, que deve ser coibida. Tal modalidade de atuação predatória desvirtua a utilização de instrumentos processuais, como a produção antecipada de provas, para finalidade distante daquela pretendida para a ferramenta jurídica, configurando verdadeiro uso indevido e pernicioso do sistema de Justiça.

Como destaca Rafael Gomiero Pitta,

"(...) o termo 'fishing expedition' é utilizado para se referir a situações em que uma parte se utiliza dos instrumentos processuais probatórios disponíveis nas cortes para tentar encontrar informações que não seriam consideradas relevantes para um julgamento.

Esta expressão teria sido utilizada pela primeira vez por uma corte no estado do Kansas, ao reverter um entendimento anterior que possibilitava a utilização de depoimentos na fase 'discovery'. Ao anular o próprio entendimento, a corte utilizou o termo 'fishing expedition' para caracterizar a tentativa das partes em se aproveitar da antecipação da prova para fins diversos.

*A controvérsia em relação ao 'fishing expedition' ocorre justamente porque as empresas que são partes potenciais em litígios judiciais se preocupam imensamente com informações importantes, e muitas vezes sigilosas, que podem ser expostas a pessoas indevidas no decorrer de um processo, sem que isso se reverta em benefício do próprio processo" (**Discovery e outros instrumentos processuais do common law.** Londrina: Thoth, 2021, pág. 211).*

É sabido que, no âmbito do mercado de capitais, é recorrente a utilização de pedidos probatórios amplos por acionistas ativistas ou investidores institucionais como forma de pressão estratégica. Tais pedidos, muitas vezes desvinculados de necessidade processual concreta, visam ao acesso a informações sensíveis — como projeções financeiras ou planos de expansão — com finalidades que transcendem a instrução probatória. Essa prática compromete a função instrumental do processo e ameaça a estabilidade da governança corporativa, exigindo do Judiciário um controle rigoroso quanto à pertinência e à proporcionalidade da medida requerida

A propósito do sistema da *common law*, é interessante aproveitar a experiência daqueles países na identificação de hipóteses de exercício abusivo do direito à prova, nas quais, para o caso brasileiro, a ação de produção antecipada de prova tem o potencial de servir de instrumento, desde que os Tribunais pátrios não se acautelem de bem definir suas hipóteses de admissibilidade.

Nesse sentido, como descreve Flávio Luiz Yarshell,

"Naquele ordenamento costuma-se identificar, genericamente, como exercício abusivo da 'discovery' a postulação que causa 'aborrecimento, embaraço, opressão, ou um excessivo ônus ou gasto', ou, ainda, com ilegítimo propósito de 'causar atrasos ou despesas à parte adversa'.

*É o caso de requerimento de informações inúteis ou excessivas objetivando atormentar a parte adversa ('overuse of discovery' ou 'overdiscovery'); do fornecimento de um elevado volume de documentos com intuito de dificultar o exame do requerente ('bulk discovery' ou 'hide and seek play'); do requerimento genérico e vago de informações ('fishing expedition'), inclusive com a incompleta delimitação de seu conteúdo; da recusa do fornecimento de informações requeridas, sob o falso pretexto de impossibilidade técnico-processual de colaboração ou pelo simples motivo de impedir o acesso a informação relevante, com a destruição de documentos ou através de outra forma intencional ou culposa de obstrução do uso da prova" **(Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009, págs. 196/197).*

Ainda, as decisões proferidas no âmbito dos tribunais da União Europeia (Tribunal de Justiça da União Europeia e Tribunal Geral) têm reafirmado, de forma recorrente, os limites à produção antecipada de provas quando esta se revela um instrumento potencial para práticas de *fishing expedition*. No contexto do direito societário, empresarial e concorrencial, as cortes europeias têm interpretado de modo restritivo a admissibilidade de medidas probatórias, especialmente aquelas que envolvem o acesso indiscriminado a documentos sensíveis e segredos empresariais.

O marco normativo mais relevante é a Diretiva 2014/104/UE, que regula o acesso a provas em ações privadas de reparação de danos por infrações ao direito da concorrência. O art. 5º da referida diretiva estabelece os parâmetros para que a produção de documentos possa ser admitida, "*justificação fundamentada com factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis, suficientes para corroborar a plausibilidade do seu pedido*" (art. 5º, § 1º, Diretiva 2014/104/UE).

O mesmo dispositivo pondera a necessidade da proporcionalidade do pedido:

"(...) os tribunais nacionais limitem a divulgação dos elementos de prova ao que for proporcional. Ao determinar se a divulgação requerida por uma parte é proporcional, os tribunais nacionais ponderam os interesses legítimos de todas as partes e dos terceiros interessados." (art. 5º, §3º, Diretiva 2014/104/UE).

Ainda, nas considerações iniciais da Diretiva, assim constou:

"(23) (...) Haverá que ter especial atenção de forma a impedir «investigações prospetivas», isto é, a pesquisa não específica ou excessivamente vasta de informações de improvável relevância para as partes na ação. Os pedidos de divulgação não deverão, pois, ser considerados proporcionados quando se referem à divulgação genérica de documentos no processo de uma autoridade da concorrência relativos a um determinado caso, ou à divulgação genérica de documentos apresentados por uma parte no contexto de um determinado caso. Tais pedidos de divulgação genérica não seriam compatíveis com o dever da parte demandante de especificar os elementos de prova ou as categorias de elementos de prova de forma tão precisa e estrita quanto possível."

Assim, a apresentação de documentos só pode ser admitida se houver delimitação precisa dos elementos requeridos e fundamentação quanto à sua relevância para o deslinde da controvérsia, de modo que a requisição de provas sem

conexão definida com a controvérsia materializa uma **exploração abusiva do processo judicial**, o que é incompatível com os princípios do contraditório e da proteção da confidencialidade empresarial.

No âmbito do direito econômico, aqui considerados o direito societário, concorrencial, de mercado de capitais e de propriedade industrial, há que se ter especial atenção com a utilização dos expedientes processuais como ferramenta de assédio e pressão estratégica. A ação de produção antecipada de provas não pode se tornar pretexto para uma exploração generalizada dos dados de uma companhia.

Tal entendimento guarda consonância com a orientação firmada no direito brasileiro, segundo a qual o acesso à prova, ainda que relevante para a elucidação de litígios empresariais, deve submeter-se aos princípios da proporcionalidade, da necessidade e da proteção ao sigilo comercial e industrial.

Ainda, há que se destacar que a CVM desempenha função regulatória e resolutiva essencial, cuja eficácia pode ser prejudicada pela divulgação judicial irrestrita de documentos sigilosos. A quebra da confidencialidade em tais casos compromete a cooperação dos regulados e desvirtua a finalidade fiscalizatória e conciliadora da atuação institucional. Daí a necessidade de resguardar tais comunicações contra pedidos genéricos e desproporcionais, sob pena de uso desvirtuado do processo.

Nesse contexto, a utilização da ação de produção antecipada de prova no âmbito do direito econômico deve ser admitido com cautela, observando-se a pertinência da prova produzida e da documentação da qual se determina a exibição. Naturalmente, preenchidos tais requisitos, a utilização do procedimento se revela como ferramenta ativa no controle privado de abusos e desvio de finalidades das companhias.

3. Da natureza do fundo de investimento em participação e da função de administrador desempenhada pela instituição financeira.

Anunciado no pedido inicial que os documentos postulados têm o potencial de promover demanda anulatória de operação de aquisição entre companhias, para a qual foi criado o fundo de investimento, administrado pelo recorrido e do qual a recorrente alega fazer parte, como mecanismo de reestruturação societária, faz-se necessária a análise da função desempenhada por este a fim de apurar sua legitimidade.

Ao disciplinar o mercado de capitais e estabelecer as medidas para o seu desenvolvimento, a Lei nº 4.728/1965, em seção dedicada às sociedades e aos fundos de investimento, reportou-se a estes como um ente que se constitui sob a forma de condomínio, a teor do disposto em seu art. 50:

*"Art. 50. Os **fundos em condomínios** de títulos ou valores mobiliários poderão converter-se em sociedades anônimas de capital autorizado, a que se refere a Seção VIII, ficando isentos de encargos fiscais os atos relativos à transformação.*

§ 1º A administração da carteira de investimentos dos fundos, a que se refere este artigo, será sempre contratada com companhia de investimentos, com observância das normas gerais que serão traçadas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º Anualmente os administradores dos **fundos em condomínios** farão realizar assembleia geral dos condôminos, com a finalidade de tomar as contas aos administradores e deliberar sobre o balanço por eles apresentado.

§ 3º Será obrigatória aos **fundos em condomínio** a auditoria realizada por auditor independente, registrado no Banco Central.

§ 4º As quotas de **Fundos Mútuos de Investimento constituídos em condomínio**, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, poderão ser emitidas sob a forma nominativa, endossável ou ao portador, podendo assumir a forma escritural" (grifou-se).

Do mesmo modo, ao disciplinar a constituição e o funcionamento dos fundos de investimento financeiro, a Circular nº 2.616/1995 do Banco Central do Brasil adotou um conceito que, de antemão, já definia a sua natureza jurídica:

"Art. 1º O fundo de investimento financeiro, **constituído sob a forma de condomínio aberto**, é uma comunhão de recursos destinados à aplicação em carteira diversificada de ativos financeiros e demais modalidades operacionais disponíveis no âmbito do mercado financeiro, observadas as limitações previstas neste Regulamento e na regulamentação em vigor" (grifou-se).

Com a edição da Lei nº 10.303/2001, que incluiu o inciso V no art. 2º da Lei nº 6.385/1976, as cotas dos fundos de investimento passaram a ser classificadas obrigatoriamente como valores mobiliários. A partir de então, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) passou a deter competência exclusiva para regular a matéria.

A **constituição sob a forma de condomínio** também constou das diversas instruções da CVM relacionadas com o tema, a exemplo da anterior CVM nº 555/2014, estando vigente na atualidade a Resolução CVM nº 175/2022, aplicável a todo e qualquer fundo de investimento registrado perante aquele órgão.

Confira-se:

"Art. 4º O **fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial**, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos, de acordo com a regra específica aplicável à categoria do fundo" (grifou-se).

Cumpre anotar também, apenas para fins de registro, visto que a lei civil não retroage para alcançar situações constituídas sob a vigência de lei revogada ou modificada, que a Lei nº 13.874/2019, antecedida pela Medida Provisória nº 881/2019 (Declaração de Direitos de Liberdade Econômica), acrescentou ao Código Civil, no Livro III - do Direito das Coisas, o Capítulo X, nele prevendo que "**O fundo de investimento é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de condomínio de natureza especial**, destinado à aplicação em ativos financeiros, bens e direitos de qualquer natureza" (art. 1.368-C - grifou-se).

Ressalta-se, a propósito, que, a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019, o Código Civil passou a prever expressamente a inaplicabilidade das disposições constantes dos arts. 1.314 a 1.358-A aos fundos de investimento e a competência exclusiva da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para disciplinar a matéria (art. 1.368-C, §§ 1º e 2º).

Antes disso, a definição da natureza jurídica dos fundos de investimento era um tanto conturbada na doutrina, como bem enfatiza Eduardo Montenegro Dotta:

"(...)

Em que pese a conceituação regulatória referir-se aos fundos de investimento enquanto condomínios, adentrando, desta forma, em sua natureza jurídica, parcela da doutrina tem compreendido que a natureza jurídica do instituto não se amolda integralmente à estrutura condominial prevista pela legislação civil (cf. artigos 1.314 e seguintes do Código Civil).

Os fundos de investimento, seguindo a orientação regulatória da Comissão de Valores Mobiliários, possuem patrimônio que, em atenção à política de segregação de recursos a que se submetem, não se mistura com o patrimônio de seu administrador, possuem também órgão interno de decisão com poderes deliberativos limitados – que corresponde à assembleia de cotistas – além de escrituração contábil própria, formulada por auditor independente, com balanço destacado da instituição administradora, elementos estes que não se observam na figura do condomínio tradicional descrito pelo Código Civil.

A estrutura jurídica dos fundos, considerados os itens que acabamos de listar, aproximam-no muito mais de uma fórmula societária do que de um condomínio, dado que, embora destituídos de personalidade jurídica, aos fundos de investimento são imputados direitos e deveres. Trata-se de entidade detentora de representatividade em suas relações internas e externas, a ponto da Comissão de Valores Mobiliários lhe garantir o direito, mediante deliberação tomada por quórum qualificado de cotistas, de realizar operações societárias de fusão, cisão ou incorporação.

Além disso, **as prerrogativas inseridas no artigo 1.314 do Código Civil não podem ser exercitadas pelo cotista de um fundo de investimento, uma vez que este não desfruta – de forma plena – de direitos em face dos ativos subjacentes ao fundo constituído, tal qual o condômino possui em relação à copropriedade condominial, mas somente direitos ligados à fração representativa da sua participação proporcional no fundo.**

A tese de Ricardo de Santos Freitas é precisa neste ponto: O artigo 1314 do Código Civil estabelece que cada condômino pode usar da coisa conforme a sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a divisão, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la. Assim, não obstante a pluralidade de titulares, o condomínio, enquanto instituto típico regulado pelo Código Civil representa direito real de domínio que confere a cada co-titular o direito de uso, gozo e disposição sobre a sua parte ideal. **As estruturas de fundo reguladas pela CVM, no entanto, não permitem que os investidores exerçam plenamente os direitos mencionados no artigo 1314 do Código Civil.** Com efeito, a regulamentação dos FI's, por exemplo, estabelece que, no caso de fundo aberto, suas cotas são intransferíveis. Como se vê, **as normas específicas aplicáveis no Direito Brasileiro aos diferentes tipos de fundos não permitem a livre disposição pelo titular de sua parte ideal**, divergindo, portanto, do tratamento dado ao condomínio geral no Código Civil.

Ao estudar a natureza jurídica dos fundos de investimento imobiliário – uma das modalidades de fundos admitidos pela Comissão de Valores Mobiliários – Arnoldo Wald compreendeu que: 'Quer se cogite de um condomínio especialíssimo ou sui generis de uma sociedade sem personalidade jurídica, na terminologia do Código de Processo Civil, ou de uma forma de trust já adaptado e consagrado pelo Direito brasileiro, a designação e a semântica são secundários, pois **o importante é a capacidade substantiva e adjetiva do Fundo para adquirir e transmitir direitos, atuar em Juízo e praticar todos os atos da vida comercial, embora só possa exercer sua atividade por intermédio de seu gestor.** Não se trata de contrato de comissão, pois os bens não são adquiridos em nome do gestor e por conta dos condôminos, mas em nome do Fundo e para o mesmo'. Para o respeitado jurista, o fundo de investimento 'é uma fórmula fiduciária pela qual os investimentos podem ser realizados em nome do fiduciário e no interesse do fiduciante, assemelhando-se ao trust, sob forma que também tem sido aceita e consagrada no Direito Comparado,

não só nos países que admitem o trust como os Estados Unidos, mas também nas legislações de tradição romana, como acontece em Portugal e na França, segundo pudemos verificar nas transcrições de texto legislativo que fizemos. Não há, assim, qualquer dúvida quanto à possibilidade do Fundo Imobiliário ser titular em nome próprio de direitos e obrigações'.

Na nossa compreensão os fundos de investimento adotam uma disciplina jurídica que não se confunde com o instituto civil do condomínio, melhor se caracterizando, tal qual ponderado pelo Professor Arnoldo Wald como uma estrutura jurídica por intermédio da qual os investidores admitem um administrador – investido na capacidade de representação e administração dos negócios do fundo – e que, por intermédio de sua gestão, realiza operações nos mercados financeiro, de capitais, e de futuros, obrigando-se, de acordo com as especificações constantes do regulamento do fundo e das normas regentes da sua atividade, a envidar os melhores esforços para obter a maior rentabilidade possível ao capital investido, dentro do perfil de exposição – indicado na política de investimentos – aos possíveis elementos de risco." (Responsabilidade civil dos administradores e gestores de fundos de investimento, São Paulo: Almedina, 2018, págs. 90-94 - grifou-se)

Na conclusão de seu estudo a respeito da natureza jurídica dos fundos de investimento, Ricardo de Santos Freitas acentua que

"(...) a insistente e expressa atribuição da condição de condomínio aos fundos de investimento, pelo legislador, na totalidade das espécies existentes, não tem o condão de subsumi-los ao instituto de Direito Civil. O conjunto de relações jurídicas compreendidas em um fundo de investimento colidem com as normas insculpidas no Código Civil como reguladoras da figura condominial.

Em alguns países, como na Espanha, o legislador chega expressamente a vedar a utilização subsidiária das normas relativas à co-propriedade, na aplicação do Direito a tais formas.

A teoria da organização associativa parece ser a que melhor resolve as dúvidas suscitadas pela dogmática dos fundos de investimento, e a mais consentânea com o ordenamento jurídico brasileiro.

(...)

Deveria, pois, o legislador dar sua parcela de contribuição eliminando da regulamentação dos fundos de investimento qualquer referência ao instituto condominial.

(...)

Decorre dessa conclusão que o aplicador do Direito deverá obrigatoriamente servir-se, subsidiariamente à norma legal específica e ao regulamento do fundo, em cada caso concreto, das normas e princípios inspiradores do Direito Societário" (Natureza jurídica dos fundos de investimento, São Paulo: Quatier Latin, 2006, págs. 269-271 - grifou-se).

A despeito do desencontro de teses no âmbito doutrinário, importa reconhecer, para os fins que aqui interessam, que: **a) as normas aplicáveis aos fundos de investimento dispõem expressamente que eles são constituídos sob a forma de condomínio; b) nem todos os dispositivos legais que disciplinam os condomínios são indistintamente aplicáveis aos fundos de investimento, sujeitos a regramento específico ditado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM); c) aos fundos de investimento, embora destituídos de personalidade jurídica, são imputados direitos e deveres, tanto em suas relações internas quanto externas, e d) não obstante exercerem suas atividades por intermédio de seu administrador e gestor, os fundos de investimento podem ser titular, em nome próprio, de direitos e obrigações.**

Feitas tais considerações acerca da natureza jurídica dos fundos de investimento e seus cotistas, importa ao presente caso a consideração da **atuação das instituições financeiras na condição de administradoras**, tendo em vista a conclusão do acórdão recorrido quanto à ilegitimidade do recorrido para figurar no polo passivo da ação com fundamento na limitação da sua posição como administrador de fundos de investimento.

Nos termos da regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), o administrador do fundo de investimento em participação ocupa posição de destaque na estrutura jurídica da comunhão de recursos que caracteriza essa modalidade de investimento coletivo. Trata-se do principal responsável pela constituição, funcionamento, manutenção e liquidação do fundo, exercendo, por força normativa, atribuições de natureza fiduciária e operacional, em nome e no interesse dos cotistas.

Diversos autores destacam a modificação da extensão de suas funções, responsabilidade e dever de fiscalização, em razão da modificação ao longo dos anos da regulamentação dos fundos, ponderando inclusive a manutenção do seu protagonismo, bem como a distorção das práticas de mercado, na medida em que muitas vezes o gestor procura instituição financeira disposta a prestar-lhe os serviços necessários à constituição e administração do fundo.

De modo geral, a Resolução CVM nº 175/2022, que atualmente disciplina a constituição, a administração, o funcionamento e a divulgação de informações dos fundos de investimento no Brasil, estabelece, em seus arts. 3 e 12, que o administrador é a pessoa jurídica legalmente autorizada pela CVM para prestar os serviços de administração fiduciária de fundos de investimento. Cabe a ele a constituição do fundo, a elaboração do regulamento, a contratação dos prestadores de serviços essenciais (como gestor, custodiante e auditor independente), bem como a representação ativa e passiva da carteira perante terceiros e perante o Poder Judiciário no âmbito de suas funções.

Ainda conforme a Resolução CVM nº 175/2022, incumbe ao administrador assegurar o cumprimento das disposições legais e regulamentares aplicáveis ao fundo, bem como as diretrizes constantes de seu regulamento. Com efeito, o administrador é o responsável pela supervisão das atividades desempenhadas por terceiros por ele contratados, inclusive o gestor, no caso de gestão separada. Isso significa que, embora não detenha, necessariamente, poderes decisórios sobre a política de investimento (a qual pode ser delegada ao gestor profissional), subsiste o dever de fiscalizar o adequado desempenho dessa função, atuando como garantidor da integridade e legalidade das operações realizadas no âmbito da carteira do fundo.

O grau de autonomia do administrador está, portanto, limitado pelos parâmetros legais, regulatórios e contratuais. O administrador não é apenas um coordenador técnico, mas uma figura central na estrutura fiduciária do fundo, com deveres que transcendem a mera prestação de serviços administrativos.

Em síntese, o administrador do fundo de investimento atua como o núcleo fiduciário da estrutura do fundo, sendo titular de relevantes responsabilidades de natureza jurídica, operacional e institucional. Seu papel é fundamental para o funcionamento regular e seguro do mercado de capitais, especialmente diante da

crescente complexidade e sofisticação dos produtos ofertados aos investidores. Sua autonomia, embora significativa, é funcionalmente limitada à observância do arcabouço normativo vigente e à salvaguarda do interesse coletivo dos cotistas.

4. Da legitimidade das partes na ação de produção de provas com a finalidade de exibição de documentos.

A legitimidade da parte para atuar como sujeito ativo e passivo da relação processual, regra geral, vem sendo analisada à luz da teoria da asserção, conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior, isto é, considerando-se as afirmações deduzidas na petição inicial, sem que se necessite adentrar nas questões de mérito (AgInt no AREsp 966.393/RJ, Terceira Turma, DJe de 14/2/2017; AgInt no AREsp 655.388/RO, Quarta Turma, DJe de 7/12/2016; REsp 1.605.470/RJ, Terceira Turma, DJe de 1º/12/2016; REsp 1.314.946/SP, Quarta Turma, DJe de 9/9/2016).

Conforme acima ponderado, no contexto das disputas de direito econômico, especialmente na produção antecipada de provas, faz-se necessária a verificação da pertinência, proporcionalidade, adequação e necessidade no mérito processual. Contudo, na análise das condições da ação, entre elas a legitimidade das partes, deve-se considerar as afirmações deduzidas na inicial e a pretensão jurídica a que se destina a prova a ser antecipadamente produzida.

Ao defender a prevalência da mencionada teoria, Alexandre Freitas Câmara pontua:

"(...) As 'condições da ação' são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indisfarçável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das 'condições da ação' significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o direito material. Pense-se, por exemplo, na demanda proposta por quem se diz credor do réu. Em se provando, no curso do processo, que o demandante não é titular do crédito, a teoria da asserção não terá dúvidas em afirmar que a hipótese é de improcedência do pedido. Como se comportará a outra teoria? Provando-se que o autor não é credor do réu, deverá o juiz julgar seu pedido improcedente ou considerá-lo 'carecedor de ação'? A se afirmar que o caso seria de improcedência do pedido, estariam os defensores dessa teoria admitindo o julgamento da pretensão de quem não demonstrou sua legitimidade; em caso contrário, se chegaria à conclusão de que só preenche as 'condições da ação' quem fizer jus a um provimento jurisdicional favorável.

Parece-nos, assim, que apenas a teoria da asserção se revela adequada quando se defende uma concepção abstrata do poder de ação, como fazemos. As 'condições da ação', portanto, deverão ser verificadas pelo juiz in statu assertionis, à luz das alegações feitas pelo autor na inicial, as quais deverão ser tidas como verdadeiras a fim de se perquirir a presença ou ausência dos requisitos do provimento final" (Lições de Direito Processual Civil, Volume I, 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, págs. 132-133 - grifou-se).

Dessa forma, cabe analisar das próprias alegações, em tese, se o requerente possui direito na produção da prova e se o requerido possui relação jurídica ou fática pertinente ao objeto probatório. Ressalta-se, contudo, que essa análise, pela ótica da teoria da asserção, não afasta a necessidade de o juiz apreciar, já nesse momento inaugural, se a medida pretendida revela-se pertinente, necessária e adequada ao fim

colimado, em atenção ao direito fundamental à prova e à vedação de expedientes protelatórios ou que impliquem devassa indevida. Assim, a teoria da asserção opera como filtro inicial de legitimidade, sem prejuízo do exame, de natureza instrumental, quanto à utilidade e à proporcionalidade da produção antecipada do meio probatório.

Nesse contexto, na ação de produção antecipada de prova que se pretenda a exibição de documentos no âmbito dos processos que versam sobre disputas societárias, a legitimidade passiva deve considerar a disponibilidade da documentação pelo requerido e a viabilidade do seu fornecimento e da quebra do sigilo comercial e industrial ponderadas a pertinência, a proporcionalidade, a adequação e a necessidade da medida.

No polo ativo, faz-se necessária a demonstração do interesse jurídico na colheita dessa prova, (i) para empregá-la em processo futuro; (ii) para se precaver de um eventual processo judicial; (iii) para subsidiá-lo na decisão de ajuizar ou não uma demanda; (iv) para tentar obter uma solução extrajudicial de seu conflito, balizados pelos mesmos elementos de pertinência, proporcionalidade, adequação e necessidade da medida.

5. Da legitimidade passiva da instituição financeira demandada, administradora do fundo de investimento em ação de produção antecipada de provas e da viabilidade do pedido.

A parte autora, em sua inicial, relata uma série de operações realizadas pelas companhias envolvidas para fins de aquisição do Grupo Bertin pela JBS S.A., da qual teria tomado conhecimento após a divulgação de processos de investigação pela CVM, Receita Federal, Tribunal de Contas e informações compartilhadas a partir dos acordos de leniência firmados pela JBS S.A., além de informações decorrentes de processo de *discovery* envolvendo outras operações e fundos nos Estados Unidos da América.

O emaranhado de várias operações descritas na inicial envolvendo a constituição do fundo de investimento, emissão de ações e outras tantas operações, assim fundamentam a propositura da demanda:

*"109. A Berf, como acionista minoritária do Grupo Bertin, ajuíza esta ação com o intuito de produzir provas para **verificar possíveis ações indenizatórias contra o Grupo Bertin e seus administradores, JBS e seus administradores e, eventualmente, contra o Réu.***

*110. Além disso, há o intuito de ajuizar **possível ação declaratória de nulidade das operações retratadas acima, realizadas no contexto da incorporação da Bertin pela JBS, caso os documentos fornecidos permitam concluir que a operação foi realizada, como ao que tudo indica, em fraude à lei.***

111. Trata-se de ações a serem ajuizadas com fundamento nos artigos 186 e 187, bem como 166 a 169 do Código Civil.

112. Quanto ao Réu, sua presença no polo passivo deriva dos documentos e informações de que tem conhecimento e que estão em sua posse, envolvendo os fatos tratados no capítulo anterior.

*113. O **Citibank DTVM era administrador do Bertin FIP e, por essa razão, participou diretamente de diversas das operações tratadas acima.***

114. Assim, a Berf requer, nos termos dos arts. 381, I e III, bem como 396 e seguintes do CPC, a exibição dos seguintes documentos: (i) 'Instrumento Particular de Compromisso de Investimento do Bertin Fundo de Investimento em participações', firmado em 11.12.2009, entre a Bracol Holding e o Citibank DTVM; (ii) Documentos societários, contratos e

comprovantes de pagamento relacionados a todas as transações com quotas de emissão do Bertin FIP.

115. A exibição desses documentos é fundamental para que a Autora possa avaliar se e qual ação deverá ser proposta em face dos responsáveis pelos potenciais ilícitos, bem como a extensão dos danos que a incorporação da Bertin pela JBS lhe causou" (e-STJ fls. 35/36 - grifou-se).

A Corte local afastou a legitimidade do banco, ponderando a necessidade de as demais envolvidas comporem a relação processual:

*"Portanto, se a ação tem **natureza exhibitória, incumbia à autora demonstrar que a requerida, aqui apelada Citibank DTVM, tem a obrigação legal de exibir os documentos que pleiteia (art. 399, I, CPC).***

*A requerida, contudo, como **mera administradora do fundo Bertin FIP**, à evidência, não tem essa obrigação, sendo parte manifestamente ilegítima para figurar no polo passivo da ação.*

(...)

*Ora, **se os verdadeiros envolvidos na operação recusaram-se a exibir os documentos** que a apelante reputa relevantes, **incumbia a ela promover a produção antecipada de prova para exibição de documentos contra eles**, que efetivamente tem a obrigação legal de exibir, e não contra o administrador do fundo, até porque, se documento comum existe e que igualmente justificaria a exibição, é entre a apelante Berf e Bertin /JBS.*

E, em caso de recusa, requerer ao juiz a adoção das medidas de apoio previstas no artigo 400, parágrafo único, do CPC, e até mesmo a consequência prevista no caput do art. 400, isto é, a presunção de veracidade dos fatos que, por meio do documento ou da coisa, se pretendia provar.

Quando muito, poder-se-ia admitir que a requerente, aqui apelante, pleiteasse a exibição contra a apelada, como terceira, uma vez esgotadas as possibilidades de obtenção dos documentos contra os verdadeiros envolvidos e desde que comprovado que referidos documentos estejam exclusivamente na posse do terceiro (art. 401, CPC), no caso a apelada, administradora do fundo" (e-STJ fls. 1.339/1.340)

Em um juízo de admissibilidade da prova que se pretende produzir, observado o já mencionado estrito âmbito de cognição da ação de produção antecipada de provas, não é possível extrair a presença dos requisitos para o reconhecimento da legitimidade do banco e para o deferimento da exibição dos documentos na presente via.

Dado que a ação foi proposta para avaliar eventual cabimento de ação de anulação da operação de aquisição envolvendo as companhias, hipótese do inciso III do art. 381 do Diploma Processual, bem como ações de reparação contra as companhias e contra a instituição financeira administradora do fundo, para a análise da legitimidade das partes, pertinência e adequação do pedido probatório, faz-se necessário analisar o cabimento da ação que se avalia propor.

Nesse ponto, há que se considerar que as possíveis pretensões ponderadas envolvem outras partes estranhas a essa relação processual. Além disso, especulam sobre o papel do administrador no fundo, sem especificar de que maneira este teria deixado de desempenhar sua função ou a teria feito de modo equivocado ou fraudulento.

Como anteriormente abordado, as funções atribuídas aos prestadores de serviços essenciais, como os administradores, são altamente regulamentadas pela CVM e pelos instrumentos de constituição e correspondentes alterações do fundo, delimitando-se a sua responsabilidade e dever de apresentação da documentação almejada à demonstração da pertinência específica de sua apresentação pelo banco.

O fato de que os documentos postulados são comuns à instituição financeira, o que configuraria, em uma demanda genérica, na legitimidade da parte em figurar no polo passivo da demanda, não é suficiente a demonstrar a pertinência, a necessidade e adequação da quebra do sigilo em mero procedimento de produção de prova antecipada, nem se mostra proporcional.

Ainda que se possa extrair a pertinência subjetiva para a produção da prova pretendida, a natureza dos documentos postulados, os quais contém informações comerciais sensíveis e guardam estrito vínculo de confidencialidade do Banco recorrido para com seus clientes, impunha que o pedido viesse acompanhado de mínimos indícios de sua necessidade e utilidade de sua postulação pela via do limitado procedimento.

Quanto à adequação, importa considerar que os atos a fundamentar eventual reparação e anulação ocorreram em 2009, momento da constituição do fundo e realização da operação de aquisição, fazendo-se para tanto ainda a análise de outras questões impeditivas a exemplo de eventual prescrição. Considerando a complexidade e seriedade das alegações iniciais, bem como os impactos decorrentes, e a existência de transação realizada na esfera administrativa com a CVM amplamente divulgada, a veiculação por meio de ação de produção de provas inviabiliza não só a análise da legitimidade da instituição financeira, como a da produção da prova em si na presente via.

6. Da legitimidade ativa da sociedade acionista de sociedade integrante do grupo econômico e cotista de fundo de investimento para exigir documentos.

Na ação de produção antecipada de prova em que se pretenda a exibição de documentos para averiguação da existência de direito violado a possibilitar o exercício do direito de ação, hipótese do inciso III, a legitimidade da parte requerente dependerá, regra geral, da utilidade da prova, nos termos do art. 381 do CPC.

Com efeito, em regra, o polo ativo pode ser composto por qualquer pessoa que tenha simples interesse jurídico na colheita dessa prova, seja para empregá-la em processo futuro, para se precaver de um eventual processo judicial, para subsidiá-lo na decisão de ajuizar ou não uma demanda, ou, ainda, para tentar, com base nessa prova, obter uma solução extrajudicial de seu conflito. Contudo, é necessário ao requerente apresentar "*em seu requerimento, razão suficiente (amoldada a um dos casos do art. 381) para a obtenção antecipada da prova*" (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil [livro eletrônico]: arts. 381 a 484. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021).

Além disso, como acima ponderado, faz-se indispensável a demonstração da pertinência, necessidade e adequação, especialmente no âmbito das ações do direito econômico, a fim de coibir o nomeado *fishing expedition*.

A utilização por analogia do art. 105 da Lei das Sociedades Anônimas, que prevê, como requisito mínimo ao requerimento de exigibilidade dos livros da companhia com a finalidade de apurar a ocorrência de violações a lei, estatuto ou suspeita de graves irregularidades, a representatividade de pelo menos 5% do capital social, mostra-se como parâmetro também adequado quando considerado o contexto dos fundos de investimento em participação.

Como esclarece Sérgio Campinho:

"A representatividade do acionista se justifica para obstar uma permanente devassa das operações e dos negócios da companhia por acionistas aparentes, possíveis concorrentes, ou por indivíduos com interesses antagônicos aos da sociedade. Coibe-se, com isso, que os livros fiquem à disposição de pessoas que adquiram ações com o deliberado intento de ter acesso aos negócios sigilosos da empresa exercida pela sociedade. O espírito da norma que resulta do texto normativo do art. 105 da LSA é o de reprimir pedidos abusivos ou fraudulentos de exibição" (in Ulhôa Coelho, Fábio. Coord. Lei das Sociedades Anônimas Comentada. Forense: Rio de Janeiro, 2022, fl. 382).

As normas aplicáveis aos fundos de investimento dispõem expressamente que eles são constituídos sob a forma de condomínio, mas nem todos os dispositivos legais que disciplinam os condomínios são indistintamente aplicáveis aos fundos de investimento, sujeitos a regramento específico ditado pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Assim, o patrimônio gerido pelo Fundo de Investimento em Participações (FIP) pertence, em condomínio, a todos os investidores (cotistas), de modo que, em tese, para que haja legitimidade para exigir documentos e registros do fundo, faz-se necessária a demonstração do percentual mínimo de 5% das cotas, do patrimônio, sem se esquecer dos elementos pertinência, proporcionalidade, necessidade e adequação quando postulados em ação de produção de prova antecipada.

O Tribunal de origem afastou a legitimidade da recorrente para postular os referidos documentos sob o fundamento de que não estaria comprovada sua condição de acionista minoritária ou cotista do fundo:

"Não bastasse, a apelante Berf não comprovou ser acionista minoritária do Grupo Bertin, segundo consta um grupo empresarial composto por cerca de 90 empresas. Aliás, não demonstrou nem mesmo ser cotista do fundo Bertin FIP, o qual, segundo se alega, teria sido constituído de forma fraudulenta.

A própria apelante afirma que a 'Berf não é sócia do Grupo Bertin como um todo' e que, na realidade, seria 'sócia direta da Heber Participações S. A' (fls. 1270, item 20). Quem, na realidade, era acionista da Bertin à época da incorporação e que, em tese, teria legitimidade para pleitear a exibição de documentos, era a Bracol Holding Ltda, da qual a Silmar Roberto Bertin e Heber Participações S. A eram sócios.

Questionável, pois, a própria legitimidade da apelante Berf Participações S. A, como mera acionista da Heber Participações S. A que, por sua vez, era sócia da Bracol Holding Ltda, para exigir a exibição de documentos de uma operação entre a Bertin e a JBS.

A propósito, a apelante, embora tenha justificado seu pleito com base nos artigos 105 e 109, III, da Lei de Sociedades Anônimas, não comprovou ser detentora de, pelo menos, 5% do capital social, como exigido pela referida lei" (e-STJ fls.1.341/1.342).

No âmbito da pertinência e adequação, novamente, há que se considerar que o pedido de produção antecipada de provas foi veiculado por parte não integrante do fundo, conforme constou na decisão recorrida.

Na hipótese, rever o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias acerca da ausência de demonstração da condição de acionista minoritária da recorrente demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, o que é inviável no recurso especial pelo óbice da Súmula nº 7/STJ.

Anota-se, ainda, que a aplicação da Súmula nº 7/STJ em relação ao recurso especial interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional prejudica a análise da mesma matéria indicada no dissídio jurisprudencial.

7. Da ausência de negativa de prestação jurisdicional.

Registra-se que o tribunal de origem se pronunciou acerca dos pontos levantados pela recorrente, legitimidade ativa e passiva e desnecessidade do manejo da ação contra os Grupos Bertin e JBS, e não contra o Citibank, mesmo que de modo breve, afastando os argumentos deduzidos que, em tese, seriam capazes de infirmar a conclusão adotada.

Como se sabe, cabe ao julgador apreciar os fatos e as provas da demanda segundo seu livre convencimento, declarando, ainda que de forma sucinta, os fundamentos que o levaram a solucionar a lide.

Desse modo, o não acolhimento das teses ventiladas pela parte recorrente não significa omissão ou deficiência de fundamentação da decisão, ainda mais quando o aresto aborda todos os pontos relevantes da controvérsia, como na espécie, o que afasta o pedido subsidiário.

A propósito:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCIDENTE PROCESSUAL. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA EXECUTADA. PRECLUSÃO. OCORRÊNCIA. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. TEORIA MENOR. OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DOS DANOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. REQUISITOS CONSTATADOS. REVISÃO. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PENHORA SOBRE SALDO DE PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. POSSIBILIDADE. NÃO UTILIZAÇÃO PARA FINS ALIMENTARES. REVISÃO. NECESSIDADE DE INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC /2015. ANÁLISE CASUÍSTICA. NÃO OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Não ocorre negativa de prestação jurisdicional quando o Tribunal de origem examina, de forma fundamentada, todas as questões que lhe foram submetidas, ainda que tenha decidido contrariamente à pretensão da parte. Nesse contexto, esta Corte já se manifestou no sentido de que não há se confundir decisão contrária aos interesses da parte e negativa de prestação jurisdicional, nem fundamentação sucinta com ausência de fundamentação.

2.(...)."

(AgInt no AREsp 2.205.438/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 16/2/2023 - grifou-se)

Registra-se que, mesmo à luz do art. 489 do CPC, o órgão julgador não estaria obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas a respeito daqueles capazes de, em tese, de algum modo, infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador (inciso IV). A motivação contrária ao interesse da parte, ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo julgador, não autoriza o acolhimento dos embargos declaratórios.

8. Dispositivo.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

Na origem, os honorários sucumbenciais foram fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, os quais devem ser majorados para o

patamar de 20 % (vinte por cento) em favor do advogado da parte recorrida, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observado o benefício da gratuidade da justiça, se for o caso.