



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DESPACHO

Agravo de Instrumento Processo nº **2012093-58.2023.8.26.0000**

Relator(a): **RICARDO NEGRÃO**

Órgão Julgador: **2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial**

VOTO Nº : 44.361 (EMP-DIG)
AGRV. Nº : 2012093-58.2023.8.26.0000
COMARCA : SÃO PAULO
AGTE. : AMERICANAS S.A.
AGTE. : BANCO BRADESCO S.A.
INTERDO. : B2W COMPANHIA DIGITAL
INTERDO. : ERNST & YOUNG SERVIÇOS TRIBUTÁRIOS S.S.
INTERDA. : PATRÍCIA PUNDER KUNIYOSHI

Vistos.

O presente recurso insurge-se contra r. decisão proferida em fl. 293-300 na Origem pela Exm^a Dr^a. Andréa Galhardo Palma, MM^a. Juíza de Direito da E. 2ª Vara Regional de Competência Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem do Foro Especializado 1º RAJ/7º RAJ/9º RAJ, da Comarca da Capital, em produção antecipada de provas ajuizada pela Agravada, Banco Bradesco S.A., em face de Americanas S.A. e B2W Companhia Digital.

CONTEXTUALIZAÇÃO FÁTICA E FUNDAMENTOS DA

R. DECISÃO AGRAVADA

O relatório da r. decisão agravada contextualizou a propositura da demanda pela instituição financeira nos seguintes termos:

Vistos.

Trata-se de Ação de Produção Antecipada de Provas com Pedido de Tutela Antecipada distribuída por Banco Bradesco S/A contra Americanas S/A e B2W COMPANHIA DIGITAL.

Em síntese, alega o autor que é credor da ré Americanas S/A no



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

valor de aproximadamente R\$ 4,7 bilhões (quatro bilhões e setecentos milhões de reais). Aduz que, no dia 11 de janeiro de 2023, a Americanas S/A divulgou fato relevante consistente na identificação de "inconsistências contábeis", proveniente da operação risco sacado, de aproximadamente R\$ 20 bilhões (vinte bilhões de reais), em números preliminares. Sustenta que, a despeito das justificativas apresentadas por representantes da empresa, os diretores, conselheiros, acionistas e auditores permitiram que uma fraude contábil de gigantescas dimensões ocorresse em uma das maiores empresas do Brasil. Nesse quadro, o banco autor fundamenta seu interesse e legitimidade para ajuizamento desta ação, por ser tratar do principal credor da Americanas S/A no chamado risco sacado (forfait), operação cuja contabilização equivocada na companhia supostamente seria origem da fraude financeira. Ressalta que as operações de risco sacado são quase integralmente desprovidas de garantia de qualquer natureza e que a celebração do "Convênio para Realização de Operações de Cessão de Crédito de Fornecedores, Reconhecimento de Obrigações e Outras Avenças" se deu em razão da fama de boa pagadora da companhia ré, que sempre foi vista como uma companhia sólida, saudável com elevado nível de distribuição de dividendos e cujas demonstrações contábeis eram chanceladas por renomadas auditorias.

Assim, considerando os indícios significativos de fraude contábil, exaustivamente noticiados na mídia nacional, o banco autor sustenta que é necessário identificar e demandar os agentes individuais que contribuíram para a consumação da fraude: os administradores, que participaram da elaboração das demonstrações financeiras adulteradas e os acionistas, que aprovaram referidos documentos financeiros.

A autora destaca a necessidade de produção antecipada de provas para que seja garantido a um dos maiores credores da ré Americanas S/A, que promova a realização de provas periciais na companhia com o objetivo de esclarecer a origem dos vícios observados na contabilidade e, sobretudo, verificar a participação de administradores e acionistas da ré (por ação ou omissão) na alegada fraude contábil.

Sustenta, assim, a incidência da hipótese de ação de produção antecipada de provas prevista no artigo 381, III, do Código de Processo Civil. Isto porque, as provas produzidas no bojo das perícias requeridas poderão ensejar o ajuizamento de ação individualizadas contra eventuais participantes da fraude. Mais especificamente, a parte autora sustenta a possibilidade de ajuizamento de ação de desconsideração da personalidade



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

jurídica, com fulcro no art. 50 do Código Civil. Já em relação aos administradores, a parte autora pugna pela responsabilização pelos danos causados a terceiros, nos termos do artigo 159, §7º, da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas). E sustenta, ainda, a possibilidade de ajuizamento de ação contra os acionistas controladores em razão de danos causados por atos praticados com abuso de poder, prevista no artigo 117, da Lei nº 6.404/1976.

Requer, assim, a realização de (i) prova pericial contábil, que apure as causas específicas da fraude contábil e seu verdadeiro alcance e impacto na situação econômico-financeira da companhia e (ii) prova pericial "forense", que apure os agentes da ré que orientaram a prática de fraude e que dela participaram por ação ou omissão. Para que sejam preservadas as provas, requer que (a) sejam prontamente nomeados os peritos responsáveis por cada uma das perícias especificadas, para que deem início às atividades periciais no âmbito da ré; e (b) que seja deferida a liminar de busca e apreensão *"para que todas as caixas de e-mail institucionais dos (b.I) diretores da Americanas, dos atuais e dos que ocuparam tais cargos pelos últimos dez anos; (b.ii) membros do Conselho de Administração e do Comitê de Auditoria da Americanas, dos atuais e dos que ocuparam tais cargos nos últimos dez anos; bem como (b.iii) dos funcionários da área de contabilidade e de finanças da companhia, dos atuais e dos que ocuparam tais cargos pelos últimos dez anos, sejam devidamente copiadas, para que seus backups sejam armazenados junto a esse MM. Juízo, com o fim de preservar a prova a ser objeto da perícia investigativa que aqui se pede para a verificação dos detalhes da fraude."* . Juntou documentos às fls. 38/208.

Em decisão de fls. 209, I. Magistrado a que a causa foi originalmente distribuída declarou suspeição por motivo de foro íntimo sendo determinada a redistribuição do feito a esta magistrada.

Às fls. 213 sobreveio pedido de habilitação das corrés. Nesta manifestação, requerem concessão de prazo de 05 (cinco) dias para manifestação sobre o pedido liminar.

É o relatório. [..]

Após disciplinar o valor atribuído à causa – que não é objeto deste recurso – a i. Magistrada singular dispôs sobre as questões



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

preliminares relativas à admissão da produção antecipada de provas e competência do i. Juízo singular para processamento do feito, articulando seu posicionamento sobre os temas com a seguinte fundamentação:

[..] 2) Em sede de cognição sumária, à luz dos fatos narrados pelo autor na exordial e informações exaustivamente veiculadas na mídia nacional e acostadas a estes autos (e.g.fls.101/112; fls. 128/130; fls. 132/138; fls. 140/142; fls. 149/152; fls. 154/157), verifico que estão presentes os requisitos de admissibilidade para a ação de produção antecipada de prova previstos nos artigos 381 e seguintes do Código de Processo Civil. Vejamos.

O artigo 381, do Código de Processo Civil, prevê três hipóteses de cabimento da propositura de ação destinada à produção antecipada de prova:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Pois bem.

Conforme afirmado na inicial (fls. 30/33), busca o autor com presente ação obter o prévio conhecimento dos fatos que possam justificar ou evitar o ajuizamento de ação, enquadrando-se, portanto, na hipótese do inciso III, do artigo 381, do Código de Processo Civil. Mais especificamente, com esta ação procura o autor a produção de provas periciais aptas a ensejar, em tese, o ajuizamento de ações contra eventuais participantes de alegada fraude contábil perpetrada no âmbito da Americanas S/A, cujos efeitos atingiram não só o autor, mas uma extensa cadeia de fornecedores, acionistas, credores e o mercado financeiro brasileiro direta e indiretamente, sendo legítima preservação do frescor da prova visando a prevenção de direitos reparatórios futuros, considerando ainda que a empresa Americanas está em confessada crise financeira, e protegida pelo *stay period* deferido em sede de recuperação judicial.

Com efeito, assiste razão a parte autora ao sustentar que as



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

provas periciais a serem produzidas podem justificar (i) o ajuizamento de ação de desconsideração da personalidade jurídica, com fulcro no art. 50 do Código Civil; (ii) o ajuizamento de ação de responsabilização dos administradores da companhia ré pelos danos causados a terceiros, nos termos do artigo 159, §7º, da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas); e (iii) o ajuizamento para responsabilização pelos contra os acionistas controladores em razão de danos causados por atos praticados com abuso de poder, prevista no artigo 117, da Lei nº 6.404/1976.

Desse modo, é nítida a subsunção do caso em tela à norma estabelecida no artigo 381, inciso III, do Código de Processo Civil. Cumpre, ainda, ressaltar, que anova disciplina da ação de produção antecipada de provas inaugurada com o Código de Processo Civil de 2015afasta os requisitos de perigo na demora ou do risco de perecimento da prova. É neste sentido a doutrina e jurisprudência pátria:

[...] Todavia, a maior inovação do CPC/2015 com relação ao instituto da produção antecipada da prova se relaciona à criação e consequente ampliação das suas hipóteses de cabimento, inclusive com a previsão de situações nas quais o adiantamento da atividade probatória não está condicionado à demonstração do risco de perecimento do meio de prova. Essas novas modalidades são justamente aquelas que assemelham a produção antecipada da prova à técnica americana do *discovery*. (NETO, M., (org.), Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior - Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 373)

Quanto à análise de competência, reconheço que a adequação da propositura da ação neste Juízo é justificada por dois fatores. De um lado, verifica-se que o instrumento contratual (fls. 114/123) que regulamenta a relação jurídica entre as partes e que conferiu ao autor Bradesco a condição de credor da companhia e, consequente, legitimado ativo (em tese) para propositura das ações de responsabilização acima descritas, elege como foro para dirimir quaisquer controvérsias a Comarca de Osasco, abrangido, assim, pela jurisdição desta Vara Empresarial Regional.

Não há que se falar em atração de competência do Juízo Recuperacional para julgamento de ações de conhecimento que têm, como uma das causas de pedir, a relação jurídica estabelecida no instrumento contratual acima mencionado. De outro, verifica-se que as partes, com base na mesma cláusula de eleição de foro, anuíram ainda que tacitamente, com a



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

possibilidade ajuizamento da presente demanda (e de outras sobre o objeto do contrato) perante este foro regional, reconhecendo, portanto, a conveniência da produção das provas requeridas no Estado de São Paulo. Logo a cláusula de eleição de foro prevalece sobre a regra geral prevista no art.381,§2º, do CPC prevista no procedimento de antecipação de prova.

Assim, todos os fatores em conjunto supramencionados justificam, em juízo de cognição sumária, o reconhecimento da competência territorial deste Juízo para tramitação do feito. Em sentido análogo, destaca-se precedente deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Produção antecipada de provas, ajuizada por ex-sócia de sociedade de advogados na Comarca da Capital. Pedido de expedição de ofícios a clientes atendidas pela autora enquanto integrava a sociedade, para exibição de comprovantes de pagamentos de honorários. Documentação que poderá instruir eventual ação de apuração de haveres. Decisão que reconheceu incompetência territorial, determinada redistribuição para o foro da sede da sociedade, Campinas. Agravo de instrumento da requerente. Cabimento de agravo de instrumento, a despeito do tema não integrar o rol do art.1.015, CPC, que é de taxatividade mitigada. Efetivamente, a apreciação do tema da competência somente a final, como preliminar de apelação, poderia importar em reconhecimento de nulidade, contrariamente aos princípios da efetividade e da celeridade processuais. Juízo competente para apreciação de produção antecipada de prova. O art. 381, §2º, do CPC, é regra especial de competência, que prevalece sobre a regra geral do art. 53, III, "a", do mesmo Código. Possibilidade de o autor escolher entre o local onde será produzida a prova e o domicílio do réu. Princípios da competência adequada e da boa-fé processual que privilegiam a escolha do foro onde ocorrerá a produção da prova. Doutrina de EDUARDO TALAMINI, FREDIEDIDIER JUNIOR, PAULA BRAGA e RAFAEL DE OLIVEIRA. Julgados deste Tribunal no mesmo sentido. Interpretação em consonância com o art.75, § 1º, do Código Civil: 'Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos praticados'. E, ainda, com a Súmula 363 do STF: 'A pessoa jurídica de direito privado pode ser demandada no domicílio da agência ou estabelecimento, em que se praticou o ato.' Produção antecipada de prova anterior, sendo as partes as mesmas, que tramitou na comarca da Capital, sem que fosse suscitada sua incompetência. Reforma da decisão recorrida. Agravo de instrumento provido. (Agravo de Instrumento nº 2077519-51.2022.8.26.0000, Des. Rel. César



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ciampolini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j.17/08/2022).

Diante do exposto, em sede de cognição sumária, **RECONHEÇO O CABIMENTO** da presente ação. Passarei agora à análise dos pleitos formulados em sede de tutela de urgência. [...]

Por fim, a antecipação de tutela foi deferida nos seguintes termos:

[...] 3) Às fls. 36/37, a parte autora requer, em síntese, a produção de prova pericial contábil que apure as causas específicas da alegada fraude contábil e seu verdadeiro alcance e impacto na situação econômico-financeira da companhia e e prova pericial forense que apure os agentes da ré que orientaram a prática de fraude e que dela participaram por ação ou omissão.

O banco autor alega ainda que diante do risco de perecimento das provas, é necessário deferimento de tutela de urgência para que (i) sejam prontamente nomeados os peritos responsáveis por cada uma das perícias especificadas, para que deem início às atividades periciais no âmbito da ré; e (b) que seja deferida a liminar de busca e apreensão "para que todas as caixas de e-mail institucionais dos (b.I) diretores da Americanas, dos atuais e dos que ocuparam tais cargos pelos últimos dez anos; (b.ii) membros do Conselho de Administração e do Comitê de Auditoria da Americanas, dos atuais e dos que ocuparam tais cargos nos últimos dez anos; bem como (b.iii) dos funcionários da área de contabilidade e de finanças da companhia, dos atuais e dos que ocuparam tais cargos pelos últimos dez anos, sejam devidamente copiadas, para que seus backups sejam armazenados junto a esse MM. Juízo, com o fim de preservar a prova a ser objeto da perícia investigativa que aqui se pede para a verificação dos detalhes da fraude."

A despeito do requerimento de concessão de prazo de 05 (cinco) dias para apresentação de justificativa prévia feito pela parte ré às fls. 213, **NECESSÁRIA** se faz a concessão da tutela de urgência pleiteada pela parte autora *inaudita altera pars*.

Isto porque, no presente caso resta evidente preenchimento dos requisitos legais previstos no artigo 300, do Código de Processo Civil, para concessão da medida de urgência, em caráter liminar, quais sejam: (1) probabilidade do direito; e (2) risco de dano deperecimento do próprio direito ou ao resultado útil do



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

processo.

A probabilidade do direito restou comprovada pela análise feita na item 2 (supra) acerca do cabimento desta ação de produção antecipada de prova, nos termos do artigo 381, III, do Código de Processo Civil.

Já o risco de perecimento do próprio direito ou ao resultado útil do processo também foi devidamente demonstrado pela autora, notadamente nas fls. 34/36.

Como já destacado, o presente caso recai sobre as consequências jurídicas e econômicas decorrentes da divulgação das mencionadas "inconsistências contábeis", confessadamente no montante de R\$ 20 bilhões (Fato Relevante fls.78/79).

Tem sido veiculado diariamente nos meios de comunicação as suspeitas de contundente fraude financeira, a atingir uma cadeia volumosa de fornecedores, bancos e acionistas minoritários. Neste quadro, diante da magnitude do fato e potencial responsabilização individual dos agentes envolvidos nas fraudes suspeitas, é razoável supor que provas relevantes e necessárias para verificar a ocorrência de fatos ilícitos correm risco de perecimento. Ainda que a companhia ré tenha supostamente adotado medidas para realizar a apuração dos fatos, como a criação de "Comitê Independente" (fls. 78/79), diante da elevada possibilidade de responsabilização individual em diversas esferas (criminal, administrativa, cível) dos agentes envolvidos com a suposta fraude, não são improváveis os riscos de destruição ou inutilização de provas documentais como "e-mails, ofícios, relatórios internos, etc".

Por essa razão, é de rigor o deferimento da medida de busca e apreensão para que todas as caixas de e-mail institucionais dos (i) diretores da Americanas, dos atuais e dos que ocuparam tais cargos pelos últimos 10 (dez)anos; (ii) membros do Conselho de Administração e do Comitê de Auditoria da Americanas, dos atuais e dos que ocuparam tais cargos nos últimos 10 (dez) anos; bem como (iii) dos funcionários da área de contabilidade e de finanças da companhia, dos atuais e dos que ocuparam tais cargos pelos últimos 10 (dez) anos, sejam devidamente copiadas, para que seus backups sejam armazenados junto a esse MM. Juízo.

Esta decisão servirá como mandado-ofício. Expeça-se a precatória para cumprimento do ato, COM URGÊNCIA, providenciando o autor o seu encaminhamento.



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Para acompanhar a diligência e, posteriormente, conduzir a produção das provas periciais, NOMEIO Ernst Young Assessoria Empresarial Ltda, código: 63134, e-mail: lutz.kuehne@br.ey.com, telefone: (11) 25734097, para realização da perícia contábil; e NOMEIO a expert em investigações corporativas, Dra. Patrícia Punder, e-mail: patricia@punder.adv.br, para realização da perícia investigativa.

Intimem-se os peritos para, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, informarem se aceitam o encargo e apresentarem estimativa de honorários.

Faculto às partes o oferecimento de quesitos e a indicação de assistentes técnicos, no prazo legal.

4) Considerando o comparecimento espontâneo das corrés às fls. 213, solicitando a habilitação, DOU-LHES POR CITADA (art. 239, §1º, do Código de Processo Civil), e observando-se o disposto no artigo 382, §1º, do CPC INTIMO-AS para que, no prazo de 05 (cinco) dias, apresentem resposta (Contestação, etc.) sobre os pedidos de produção antecipada de provas.

Cumpra-se.

Int. e Dil.

INTERPOSIÇÃO RECURSAL

As razões recursais apresentadas por Americanas S.A. encontram-se em fl. 1-29 do agravo de instrumento e, inicialmente, delimitaram os antecedentes do ajuizamento da demanda, com reforço argumentativo sobre a inexistência de admissão de cenário de fraude e descrição das medidas colocadas em curso para apuração interna das inconsistências contábeis verificadas.

Nesse sentido, destacaram a implantação de um comitê independente composto por integrantes renomados e, ainda, a complementação dos esforços pela assessoria de escritório de advocacia e da empresa especializada em auditorias Ernst & Young.

Além da equipe de profissionais qualificados, a Ré Americanas ressaltou que medidas e alertas para preservação de informações foram implementadas internamente junto aos colaboradores, tudo a demonstrar que de fato não há risco de perecimento de provas a justificar a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

concessão liminar.

Destacou, ainda, o trâmite dos procedimentos já instaurados pela Comissão de Valores Imobiliários, que esvaziariam as intenções dessa lide, implicando em ofensa à economia processual e dispêndio de recursos desnecessária e desarrazoadamente.

Ainda sobre a inadequação do ajuizamento da demanda, defendeu que o trâmite da Recuperação Judicial deve centralizar os esforços de apuração dos fatos, em benefício de todos os credores e envolvidos no processo recuperacional.

Após o preâmbulo de ajuizamento do agravo, as razões recursais sistematizaram, ainda, tópicos que desenvolveram e reforçaram as seguintes teses:

- (a) A pretensão da Agravada Bradesco tem natureza midiática e a investe em poderes investigativos para apuração de responsabilidades que competiriam às autoridades investidas para tanto, deduzindo pedidos genéricos, excessivamente amplos e improdutivos;
- (b) Há manifesta incompetência do Juízo ante ao regramento específico da produção antecipada de provas, insculpido no art. 382, parágrafo 2º do CPC/15, que se sobrepõe à cláusula de eleição de foro, sobretudo porque a natureza do procedimento não coloca em pauta qualquer controvérsia contratual;
- (c) Há ilegalidade pela não inclusão no polo passivo das pessoas físicas que terão suas correspondências eletrônicas devassadas e que, portanto, não terão direito de defesa assegurado no âmbito do procedimento em curso, sendo impertinente a denominada *fishing expedition* promovida pelo Banco Bradesco na intenção de “pescar” eventuais culpados;
- (d) A produção antecipada de provas não pode ser utilizada com intenções demasiadamente amplas e genéricas, em configuração de *fishing expedition*;
- (e) Há improdutiva multiplicação de demandas semelhantes, que melhor tramitariam de forma centralizada perante o Juízo Recuperacional, com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

acompanhamento de todos os credores e diminuição dos riscos de decisões contraditórias;

- (f) O deferimento promovido em primeiro grau importa em quebra de sigilo e violação à intimidade de sujeitos que em nada se relacionam com o que pretende a Agravada demonstrar;
- (g) A pretensão foi orquestrada em conluio com outras instituições financeiras na intenção de burlar o concurso de credores;
- (h) Há incompatibilidade dos ritos da produção antecipada de provas e exibição de documentos que foram cumulados pela Recorrida;
- (i) Os documentos solicitados não foram individualizados;
- (j) Não há urgência na implementação da medida, ante as providências já adotadas internamente e pela CVM.

Nesse contexto, formulou a empresa Americanas S.A. pedido de efeito suspensivo, com fundamentos de plausibilidade em todas as teses articuladas e, ainda, no risco expressivo pela exposição de dados sensíveis e sigilosos que, de forma irreversível, alimentaria interesses midiáticos e tumultuaria o contexto recuperacional.

MANIFESTAÇÕES DAS LITIGANTES

Após a distribuição do agravo a essa Relatoria, a Autora Banco Bradesco S.A. apresentou manifestação preliminar – e sem prejuízo da oportuna apresentação de contraminuta – na qual argumentou (fl. 528-545):

- (i) A postura da Recorrente causa perplexidade por objetivar impedir a apuração e responsabilização individualizada de quem de fato teria praticado a fraude amplamente noticiada;
- (ii) A cláusula de eleição do foro de Osasco/SP inserta no instrumento pactuado entre as litigantes é aplicável ao caso, havendo atração às Varas Empresariais em



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

razão da matéria de fundo que, em última análise, objetivará a responsabilização dos acionistas e administradores, nos termos de regência da Lei de Sociedades Anônimas;

- (iii) Também é impertinente a pretensão de que o Juízo Recuperacional atraia a demanda, pois não há nenhum pedido que importe em constrição patrimonial, e a solução seria a mesma se fosse o caso de Desconsideração da Personalidade Jurídica, nos termos dos precedentes jurisprudenciais;
- (iv) Há evidente risco de perecimento da prova, vez que a fraude teria ocorrido dentro da própria companhia, praticada por sujeitos que ainda atuam e que podem comprometer a coleta de informações;
- (v) Não há que se falar em dano reverso, pois os dados coletados serão mantidos protegidos pela perícia, que filtrará e impedirá a divulgação de informações que excedam o interesse dos autos.

Apresentada, também, manifestação da Agravante em fl. 547-548, na qual foi informado o vultoso montante de honorários profissionais estimados pela perita (R\$ 23.500.000,00), bem como a determinação de início das diligências sem que ao menos fossem aguardadas as manifestações dos litigantes sobre a estimativa.

Última manifestação da Recorrente anexada nessa data em fl. 553-557, informando decisão que lhe foi favorável em caso semelhante em trâmite na E. 1ª Vara Empresarial desta Capital. Acrescenta não haver o risco de perecimento aventado se considerado que idêntica providência já está em curso por determinação do MM. Juízo da 43ª Vara Cível do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo.

Nessa mesma data e antes da apreciação do pedido liminar, o Relator recebeu para despacho virtual os patronos dos litigantes, abrindo-lhes idêntica oportunidade para melhor elucidação e reforço das teses debatidas no agravo de instrumento.

ANÁLISE DO PEDIDO DE EFETO SUSPENSIVO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Após detido estudo dos autos, tenho que, por ora, a hipótese comporta o indeferimento do efeito suspensivo pleiteado.

Em juízo preliminar, tenho que não há questão de competência que obste o trâmite no i. Juízo de Origem, anuindo com o posicionamento da i. Magistrada quanto à desnecessidade de que o feito seja deslocado à esfera do Juízo Recuperacional, vez que a produção antecipada de provas possivelmente embasará futura ação de conhecimento para responsabilização advinda do instrumento firmado entre as litigantes –denominado “Convênio para realização de operações de cessão de crédito de fornecedores, reconhecimento de obrigações e outras avenças” (fl. 114 na Origem) – não havendo, por ora, comprometimento patrimonial para a Recuperanda.

Ainda sobre a competência, também não vislumbro a ilegalidade suscitada pela empresa Americanas S.A. quanto ao regramento da produção antecipada de provas que, em seu art. 381, §2º, do CPC, prevê que “a produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu”.

Como bem pontuado pela i. Julgadora, há cláusula de eleição de foro no instrumento firmado, tendo as litigantes expressamente convencionado o foro de Osasco/SP para as controvérsias oriundas do contrato (fl. 123 em 1º grau).

Em hipótese semelhante, a E. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial já firmou o convencimento de que prevalece o pacto entre as partes:

Competência. Produção antecipada de provas. Cláusula de eleição de foro. Validade. Ausência de prejuízo com o trâmite perante o foro eleito contratualmente. Prevalência do pacta sunt servanda. Contrato de natureza empresarial. Redistribuição do processo ao foro eleito. Recurso desprovido.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2012405-39.2020.8.26.0000; Relator (a): Araldo Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 1ª VARA EMPRESARIAL E CONFLITOS DE ARBITRAGEM; Data do Julgamento: 15/05/2020; Data de Registro: 15/05/2020)

Pondero, ademais, que o regramento está inserto no instrumento que disciplinou vultoso negócio entre litigantes de grande porte



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

econômico no cenário nacional, com estrutura jurídica suficiente à análise da conveniência do trâmite de litígios futuros na localidade avençada.

Também pelo porte das litigantes e natureza do que será produzido, não antevejo prejuízo e obstáculos relevantes à efetiva produção da prova, *in casu*.

Em sentido semelhante, pertinentes os precedentes da E. Corte Paulista ora colacionados:

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PERÍCIA. MURO DE ARRIMO. ART. 381, § 2º, DO CPC. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO. ART. 63 DO CPC. 1. Nos termos do art. 381, § 2º, do CPC, a produção antecipada de provas deve ser solicitada no foro onde deva ser produzida ou, à escolha do autor, no foro do domicílio do réu. 2. *A cláusula de eleição de foro pode ser declarada ineficaz se isso acarretar prejuízo à produção eficiente da prova. Isso não acarreta automático decreto de ineficácia da cláusula em relação ao feito principal, cujo juízo competente poderá livremente avaliar a abusividade ou não dessa cláusula.* 3. A produção antecipada de provas não previne a competência do juízo (art. 381, § 3º, CPC). Com isso, igualmente, eventual ajuizamento da ação principal em outro foro não acarreta conexão. 4. Recurso não provido.*

[..] Ocorre que a cláusula de eleição de foro pode ser considerada abusiva, ensejando sua ineficácia, consoante permissão legal do § 3º, do art. 63.

O decreto de ineficácia, e não de invalidade da cláusula, significa que ela pode ser eficaz em algum processo e ineficaz em outro.

Com efeito, consoante comentários de Flávio Galdino¹:

“...o fato de o legislador do NCPC ter permitido o reconhecimento pelo juiz da ineficácia da eleição de foro ao invés da sua invalidade é deveras dignificativo. Como a cláusula preserva a sua validade, nada impede que seja reconhecida como ineficaz para um determinado processo (em que se verifica a excessiva dificuldade de defesa para uma das partes) e seja eficaz em outro processo, no qual não se verifique a mesma dificuldade. Em uma palavra: a análise acerca da eficácia jurídica da cláusula de eleição de foro é casuística e depende das circunstâncias concretas de um dado processo.” [..]

(TJSP; Agravo de Instrumento 2068752-29.2019.8.26.0000; Relator (a): Melo Colombi; Órgão Julgador: 14ª Câmara de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Direito Privado; Foro de Santana de Parnaíba - 1ª Vara Cível;
Data do Julgamento: 03/05/2019; Data de Registro: 03/05/2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. ALEGAÇÃO DE QUE O FORO DA COMARCA DE PIRACICABA FACILITARIA O DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO PERICIAL. REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO. INCONFORMISMO. EMPRESAS DE GRANDE PORTE QUE FIRMARAM CONTRATO PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇO DE ENGENHARIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO VÁLIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJSP; Agravo de Instrumento 2171166-81.2014.8.26.0000;
Relator (a): Daise Fajardo Nogueira Jacot; Órgão Julgador: 27ª
Câmara de Direito Privado; Foro de Salto - 3ª. Vara Judicial;
Data do Julgamento: 03/02/2015; Data de Registro: 11/02/2015)

Passando à análise dos requisitos da antecipação de tutela que foi deferida para autorizar a busca e apreensão nas caixas de e-mails institucionais de diretores, membros do Conselho de Administração e do Comitê de Auditoria, funcionários das áreas de contabilidade e finanças da Agravante –atuais e ocupantes dos cargos nos últimos dez anos – devendo ser copiado e armazenado seu conteúdo em *backups* a serem mantidos junto ao MM. Juízo singular.

Nesse sentido e em que pesem todas as ponderações lançadas nas razões recursais da Agravante, por ora anuo igualmente com os fundamentos de plausibilidade e urgência deduzidos pela nobre Magistrada de primeiro grau.

A eles acrescento que, ao contrário do amplamente debatido pela Agravante Americanas S.A., entendo relevante o risco de perecimento das provas e insuficientes à sua preservação as medidas informadas pela Recorrente, sobretudo se considerado que sua estrutura não impediu a configuração do cenário de desconhecimento sobre a origem e destino da exorbitante “inconsistência” encontrada em sua contabilidade.

Esse desconhecimento foi materializado na necessidade de apuração assumida desde o “Fato Relevante” informado ao mercado ainda em 11 de janeiro desse ano, no qual expressamente a Americanas S.A. consignou que: “o Conselho de Administração decidiu, ainda, criar um comitê



PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

independente para apurar as circunstâncias que ocasionaram as referidas inconsistências contábeis, que terá os poderes necessários para a condução de seus trabalhos” (fl. 78-79 em 1º grau).

Disso resulta a insegurança de que prevaleça o impossibilidade de a Recorrente impedir que os agentes envolvidos comprometam as provas que potencialmente forneçam as respostas perseguidas pela Autora na intenção de preservar eventual ressarcimento do expressivo crédito impactado pela inconsistência que não foi evitada.

Sobre as redundâncias suscitadas quanto aos procedimentos em trâmite junto à Comissão de Valores Imobiliários e Ministério Público, tenho que o escopo de atuação desses Órgãos direcionarão seus esforços à reunião de informações que podem ser diversas das que interessarão à Demandante, prevalecendo seu interesse na produção da prova.

Igual raciocínio aplico ao argumento sobre as multiplicidades das demandas com pedidos semelhantes formulados por instituições financeiras diversas, destacando que os créditos tutelados são diferentes, podendo ter percorrido caminhos fraudulentos e tido destinos diversos, circunstâncias que nesse momento não podem ser confirmadas e, portanto, igualmente respaldam a plausibilidade do pedido autoral.

Por fim, reputo relevante afastar o prejuízo suscitado pela possibilidade de exposição de dados de terceiros com potencial repercussão negativa, ainda, à esfera recuperacional pelo contexto de tumulto e interesse midiático na matéria.

A esse respeito, destaco que na r. decisão agravada a i. Julgadora já havia anotado que as cópias e *backup's* serão armazenados na guarda do Juízo.

Em acréscimo a esse entendimento, a nobre Magistrada complementou a disciplina em nova decisão também proferida nessa data, analisando pedido da Agravante formulado na Origem e anotando o seguinte (fl. 460-462):

[..] Fls. 418/420: Considerando o mencionado pela requerida, no sentido de que :”que o teor dos documentos a serem apresentados pelo Grupo Americanas tem caráter sigiloso, contendo não só informações sobre negócios, mas também sobre a vida privada das pessoas atingidas. Conversas entre pai, mãe e filhos; companheiros(as), com ampla exposição de sua intimidade e sobre as quais essas pessoas têm direito constitucional ao sigilo” E, no sentido de que " versam, também,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

as mensagens a serem apreendidas, sobre o interesse de terceiros que não integram a relação jurídica de direito material discutida na presente demanda", e à luz do art. 5º, X, da CF/88 c.c o art. 189, I, III e IV do Código de Processo Civil, e Lei n.13.709/2018 (LGPD), DETERMINO que seja atribuído sigilo processual, tão somente sobre os documentos, emails, demais dados etc... que vierem a ser apreendidos, até que seja feita uma triagem pelo expert nomeado, o qual ficará como depositário fiel dos mesmos. Remanesce, contudo, a necessidade da publicidade dos atos processuais, por razões de interesse público e transparência, conforme fundamentado abaixo. Providencie a z. Serventia o necessário. [...]

Nesse contexto, tenho que o i. Juízo singular já adotou as cautelas necessárias à proteção dos dados sensíveis, não vislumbrando também sob essa perspectiva elementos de plausibilidade que amparem a reforma liminar.

São esses os fundamentos, portanto, de indeferimento do efeito suspensivo pleiteado pela Agravante Americanas S.A., ficando as demais questões arguidas e confirmações desse entendimento liminar remetidos à imprescindível e definitiva apreciação do Órgão Colegiado.

Aguarde-se a apresentação de contraminuta, cumprindo-se a disciplina do art. 1.019, II, do CPC/15.

Tendo em vista as graves imputações que integram a lide com possíveis reflexos na esfera criminal, dê-se vistas ao Ministério Público nessa instância para oportuna manifestação, se o Órgão Fiscal entender pertinente.

Encaminhe-se cópia dessa decisão ao MM. Juízo de Origem.

Comunique-se, publique-se e intime-se.

São Paulo, 2 de fevereiro de 2023.

RICARDO NEGRÃO
Relator