

ANTONIO CEZAR PELUSO

RECURSO ESPECIAL Nº 1.385.932-RJ – JULGAMENTO INICIADO

RECTE.: TELEMAR NORTE LESTE S.A.

RECDO.: EDMILSON DE MEDEIROS MOURÃO

P A R E C E R

I – CONSULTA

1. O ilustre advogado Luis Felipe Cunha dá-nos a honra de consulta sobre a sorte de recurso especial interposto pela ré, Telemar Norte Leste S.A., contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, dando, por maioria, provimento a apelação de Edmilson de Medeiros Mourão, reformou sentença que, sob fundamento último de ilegitimidade ativa *ad causam* deste, lhe extinguiu, sem decisão de mérito, ação condenatória de entrega de ações devidas nos termos de contrato de participação financeira em investimento do sistema telefônico, em cúmulo com pedido incidental de exibição de documento e de indenizações a diversos títulos, acrescidas de multa contratual e consectários. A recorrente não se conforma com a decisão de continuidade do processo, alegando em síntese, no que interessa à consulta, que, tocando-lhe esse ônus, o qual, incidente sobre fatos constitutivos, não podia ter sido invertido, o autor não deu nenhuma prova da existência, nem do cumprimento do contrato, cuja via própria foi entregue a todos os assinantes, de modo que o acórdão teria violado os arts. 283 e 333, I, do CPC, o art. 100, § 1º, da Lei das SA, os arts. 2º, 3º e 6º, VIII, da Lei nº 8.078, de 1990, além de divergir de precedentes e ofender a súmula 389 do STJ. O recurso especial foi submetido à egrégia 2ª Seção, para os fins do art. 543-C do CPC, tendo-lhe sido iniciado, mas ainda não concluído o julgamento, diante do pedido de vista do eminente Min. Antonio Carlos Ferreira.

II – SÍNTESE RELEVANTE DO ESTADO DO JULGAMENTO

2. O Relator, ilustre Min. Paulo Sanseverino negou provimento ao recurso, assentando três teses decisivas à solução do caso. A primeira, de inaplicabilidade da **súmula 389** a pedido incidental de exibição de documento em demandas de complementação de ações, dada a analogia com a tese proclamada em precedente de igual alcance (**REsp nº 1.133.872**), sob pena de afronta ao art. 100, § 1º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e ao art. 5º, XXXV e LIV, da Constituição da República (*a*). A segunda, da inversão do ônus da prova, quando a inicial traga, como no caso, indício mínimo da existência do contrato, como, p. ex., seu número



ou o da linha telefônica,¹ em decorrência, não da Lei nº 8.078, de 1990, que não incidiria na espécie, mas dos deveres jurídicos da sociedade previstos no art. 100, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976, que revela sua maior facilidade para produção da prova, e dos arts. 14, II, e 339 do Código de Processo Civil, os quais lhe exigem lealdade e colaboração processuais (**b**). E a terceira, de incidência dos arts. 358, I e III, e 359 do Código de Processo Civil, em virtude da irrecusabilidade da exibição, que deriva do dever imposto à companhia no art. 100, § 1º, da Lei nº 9.604, de 1976 (**c**).

Após os debates, os votos dos preclaros Min. Nancy Andrighi, João Otávio de Noronha e Isabel Gallotti, os dois últimos declarados na terceira assentada, convergiram na adesão à primeira (**a**) e à terceira (**c**) teses propostas pelo eminente Relator, até porque se sublinhou que a primeira contava com vários precedentes, e a terceira não punha em dúvida o caráter relativo da presunção de veracidade inerente à falta ou recusa da exibição. A dissidência, instaurada pelos votos dos Min. João Otávio de Noronha e Isabel Gallotti, que davam provimento ao recurso, essa recaiu apenas sobre a segunda tese (**b**).

III – O CONSPECTO DAS RAZÕES DA DISSIDÊNCIA

3. Salvo equívoco imputável a nossa má compreensão das exposições e votos orais, ainda não reduzidos a termo escrito, os principais fundamentos dos votos divergentes, que não admitem inversão do ônus probatório (**b**), podem ser assim resumidos: (**i**) o disposto no art. 100, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976, não daria suporte à tese da inversão, porque não hospeda regra de distribuição do ônus da prova; (**ii**) bastaria a disciplina dos arts. 355 e seguintes do Código de Processo Civil, mas, para evitar ações temerárias ou abusivas, deve-se exigir ao interessado que formule pedido de exibição na via administrativa, ou, em juízo, com caráter preparatório; (**iii**) a companhia teria, na contestação, negado a existência do

¹ Esta condição para aprovação da tese da inversão do ônus da prova (**b**), bem como a supressão de referência à sua natureza *ope legis*, a qual constava do texto original do voto do Min. Relator, foram propostas no voto da Min. Nancy Andrighi, ao qual aderiram, nesses tópicos, o Relator e os demais Ministros que votaram.

contrato, donde não poderia provar o que não existe, ou seja, produzir prova negativa; **(iv)** e, do ponto de vista teórico, seria de presumir não haja registro do contrato, pois a sociedade iria sempre negá-lo, embora se admita possibilidade de prova no curso do processo; **(v)** o autor, que, segundo a experiência, por certo teria recebido via ou cópia do respectivo instrumento, não teria apresentado prova mínima da existência do contrato, a qual era questionada no recurso, nem mencionado o número da linha telefônica, como lho impunham os arts. 283 e 396 do Código de Processo Civil, faltando, portanto, verossimilhança à pretensão; **(vi)** e não deve o Judiciário, mediante interpretações generosas, facilitar incontáveis ações destituídas de ética que favorecem, não os consumidores, mas interesses menos nobres de poderosos cessionários.

IV – O DEBATE DESFOCADO OU O PECADO ORIGINAL

4. O recurso em julgamento tem por objeto acórdão que, dando provimento à apelação do autor, reformou sentença de extinção do processo, sem resolução de mérito (art. 267, VI, do Código de Processo Civil), proferida em **juízo antecipado da lide** (art. 330, I), sob fundamento textual de ilegitimidade ativa *ad causam*, expresso na formal conclusão de que, “[A]ssim, os autores,² que não comprovam ter estabelecido relação contratual com a ré, são parte ilegítima para o ajuizamento da presente ação, onde pretendem exigir o cumprimento de obrigação oriunda de tal relação” (e-STJ Fl. 753). Provimento ao recurso especial significaria, dessarte, restaurar a sentença de **carência de ação**, decretada, sem abertura de dilação probatória, à míngua hipotética de ilegitimidade ativa para a causa, decorrente de precoce reconhecimento de falta de prova da existência do contrato de participação financeira.

Ora, já tivemos oportunidade de enfatizar coisa óbvia:

² Essa é uma das múltiplas referências da sentença a “autores”, quando a demanda é movida por uma **única pessoa**, física, e, como tal, demonstra que se trata, pelo menos em parte substancial da motivação, de mera reprodução não revista de outra sentença, o que pode até sugerir pouco cuidado no exame do caso.

ANTONIO CEZAR PELUSO

“... basta atentar em que se denomina *legitimação* a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimamente prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretenda assumir. Diz-se que determinado processo se constitui entre partes legítimas quando as situações jurídicas das partes, sempre consideradas *in statu assertionis* - isto é, independentemente da sua efetiva ocorrência, que só no curso do próprio processo se apurará - coincidem com as respectivas situações legitimantes” (Barbosa Moreira, “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”, in *Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)* Rio de Janeiro, Borsó, 1971, p. 59, n. 1).

Quer isto dizer que, segundo a concepção normativa do direito de ação, como autônomo, abstrato e conexo a uma pretensão de direito material, a legitimação *ad causam* é apenas a titularidade meramente *afirmada* do direito subjetivo, relação ou estado jurídico cuja existência ou inexistência se pretende tutelar no processo, e, portanto, abstrai a efetiva existência ou inexistência desse mesmo direito, relação ou estado jurídico, num juízo só provisório e hipotético. Seu conceito, na teoria abstrativa de nosso Código, é produto do discurso processual, enquanto verbalização das posições partidárias no processo, e, quando passiva, não se confunde com a *legitimidade para a defesa*, cuja situação legitimamente está no só fato da citação. Não deixa dúvidas, ao propósito, a doutrina nacional e estrangeira (cf. Barbosa Moreira, tb. “Legitimação para agir. Indeferimento da petição inicial”, in *Temas de Direito Processual*, São Paulo, Saraiva, 1977, pp. 199-202, ns. 6-9, Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*, São Paulo, Ed. RT, 1.ª ed., 1974, v. I/91; Donaldo Armelin, ob. cit., p. 173 n. 3, e *passim*; Kazuo Watanabe, *Contribuição ao Estudo da Cognição no Processo Civil*, São Paulo, 1985, tese, pp. 47-51 n. 21; Betti, *Diritto Processuale Civile Italiano*, Roma, Foro Italiano, 2.ª ed., 1936, p. 159, n. 37; Luigi Monnacciani, *Azione e Legitimazione*, Milão, A. Giuffrè, 1951, pp. 76-78, n. 29; Aldo Attardi, *L'Interesse ad Agire*, Pádua, CEDAM, ristampa, 1958, pp. 7-12, n. 2; Fazzalari, ob. cit., pp. 31-33, § 4, e pp. 133-136, § 2, e tb. Note in *Tema di Diritto e Processo*, Milão, A. Giuffrè, 1957, pp. 133 e 134, n. 5; Mandrioli, *Comentario del Codice di Procedura Civile*, Turim, UTET, 1973, livro 1, t. 11/ /925, n. 1).

Fora daí, sobre contravir a direito expresso - que autoriza repositura da ação e interdita a rescisória em casos de carência - **entala-se numa aporia**: se não há direito subjetivo senão personalizado, isto é, que predique um possessivo (cf. Cesarini Sforza, “Diritto soggettivo”, in *Enciclopedia del Diritto*, Milão, A. Giuffrè, 1964, v. XII/691 e 692, n. 24), **não se pode reconhecer legitimação sem prévio reconhecimento da existência do direito, e não se pode afirmar existente este sem prévia afirmação da existência daquela!**³

³ TJSP, **Ag. Inst. nº 127.335-1**, 2ª Câmara Civil, Rel. Cezar Peluso, in *RT 653/111-112*. Grifos nossos. Essa conhecida *teoria da asserção* é, de há muito, adotada pelo STJ, sobretudo na temática da apuração da legitimação para a causa (cf. **REsp nº 1.354.983-ES**, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 16.05.2013, DJe 22.05.2013; **REsp nº 879.188-RS**, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 21.05.2009, DJe 02.06.2009; **REsp nº 877.161-RJ**, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 05.12.2006, DJ 01.02.2007; **REsp nº 823.370-MG**, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.08.2007, DJ 13.08.2007; **REsp nº 470.675-SP**, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 16.10.2007, DJ 29.10.2007; **AgRg-AREsp nº 205.533-SP**, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.10.2012, DJe 08.10.2012).

Isto significa que não é lícito, nem lógico avançar, antes da instrução que admita a natureza da causa, juízo exauriente sobre a existência da relação jurídica que, afirmada na petição inicial, constitui objeto específico do mérito, sem prévio reconhecimento da legitimação ativa para a causa, apurável *in statu assertionis* e sem a qual, carecendo, o autor, da ação, a qual é, na concepção normativa vigente, condicionado direito a uma sentença de mérito de qualquer conteúdo, não pode essa ser proferida, ou seja, não pode o mérito ser examinado para dizer-se não existam a relação jurídica e o direito subjetivo invocados pelo autor. Em palavras descongestionadas, no quadro do ordenamento processual, só se pode julgar não provada a existência da relação jurídica, se o autor for tido como parte legítima *ad causam*! Se o não for, não há lugar para juízo sobre o mérito de sua pretensão. E, escusa notar, tampouco cabem juízos ou considerações de mérito em recurso especial que impugna acórdão que, cassando sentença de extinção sem resolução de mérito, **apenas manda prosseguir o processo.**

5. Ora, os doutos votos dissonantes desceram a profundo exame do mérito da lide, formulando juízo próprio de verdadeiro decreto de improcedência, a despeito de pontuais, mas até desnecessárias advertências do Min. Relator e do Min. Sidnei Beneti de que, no caso, não quadrava discutir a questão da existência do contrato, enquanto matéria típica do mérito da causa e, como tal, dependente de dilação probatória, se provimento ao recurso especial contra acórdão que não tratou do mérito apenas restauraria a sentença, que não extinguiu o processo a título de improcedência da ação, mas de mera carência por ilegitimidade ativa *ad causam*, a qual era e é o **objeto estrito do recurso.** Dito doutro modo, os votos discordantes decidiram o recurso, como se versasse impugnação a acórdão que houvera julgado o mérito da causa para a qual o autor era parte ativa legítima. Tal solução recursal, *data venia*, só seria admissível, se fosse antes, noutra hipótese, reconhecida a legitimação ativa *ad causam*, sem a qual não se concebe nenhum julgamento que, arbitrando a inexistência da relação jurídica controversa, represente decisão do mérito. *A quaestio sub iudice* está apenas em saber se o

autor é, ou não, parte ativa legítima *ad causam*, para que prossiga, ou não, o processo. Só isso.

6. Esse patente desvio temático não se deve, como poderia parecer a uma visão tacanha, a ignorância, inconcebível em ministros cultos e eruditos, sobre matéria tão rudimentar, mas a seu entendimento muito nítido de que ao caso se aplicaria o disposto nos arts. 283 e 396 do Código de Processo Civil. Essa opinião é que, com o devido respeito, se nos afigura desacertada, e, desacertada perante uma **singularidade** da causa a que se não deu a atenção merecida.

É truísmo jurídico que instrumento do contrato, quando constitua prova da existência da relação jurídica elementar da causa de pedir, é documento dito *fundamental*, que, como os *substanciais*, a lei reputa indispensável à propositura da ação, como ônus do demandante (art. 396, cc. art. 283 do Código de Processo Civil), embora possa ser juntado até 10 (dez) dias, sob pena de indeferimento da inicial (art. 284). Mas, como é mais que óbvio, esse ônus só atua quando não haja **justa causa** que de modo absoluto impeça o autor de exercê-lo (art. 183, §§ 1º e 2º).⁴

Ora, não há causa mais justa para desoneração da juntada do instrumento do contrato com a petição inicial do que a alegação, aí constante, deduzida como fundamento de pedido incidental de exibição de documento comum, de que **a ré sonegou essa prova**, deixando de entregar ao autor a via que lhe toca. Antes de estar provado, em instrução regular, que seria falsa tal afirmação, não há como, nem por onde, ignorando esse impedimento invencível, exigir que o autor junte o

⁴ Assim, **MARINONI, Luiz Guilherme**, e **MITIDIERO, Daniel**. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 3ª ed.. SP: RT, 2011, p. 397, nº 3. Até a mais rigorosa doutrina tem, em nome da revelação da verdade, admitido juntada ulterior, salvo quando se cuide de ocultação maliciosa de documento *fundamental* (cf. **SANTOS, Moacy Amaral**. *Prova judiciária*. SP: Max Limonad, 1966, vol. IV, p. 396, nº 200; **THEODORO JÚNIOR, Humberto**. *Curso de direito processual civil*. 53ª ed.. RJ: Gen-Forense, 2012, vo. I, p. 486, nº 459; **ALVIM, Arruda et alii**. *Comentários ao código de processo civil*. 2ª ed.. SP: RT, 2012, p. 802; **NERY JUNIOR, Nelson**, e **ANDRADE NERY, Rosa Maria de**. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11ª ed.. SP: RT, 2010, p. 664, nº 3).

documento *fundamental* que alega ter sido retido ou sonegado pela ré. Exigi-lo fora rematado absurdo, que dispensa demonstração.

Daí, não incidirem, não poderem incidir, antes de exaurida a instrução, os arts. 283 e 396 do Código de Processo Civil, cujas consequências desfavoráveis ao onerado não podem, de modo algum, ser aplicadas agora, só para dar amparo ao decreto de carência da ação por suposta ilegitimidade ativa *ad causam*, debaixo do pretexto de serem duvidosas ou inverossímeis as afirmações do autor de que existe o contrato, mas não lhe foi entregue cópia pela contraente antecessora da ré, assim porque, tornamos a frisar, esses são fatos concernentes ao mérito, como porque, não caracterizando nenhum disparate, são, por consequência, suscetíveis de prova do curso do processo. Não é sustentável dizer-se, *a priori*, que jamais poderia ter sucedido retenção ou sonegação da via contratual pela empresa, em se tratando de possibilidade, ou, antes, de probabilidade de evento já reconhecido em vários processos análogos, como dado corriqueiro da experiência humana no contexto de negócio não formal, que os assinantes eram obrigados a aceitar sem pleno conhecimento das cláusulas, nem de sua alta relevância e potencialidade econômicas, senão apenas como condição secundária para uso da linha, que é o que interessava. O acórdão impugnado bem asseverou que ninguém costumava guardar cópia do contrato. E, enfim, se as afirmações da inicial a respeito parecem duvidosas ou menos verossímeis ao olhar severo dos votos discordantes, só o termo final da ampla e necessária instrução imposta pelo *due process of law* permitirá proclamar-lhes a falsidade.

7. E, neste tópico, é mister, sobretudo, recordar que, por várias vezes, o autor requereu produção doutros meios de prova desses fatos, como, *v. g.*, expedição de ofícios aos bancos custodiantes das ações e cujas respostas, noutros casos, já informaram sobre a existência de contratos (cf. e-ST) Fls. 495, 729, 761, 762, 771 e 772), sem prejuízo de, *congruo tempore*, requerer prova pericial nos livros da ré ou da antecessora ou antecessoras, e juntar *documentos úteis* que obtenha, no conjunto de todas as provas admissíveis, tudo para além dos resultados jurídicos do pedido instrumental de exibição de documentos. Há, pois, largo campo para

dilação probatória, que não pode ser abortada sob pretexto de dúvidas quanto à existência do contrato.

V – DA DESNECESSIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

8. A segunda observação, a nosso ver, decisiva no desfecho do recurso, diz com a controversa questão da distribuição do ônus da prova, cuja **inversão** o nobre Min. Relator sustentou, baseado na chamada *teoria dinâmica*, mas, em particular, no art. 100, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976, que revela a maior facilidade da ré para produzir a prova, e dos arts. 14, II, e 339 do Código de Processo Civil, dos quais lhe corre dever de probidade processual e de colaboração com o Juízo. A opinião manifestada aqui pelos doutos votos dissidentes radica-se na exegese do art. 100, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976, que, a seu aviso, não hospedaria regra de ônus de prova e, como tal, não se prestaria a apoiar a tese do Min. Relator.

Estamos em que é bem fundamentada a tese do Min. Relator. O disposto no art. 100, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976, não é, de fato, norma de ônus de prova, entendida como regra de juízo ou de decisão judicial, mas daí não se tira nenhuma impertinência ao caso, como sugere a respeitável opinião discrepante. É que não há dúvida alguma de que tal norma atribui às companhias **dever jurídico** de, como guarda dos registros societários, os quais pertencem à classe dos *registros públicos*, prestar, por certidão, informações de tais assentamentos a quem, seja acionista ou não, mas sobretudo ao acionista, lhes tenha interesse jurídico, enquanto titular do correlato **direito de informação**,⁵ o qual compreende o de exibição em juízo, com caráter preparatório ou incidental, como se reconhecia já ao tempo do vetusto Decreto nº 434, de 4 de julho de 1981: “*Onde, pois, existe o interesse legítimo do acionista, deve conceder-se essa exibição*”.⁶

⁵ Cf. **CARVALHOSA, Modesto**. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 6ª ed.. SP: Saraiva, 2014, vol. II, p. 435; **CESTARI DE RIZZO, Valdo**, e **LA ROSA DE ALMEIDA, Marco**. *O direito do acionista à informação em companhias abertas e fechadas*. In: **VON ADAMEK, Marcelo Vieira** (coord.). *Temas de direito societário e empresarial contemporâneos (liber amicorum – prof. Erasmo Valadão Azevedo e Novaes França)*. SP: Malheiro, 2011, p. 594-596).

⁶ **CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier**. *Tratado de direito comercial brasileiro*. 6ª ed.. RJ: Freitas Bastos, 1957, vol. II, p. 251, nº 277.

9. Daí vem que, como qualquer outra pessoa, física ou jurídica, que tenha idêntica obrigação legal de exhibir, ou a tenha em virtude da posse de documento que, por seu conteúdo, seja comum, como sucede no caso (art. 358, I e III, do Código de Processo Civil), não pode, citada, recusar-se a fazê-lo sem razão tida por legítima, sob pena de se reputarem verdadeiros os fatos que, por meio desse documento, a parte pretendia provar (art. 359). Esta consequência processual óbvia não transforma o dever jurídico de exibição em regra de ônus de prova, mas representa especial **meio de prova** de quem, como autor ou réu, titular do direito à informação, o haja requerido ao juízo para desincumbir-se do seu ônus de prova. A distinção não é sutil: se a exibição é pedida pelo autor para provar a existência de *fato constitutivo* que alegou, **o ônus da prova continua seu** (art. 333, *caput*, I), de modo que o resultado jurídico-processual favorável da ação exhibitória incidental, seja a verdade refletida no documento apresentado, seja a presunção legal de verdade consequente à recusa injusta, constitui a vantagem própria do exercício frutuoso do seu ônus, ou seja, a prova do *fato constitutivo* do direito. Não há nisso **inversão do ônus**, mas mera **produção da prova pelo autor**, em situação teórica idêntica à da prova que seria produzida com a juntada do mesmo documento pelo autor sem mediação do réu!

São duas, a respeito, as conclusões lineares e indiscutíveis.

A primeira, que ter o autor formulado, em face da companhia ré, pedido *incidental* de exibição do contrato de participação financeira, bem como dos registros correspondentes, em nada altera a regra ordinária de distribuição do ônus da prova, senão que é meio de exercício do ônus do demandante de prova do *fato constitutivo* do seu direito. Em palavras simples, para convalidá-lo **não é preciso inverter o ônus da prova**, ficando, pois, de todo prejudicada a tese da respeitável divergência, a qual se cinge a esse ponto (**b**).

A segunda, que não existe, direta nem indireta, nenhuma norma jurídica que obrigue quem se diz acionista a pedir exibição de registro pela companhia, apenas em ação de caráter *preparatório*, porque a lei lhe faculta, antes, pedi-la a

título incidental, em cúmulo objetivo, na ação principal de tutela do direito que, com a exibição, pretenda provar. Restrição a pedido incidente é *contra legem!*

VI – DA INCONSISTÊNCIA DAS OBJEÇÕES RESIDUAIS

10. Já não têm, pois, objeto, nem sentido os doutos votos contrários à tese da inversão do ônus da prova (**b**), a qual é desnecessária para dar sustentação ao improvimento do recurso especial, validando a continuidade do processo, cuja inicial atende à condição de viabilidade, até agora aprovada sem dissenso, de conter indício mínimo da existência do contrato, como, p. ex., o seu número e data, os quais havia muito já eram tidos, em hipótese em tudo idêntica, por suficientes pelo egrégio STJ, como se vê a este precedente exemplar:

“[...] Sobre a inépcia da inicial, pondero que a falta corresponde à ausência de cópia de documento que necessariamente deve ser guardado e conservado pela ré para sua apresentação em situação como a dos autos, nos termos do art. 100 da Lei 6404/74. O contrato é de adesão, elaborado por fornecedora de serviços, caso em que o contratante aderente tem o direito de instar a estipulante a fornecer ao juízo cópia do que foi avençado, pois sabidamente muitos desses documentos não são imediatamente repassados aos consumidores. Mesmo que o fossem, cabia à fornecedora guardá-los para ocasião como esta. Ademais, cuida-se de prova que poderia vir aos autos durante a instrução do feito. Ainda observo que a autora indicou a data da celebração do contrato e o seu número, o que era o bastante para a verificação pela ré, que não negou a existência do contrato nem afirmou a falta de registro em seus arquivos. Os dispositivos processuais invocados pela recorrente Espumatec autorizam ao juiz, em casos tais, ordenar a exibição do documento, e nada justificava que assim não fosse feito.”⁷

11. Mas sobram argumentos que, posto de menor tomo, merecem resposta.

Data venia, a afirmação categórica de que teria a ré negado a existência do contrato não corresponde ao teor da longa contestação, onde **aquela não negou**, em nenhum passo, **de forma direta, nem indireta**, existisse o contrato e tenha sido instalada a linha telefônica do autor. O que se colhe à leitura atenta da peça contestatória é que, a respeito, usou de grosseiras evasivas, cujo efeito processual é o de não ter exercido *o ônus da impugnação especificada dos fatos constitutivos*, os quais, por via de consequência, devem ser tidos por *incontroversos* (arts. 302,

⁷ REsp nº 472.264-RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 16.06. 2003, DJ 04.08.2003. Grifos nossos.

caput, e 334, III, do Código de Processo Civil). Daí não se conceber lhe esteja sendo imputado ônus diabólico de prova negativa, *rectius* de fato negativo **(iii)**.

Dessa mesma postura evasiva decorre que não negou, nem podia negar a guarda do instrumento contratual e dos respectivos registros societários, de modo que não pode tampouco recusar-se, legitimamente, a exibir cópia do contrato e dos seus assentamentos, como prestação da **obrigação jurídica** que lhe pesa nos termos do 100, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976, e à qual corresponde inegável **direito individual à informação** que assiste a quem se apresenta como acionista ou interessado jurídico **(iv)**.

Por fim, pedimos vênias para reavivar que não é jurídico, nem justo adotar postura contrária a princípios e normas para, nas perspectivas de jurisprudência defensiva, negar, em decisão a todos os títulos prematura, ao cidadão singular de **boa-fé presumida**, a viabilidade de sua demanda, sob argumento de, na temática dos contratos de participação financeira, ter-se criado indústria de processos abusivos **(v)**.

VII - CONCLUSÕES

12. Em relação às teses propostas pelo eminente Min. Relator, com a devida vênias, podemos avançar que, dada a concordância, verificada entre todos os votos proferidos, acerca da primeira e da terceira, bem como a releitura da segunda, sobre a qual recai a divergência, é possível conciliar as posições em torno dos seguintes enunciados: nas chamadas demandas de complementação de ações, nas quais haja pedido incidental de exibição de documento (instrumento ou assentamentos contratuais), não se aplica a **súmula 389**, sob pena de afronta ao art. 100, § 1º, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e ao art. 5º, XXXV e LIV, da Constituição da República **(a)**; quando a inicial traga indício mínimo da existência do contrato, como, p. ex., seu número ou o da linha telefônica, **não há inversão do ônus da prova** que decorra do dever jurídico de exibição previsto no art. 100, § 1º, da Lei nº 6.404, de 1976 **(b)**; aplica-se a presunção relativa de veracidade objeto dos arts. 358, I e III, e 359 do Código de Processo Civil, em

ANTONIO CEZAR PELUSO

virtude da irrecusabilidade da exibição, que deriva do dever imposto à companhia no art. 100, § 1º, da Lei nº 9.604, de 1976 **(c)**.

E o remate de toda nossa já longa exposição é que, nas circunstâncias deste caso submetido a recurso especial em julgamento, provê-lo em desacordo com essas teses, abortando processo viável, implicaria cerceamento do exercício de poderes processuais elementares do justo processo da lei (due process of law) e negativa de prestação jurisdicional, com ofensa retilínea e direta, como já alertou o ilustre Min. Relator, ao disposto no art. 5º, XXXV e LIV, da **Constituição da República**, porque, ainda que se reconheça, como de certo modo o reconhecem todos os votos, o mesmo alcance às normas subalternas examinadas (art. 100, § 1º, da Lei nº 9.604, de 1976, e arts. 358, I e III, e 359 do Código de Processo Civil), mas sem permitir continuidade da causa e produção de provas, o resultado seria negar acesso ao devido processo legal e à Jurisdição. É esta a razão-síntese por que estamos em que deve negado provimento ao recurso.

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

Brasília, 18 de agosto de 2015.



ANTONIO CEZAR PELUSO
OAB-SP N° 18.146 E OAB-DF N° 40.000