

Apelação Cível n. 2014.079677-1, de Joaçaba
Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR INOMINADA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE APENAS PARA DETERMINAR O ARROLAMENTO DE BENS.

APELO INTERPOSTO PELA AUTORA.

ALEGADA CONFUSÃO PATRIMONIAL. SÓCIO-ADMINISTRADOR APELADO QUE, SEM COMUNICAR À APELANTE, PARALISOU A ATIVIDADE COMERCIAL DA LOJA DE CALÇADOS NA QUAL AMBOS POSSUEM 50% DAS COTAS SOCIAIS. INAUGURAÇÃO DE UM NOVO ESTABELECIMENTO EM OUTRO LOCAL, NO MESMO RAMO DE ATIVIDADE, CONTUDO REFERENTE A UMA NOVA EMPRESA COMERCIAL, REGISTRADA EM SEU PRÓPRIO NOME E DE SEU FILHO.

PRETENDIDO AFASTAMENTO DO RECORRIDO DA FUNÇÃO DE ADMINISTRADOR DA NOVA SOCIEDADE EMPRESARIAL POR ELE CONSTITUÍDA. ARGUMENTO QUE CONSTITUI INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACATO, SOB PENA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. ART. 515, § 1º, DO CPC.

DESTITUIÇÃO DO APELADO DA FUNÇÃO DE ADMINISTRADOR DA EMPRESA EM COMUM, ATÉ O JULGAMENTO DEFINITIVO DAS AÇÕES DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE E DE PRESTAÇÃO DE CONTAS, AMBAS AJUIZADAS PELA APELANTE. VIABILIDADE. PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. CONFUSÃO PATRIMONIAL EVIDENCIADA. DEMANDADO QUE, ALÉM DE EXPLORAR IDÊNTICO RAMO DE ATIVIDADE, UTILIZOU NA NOVA LOJA O MESMO NOME FANTASIA DA EMPRESA CONSTITUÍDA COM A AUTORA. MANUTENÇÃO, ADEMAIS, DO MESMO QUADRO DE FUNCIONÁRIOS. FATOS INCONTROVERSOS NOS AUTOS.

OBJETIVADA PARALISAÇÃO DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA NO NOVO ESTABELECIMENTO. INVIABILIDADE. MEDIDA DRÁSTICA QUE PODE CAUSAR PREJUÍZOS FINANCEIROS A AMBOS OS LITIGANTES. CAUTELAR DE ARROLAMENTO DE BENS E AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS QUE, ADEMAIS, TORNAM DESNECESSÁRIA A PROVIDÊNCIA.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E PARCIALMENTE

PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.079677-1, da comarca de Joaçaba (2ª Vara Cível), em que é apelante Claudia Marques Belo, e apelado Jeferson Heil Pitol e outro:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso, dando-lhe parcial provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Dinart Francisco Machado e o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Gerson Cherem II. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Vânio Martins de Faria.

Florianópolis, 7 de abril de 2015.

Luiz Fernando Boller
PRESIDENTE e RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Cláudia Marques Belo, contra sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Joaçaba, que nos autos da ação Cautelar Inominada nº 037.13.003667-2 (disponível em <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1100023ZL0000&processo.foro=37> > acesso nesta data), ajuizada contra Jeferson Heil Pitol e JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

[...] Trata-se de ação Cautelar de Arrolamento de Bens dos estabelecimento das empresas Irmãos Pitol Calçados Ltda. e JP Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, cumulada com pedido de paralisação das atividades da empresa JP e o afastamento do requerido da administração.

Em síntese, a requerente, Sra. Claudia Marques Belo, é sócia da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda., com a mesma participação que o requerido, Sr. Jefferson Heil Pitol (50% do capital social) sendo que este último efetivamente administrava a empresa.

Informou a requerente que a empresa mudou de endereço sem seu conhecimento. Disse ter solicitado informações ao sócio e ao contador da empresa, mas não foi atendida. Constatou que, na verdade, o requerido constituiu uma nova empresa, denominada JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP. Sustentou que o requerido desviou recursos financeiros e produtos da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda. para esta nova loja.

Requeru em sede liminar o arrolamento dos bens das duas lojas a paralisação das atividades comerciais em ambos os estabelecimentos e o afastamento do requerido da administração das empresas.

Deferi parcialmente liminar e determinei o arrolamento dos bens nos estabelecimentos comerciais, na Rua Francisco Lindner, nº 534 e na Rua Salgado Filho, nº 201, ambos no centro desta comarca (fls. 69/70).

Iniciada a diligência, solicitou o sr. Oficial de Justiça a designação de outros servidores para o cumprimento, haja vista a grande quantidade de itens a arrolar (fl. 72).

Determinei que mais dois Oficiais cumprissem a diligência (fl. 73).

Após dois dias de trabalho, foi concluída a diligência no estabelecimento da Rua Francisco Lindner (fls. 77-110) [...].

Tendo em vista as circunstâncias, especialmente que a conclusão da diligência exigiria a dedicação exclusiva dos já escassos servidores e por vários dias, determinei a suspensão do arrolamento relativamente ao estabelecimento da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda., situado na Rua Salgado Filho, nº 201. Na ocasião, determinei que o estabelecimento permanecesse fechado e lacrado, sem contudo afastar o requerido, sr. Jefferson Heil Pitol, da condição de depositário de tais bens.

Considerando tratar-se de direito disponível e o impacto social decorrente do litígio, notadamente na geração de empregos e renda, com fundamento no art. 125, IV, do CPC, designei audiência de conciliação (fl. 82).

A tentativa de conciliação restou inexitosa. Contudo, as partes concordaram em indicar quatro pessoas para auxiliar na conclusão do arrolamento (fl. 112), que

restou concluído, após quatro dias de trabalho, por sete pessoas (fls. 127/188).

Citados, os requeridos contestaram a ação, aduziram ter buscado uma solução, contudo o descaso da requerente inviabilizou a empresa *‘Irmãos Pitol’*.

Disseram que o estoque e o patrimônio permanecem intactos. E que a empresa *‘JP Comércio de Calçados’*, tem personalidade diversa e que não se envolve nos negócios da sociedade ora discutida. Requereram a improcedência dos pedidos e a revogação da liminar (fls. 194/200).

Na réplica, a parte autora renovou os pedidos da inicial (fls. 203-214).

É o relato, decido.

Registro que a requerente ajuizou as ações de Prestação de Contas e de Dissolução de Sociedade Comercial (nº 037.13.004787-9 e nº 037.13.005013-60) também relativas a esta relação jurídica.

O julgamento antecipado deste feito se impõe, pois a matéria é de direito e os fatos necessários para o julgamento encontram-se provados por documentos. Não havendo preliminares, passo a enfrentar a questão principal.

Na decisão em que deferi apenas o arrolamento dos bens, afastei a pretendida paralisação das atividades e a remoção do requerido da condição de administrador, notadamente em razão dos prejuízos às partes e a terceiros, notadamente aos empregados das empresas.

Quanto ao arrolamento dos bens, não sem grande esforço, a diligência restou cumprida. Por outro lado, a nova diligência pretendida pela parte autora, qual seja, a 'identificação dos códigos e referências', não pode ser deferida. Primeiro porque trata-se de alteração do pedido, expressamente vedado (CPC, art. 264 e parágrafo único). Segundo porque, assim como o eventual lucro, a apuração do prejuízo deve ser feita mediante a análise pericial contábil, não se mostrando útil a diligência. Até porque, como a requerente mesmo afirmou, tratam-se de bens que já não tem valor comercial significativo [...].

Por outro lado, o prejuízo decorrente da desvalorização dos produtos pela depreciação, assim como outras questões pertinentes, são objeto da ação de dissolução e liquidação da sociedade já em trâmite.

Da mesma forma, no que diz respeito à pretensão de afastamento requerido da administração da empresa *Irmãos Pitol Calçados Ltda.*, ante a divergência entre os sócios, (CPC/39, arts. 657, §2º e 660) caberá ao liquidante a ser nomeado na ação principal a administração da empresa até a partilha.

Ademais, não obstante a fungibilidade (CPC, art. 273,§7º) a ação cautelar não tem caráter satisfativo, servindo apenas de instrumento de proteção aos bens a serem futuramente partilhados na já referida ação de dissolução. Porquanto, o arrolamento já realizado cumpriu com o objetivo de afastar o receio de extravio ou dissipação de bens (CPC, art. 855). [...].

Assim, não se pode conferir ao processo cautelar efeito de processo cognitivo, uma vez que os requisitos para a concessão de liminar são representados pela eminência de dano e pela plausibilidade do direito alegado, razão pela qual a tutela é provisória e preventiva, ao passo que para a determinação de medida satisfativa é necessária prova consistente do direito pleiteado, o que é realizado mediante instrução processual do procedimento cognitivo.

Tais fundamentos inclusive, servem para afastar, nesta relação processual, a pretensão de paralisação das atividades comerciais da empresa *JP-Comércio de Calçados e Vestuários Ltda. EPP*. Notadamente porque, além de satisfativa, apenas

com a liquidação da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda. eventual prejuízo que o requerido tenha causado à requerente, será resolvido em perdas e danos.

Por conseguinte, os pedidos devem ser julgados parcialmente procedentes, apenas para confirmar a medida liminar de arrolamento de bens.

Ante o exposto, com fundamento no art. 269, I, do CPC, julgo parcialmente procedentes os pedidos, para confirmar o arrolamento liminarmente deferido.

Por conseguinte, não subsiste a determinação de fechamento e lacre do estabelecimento da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda., localizado na Rua Salgado Filho, nº 201, mantendo-se o requerido na condição de depositário. E, portanto, deverá promover as diligências necessárias para o atendimento das diligências requeridas à fl. 218.

Ressalto que a disposição ou venda das mercadorias que lá se encontram será objeto de deliberação no processo de dissolução.

Considerando que cada litigante foi em parte vencedor e vencido, condeno-os ao pagamento de metade das custas processuais e dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte contrária, que fixo em R\$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), vedada a compensação (Lei nº 8.906/94, art. 23 - fls. 219/223).

Malcontente, Cláudia Marques Belo sustenta, em síntese, que Jeferson Heil Pitol, sócio administrador da Irmãos Pitol Calçados Ltda. - na qual possui 50% (cinquenta por cento) do capital social -, mudou o local da empresa sem qualquer comunicação à apelante, transferindo, em 01/08/2013, todo o seu estoque "*para a nova loja, na rua Francisco Lindner, nº 534, em Joaçaba*" (fl. 227).

Não bastasse isso, asseverou que "*o réu constituiu uma nova empresa, JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, [...] com o mesmo endereço e telefone da empresa da autora, utilizando-se de toda a estrutura desta (empregados, estoque, capital de giro, etc)*" (fl. 227), isto no intuito de "*desviar todo o patrimônio da Irmãos Pitol Calçados Ltda., [...] com o fim de eximir-se do pagamento das quotas até então em negociação*" (fl. 227), estando esta última "*sem qualquer movimentação comercial (formal) desde julho de 2012 (data do início das atividades da empresa JP)*" (fl. 228).

Nestes termos, pontuando que "*deverá ser estabelecida a responsabilidade pessoal do requerido Jeferson, quanto aos possíveis ativos não localizados da sociedade, bem como pela restituição integral do ativo desviado para a sociedade JP*" (fl. 233), pugnou pela reforma da sentença, com a concessão da tutela cautelar para determinar a paralisação da empresa JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, bem como o afastamento de Jeferson Heil Pitol da função de administrador tanto desta empresa, bem como da Irmãos Pitol Calçados Ltda., até o julgamento definitivo da ação de Dissolução de Sociedade nº 037.13.005013-6 (disponível <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1100025CH0000&processo.foro=37>> acesso nesta data) e da ação de Prestação de Contas nº 037.13.004787-9 (disponível em <<http://esaj.tjsc.jus.Br/cpopg/show.do?processo.codigo=1100025490000&processo.foro=37>> acesso nesta data - fls. 224/234).

Recebido o recurso apenas no efeito devolutivo (fl. 237), sobrevieram as contrarrazões de Jeferson Heil Pitol e da JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EP, que, exaltando o acerto da sentença, clamaram pela sua manutenção (fls. 241/243).

Ascendendo a esta Corte, vieram-me os autos conclusos (fl. 45).
Em Parecer de lavra do Procurador de Justiça Jacson Corrêa, o
Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls.
251/255).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Conheço em parte do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Cláudia Marques Belo ajuizou a demanda subjacente, aduzindo que possui 50% (cinquenta por cento) do capital social da sociedade empresarial Irmãos Pitol Calçados Ltda., objetivando a concessão de medida cautelar para determinar o afastamento do sócio Jeferson Heil Pitol - também proprietário de 50% (cinquenta por cento) das quotas sociais -, da função de administrador, bem como a paralisação da empresa JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP - constituída por este último "[...] com o mesmo endereço e telefone da empresa da autora, utilizando-se de toda a estrutura desta (empregados, estoque, capital de giro, etc)" (fl. 227) -, e, ainda, o arrolamento de bens de ambas as sociedades empresariais, em razão de alegada confusão patrimonial, isto até o julgamento definitivo da ação de Dissolução de Sociedade nº 037.13.005013-6 e da ação de Prestação de Contas nº 037.13.004787-9, tendo a pretensão sido parcialmente acolhida apenas para "confirmar o arrolamento liminarmente deferido" (fl. 223).

Pois bem.

No tocante ao pretendido afastamento de Jeferson Heil Pitol da função de administrador da empresa JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, inviável é o conhecimento do reclamo, visto que tal antítese não foi previamente ventilada no 1º Grau, e, portanto, não integra a sentença, o que inviabiliza manifestação deste colegiado, sob pena de afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição.

É que nos termos do art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil, é vedado o exame, pelo órgão *ad quem*, de matéria não suscitada no juízo de origem, por caracterizar inovação recursal:

A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

Acerca do mencionado dispositivo, Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa lecionam que:

A questão não suscitada (nem discutida no processo) não pode ser objeto de apreciação pelo tribunal, no julgamento da apelação. De questão de fato, presa ao interesse da parte, não pode o tribunal tomar conhecimento de ofício. Hipótese em que ocorreu ofensa ao art. 515, § 1º, do CPC (STJ-3ªT., Resp 29.873-1, Min. Nilson Naves, DJU 26.4.93).

As questões não suscitadas e não debatidas em 1º grau não podem ser apreciadas pelo Tribunal na esfera de seu conhecimento recursal, pois, se o fizesse, ofenderia frontalmente o princípio do duplo grau de jurisdição (JTA 111/307). (in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 629 - grifei).

Necessário ressaltar que, segundo o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, é devolvido ao Tribunal o conhecimento da matéria efetivamente

controvertida.

Apenas não está obstado o conhecimento *ex officio* das questões de ordem pública, decorrentes do efeito translativo do recurso, circunstância que, entretanto, não se denota evidenciada no caso em prélio.

Bem a propósito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery apregoam que:

Por inovação entende-se todo elemento que pode servir de base para a decisão do tribunal, que não foi argüido ou discutido no processo, no procedimento de primeiro grau de jurisdição. Não pode inovar no juízo de apelação, sendo defeso às partes modificar a causa de pedir ou o pedido (nova demanda). [...] O sistema contrário, ou seja, o da permissão de inovar no procedimento da apelação, estimularia a deslealdade processual, porque propiciaria à parte que guardasse suas melhores provas e seus melhores argumentos para apresentá-los somente ao juízo recursal de segundo grau (Barbosa Moreira, Coment. N. 248, pp. 454/455). Correta a opção do legislador brasileiro pelo sistema da proibição de inovar em sede do recurso de apelação. (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 860 - grifei).

Passo, então, ao exame do mérito recursal, destacando que a análise do acerto ou desacerto da sentença verberada deve se restringir à aferição dos respectivos requisitos autorizadores, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ministram que:

Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausibilidade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o tramite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1116).

E complementa Fredie Souza Didier Júnior, ponderando que:

Mas as atividades processuais necessárias para a obtenção de uma tutela satisfativa (a tutela-padrão) são lentas e demoradas, gerando delongas processuais que colocam em risco o resultado útil e proveitoso do processo e a própria realização do direito afirmado. É o perigo da demora (*periculum in mora*).

Daí a criação de uma tutela não satisfativa, de cunho assecuratório, para conservar o direito afirmado e, com isso, neutralizar os efeitos maléficos do tempo: a *tutela cautelar*.

A *tutela cautelar* não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o.

Particulariza-se e distingue-se das demais modalidades de tutela definitiva por ser instrumental e temporária.

É instrumental por ser meio de preservação do direito material e do resultado útil e eficaz da tutela definitiva satisfativa (de certificação e/ou efetivação). É o instrumento de proteção de um outro instrumento (a tutela jurisdicional satisfativa),

por isso comumente adjetivada como 'instrumental ao quadrado'. Por exemplo: o bloqueio de valores do devedor inadimplente e insolvente é instrumento assecuratório do direito de crédito do credor.

A tutela cautelar não tem um fim em si mesma, pois serve a uma outra tutela (cognitiva ou executiva), de modo a garantir-lhe a efetividade (art. 796, CPC).

É, ainda, temporária por ter sua eficácia limitada no tempo. Sua vida dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Mas, cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia. E tende a se extinguir com a obtenção (ou não) da tutela satisfativa definitiva - isto é, com a resolução da causa em que se discute e/ou se efetiva o direito acautelado (ex.: satisfeito o direito de crédito, perde a eficácia a cautela de bloqueio de valores do devedor insolvente) (Curso de direito processual civil. 6. ed. v. 2, Salvador: JusPodivm, 2011, p. 462).

Neste sentido, o Código de Processo Civil traz à baila previsão que concede ao julgador o poder de determinar medidas acautelatórias, no intuito de preservar a efetividade da futura tutela jurisdicional, o chamado poder geral de cautela:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

Dito isto, avultou que da Oitava Alteração do Contrato Social da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda., firmada em 02/12/2004 (fls. 15/18), infere-se que Cláudia Marques Belo passou a integrar a respectiva sociedade, tendo-lhe sido transferidas a integralidade das quotas de Glaucimeri Terezinha Heil Pitol e parte das quotas de Maria Otilia Pitol - que deixaram de integrar o quadro social -, dispondo a Cláusula Primeira que:

É admitida na sociedade a sócia Cláudia Marques Belo [...]. A sócia Glaucimeri Terezinha Heil Pitol titular de 19.230 (dezenove mil, duzentas e trinta) quotas no valor de R\$ 19.230,00 (dezenove mil, duzentos e trinta reais) cede e transfere a totalidade de suas quotas à sócia Cláudia Marques Belo. A sócia Maria Otilia Pitol, titular de 19.230 (dezenove mil, duzentas e trinta) quotas no valor de R\$ 19.230,00 (dezenove mil, duzentos e trinta reais), cede e transfere a totalidade de suas quotas, sendo que para o sócio Jeferson Heil Pitol, quotas no valor de R\$ 13.460,00 (treze mil, quatrocentos e sessenta reais), e para a sócia Cláudia Marques Belo, quotas no valor de R\$ 5.770,00 (cinco mil, setecentos e setenta reais). As sócias cedentes dão a mais ampla, geral e irrevogável quitação das quotas vendidas, para nada mais reclamar da sociedade ou dos cessionários a qualquer título e a qualquer tempo. Ficando assim distribuído entre os sócios:

Jeferson Heil Pitol - 25.000 quotas - R\$ 25.000,00

Cláudia Marques Belo - 25.000 quotas - R\$ 25.000,00 (fls. 15/18 - grifei).

E conquanto a Cláusula Sétima do prefalado ajuste estabeleça que "a sociedade será administrada pelos sócios Jeferson Heil Pitol e Cláudia Marques Belo [...]" (fl. 17), é incontroverso que apenas aquele desempenhava a função de administrador do negócio, tendo a autora consignado que "por estar ligada a outra

empresa enquanto residia em Joaçaba-SC e por residir em Caxias do Sul-RS há mais de 3 (três anos), [...] a administração da sociedade Irmãos Pitol Calçados Ltda. sempre foi realizada somente pelo réu Jeferson" (fl. 04), ao passo que o demandado, da mesma forma, pontuou que "a empresa fora administrada exclusivamente pelo réu [...]" (fl. 195).

Outrossim, entendo demonstrado o *fumus boni iuris* para o deferimento da medida cautelar pretendida no tocante ao afastamento de Jeferson Heil Pitol da função de administrador da Irmãos Pitol Calçados Ltda., visto que dos autos extrai-se eficiente substrato probatório a demonstrar a alegada confusão patrimonial entre a Irmãos Pitol Calçados Ltda. e a JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, isto em razão da conduta do administrador apelado.

Isto porque, restou incontroverso que Jeferson Heil Pitol fechou as portas do estabelecimento comercial localizado no endereço da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda., estabelecida na rua Salgado Filho nº 201, loja térreo, em Joaçaba-SC, consoante Cláusula Primeira da Nona Alteração do respectivo Contrato Social (fl. 19), sem efetuar qualquer comunicação à sócia apelante, inferindo-se das fotos de fls. 30/31 e do Levantamento Fotográfico realizado pelos Oficiais de Justiça (fl. 87), que o apelado fixou cartaz na fachada da aludida loja comercial, dando conta de que *"a Pitol Calçados mudou de endereço para melhor atender você. [...] rua Francisco Lindner nº 534, [...] Centro Joaçaba"*, ao passo que, tanto das fotos de fl. 32, bem como da Certidão de fl. 771, lavrada por 3 (três) Oficiais de Justiça, extrai-se que o nome da loja existente neste novo logradouro é *"Pitol-Calçados e Confecções"*.

Assim, conquanto o Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral emitido pela Receita Federal (fl. 36) informe que o novo endereço trata-se da sede de outra sociedade empresarial, qual seja a JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP - empresa que possui como sócios o apelado e seu filho Guilherme Augusto Pitol, e que foi registrada na Junta Comercial em 16/07/2012, conforme consta no Contrato Social (fls. 119/122) -, é certo que o recorrido Jeferson Heil Pitol continuou utilizando o nome de fachada da Irmãos Pitol Calçados Ltda.

Não bastasse isso, no Cupom Fiscal de fl. 55, emitido pela JP-Comércio de Calçados e Vestuários Ltda., consta o endereço *"rua Salgado Filho, 201, sala B, Centro"*, ou seja, exatamente o mesmo local que figurava como sendo a sede da Irmãos Pitol Calçados Ltda. no respectivo Contrato Social (fl. 19), o que também corrobora a assertiva de Cláudia Marques Belo acerca da confusão patrimonial encetada pelo sócio administrador Jeferson Heil Pitol.

Ademais, restou irrefutável que os funcionários que trabalhavam na loja da rua Salgado Filho nº 201, foram transferidos para a nova loja situada na rua Francisco Lindner nº 534.

Jeferson Heil Pitol, por sua vez, não se desencumbiu do ônus de demonstrar a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito da postulante (art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil), não tendo comprovado a alegação no sentido de que *"fundou a empresa de sua propriedade, JP-Comércio de Calçados e Vestuários Ltda., a qual tem personalidade diversa e não se envolve nos negócios da sociedade ora discutida"* (fl. 196), sequer encartando nos autos qualquer

elemento de prova.

No tocante à distribuição do ônus probatório, preciso é o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para quem:

A produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável. Ou seja, o descumprimento desse ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas no aumento do risco de um julgamento contrário, uma vez que, como precisamente adverte PATTI, uma certa margem de risco existe também para a parte que produziu a prova. (MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, Manual do Processo de Conhecimento, 4. ed., Editora: RT, 2005, p. 266).

Ao abordar o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, com extrema propriedade, exaltam que:

Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.

[...] o ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 608).

Sobre a matéria, Moacyr Amaral dos Santos ministra o ensinamento de que:

Como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato. E dada a controvérsia entre autor e réu com referência ao fato e às suas circunstâncias, impondo-se, pois, prová-lo e prová-las, decorre o problema de saber a quem incumbe dar a sua prova. A quem incumbe o ônus da prova? Esse é o tema que se resume na expressão ônus da prova (Primeiras Linhas do Direito Processual Civil, Editora: Saraiva, 17ª ed., 1995, v. 2, p. 343/344).

Sobre o que não diverge Ernane Fidélis dos Santos:

O princípio que deve orientar o julgamento é o da verdade real dos fatos. [...] Um dos mais relevantes princípios subsidiários da verdade real é o da distribuição do ônus da prova. [...] A regra que impera mesmo em processo é a de que '*quem alega o fato deve prová-lo*'. O fato será constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, não importando a posição das partes no processo. Desde que haja a afirmação da existência ou inexistência de fato, de onde se extrai situação, circunstância ou direito a favorecer a quem alega, dele é o ônus da prova. [...] Em determinadas situações, o juiz lança mão de critério subsidiário da verdade real, usando-se do ônus da prova, mas para atribuí-lo à parte a quem desfavorece juízo de maior probabilidade. Quer-se provar que o cidadão não foi ao serviço em determinado dia, mas há dúvida sobre o fato. Sabe-se, contudo, que dos trinta dias do mês faltou ele vinte e cinco. Mesmo que a prova da falta pertença a outra parte, já há probabilidade maior a lhe favorecer, de forma tal que o empregado não pode ser desincumbido de provar o comparecimento. O juízo de maior probabilidade se

mantém em estrita ligação com as regras de experiência (art. 335), aplicáveis de acordo com o *quod plerumque fit*. (Manual de Direito Processual Civil, volume 1: processo de conhecimento. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 509/511).

Ainda valioso é o ensinamento de Darci Guimarães Ribeiro, no sentido de que:

É natural, provável, que um homem não julgue sem constatar o juízo com as provas que lhe são demonstradas. Quando o autor traz um fato e dele quer extrair conseqüências jurídicas, é que, via de regra, o réu nega em sentido geral as afirmações do autor; isto gera uma litigiosidade, que, por conseqüência lógica, faz nascer a dúvida, a incerteza no espírito de quem é chamado a julgar. Neste afã de julgar, o juiz se assemelha a um historiador, na medida em que procura reconstituir e avaliar os fatos passados com a finalidade de obter o máximo possível de certeza, pois o destinatário direto e principal da prova é o juiz. Salienta Moacyr A. Santos que também as partes, indiretamente, o são, pois igualmente precisam ficar convencidas, a fim de acolherem como justa a decisão. Para o juiz sentenciar é indispensável o sentimento de verdade, de certeza, pois sua decisão necessariamente deve corresponder à verdade, ou, no mínimo, aproximar-se dela. Ocorre recordar que a prova em juízo tem por objetivo reconstruir historicamente os fatos que interessam à causa, porém há sempre uma diferença possível entre os fatos, que ocorreram efetivamente fora do processo e a reconstrução destes fatos dentro do processo. Para o juiz não bastam as afirmações dos fatos, mas impõem-se a demonstração da sua existência ou inexistência, na medida em que um afirma e outro nega, um necessariamente deve ter existido num tempo e num lugar, i.e., uma de ambas as afirmações é verdadeira. Daí dizer com toda a autoridade J. Bentham que "*el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas*".

Segue o mestre asseverando:

O problema da verdade, da certeza absoluta, repercute em todas as searas do direito. A prova judiciária não haveria de escapar desses malefícios oriundos dessa concepção, tanto isto é certo que para o juiz sentenciar é necessário que as partes provem a verdade dos fatos alegados, segundo se depreende do art. 332 do Código de Processo Civil" [...].

E, mais adiante, conclui que:

Por objeto da prova se entende, também, que é o de provocar no juiz o convencimento sobre a matéria que versa a lide, i.e., convencê-lo de que os fatos alegados são verdadeiros, não importando a controvérsia sobre o fato, pois um fato, mesmo não controvertido, pode influenciar o juiz ao decidir, na medida que o elemento subjetivo do conceito de prova (convencer) pode ser obtido, e. g., mediante um fato notório, mediante um fato incontroverso.

Por fim, sedimenta:

[...] a parte não está totalmente desincumbida do ônus da prova de uma questão de direito, na medida que cada qual quer ver a sua alegação vitoriosa devendo, por conseguinte, convencer o juiz da sua verdade. [...] o juiz julga sobre questões de fato com base no que é aduzido pelas partes e produzido na prova. (RIBEIRO, Darci Guimarães. Tendências modernas da prova. RJ n. 218. dez-1995. p. 5).

Assim, prevalece a tese da confusão patrimonial, restando evidenciada a má-administração de Jeferson Heil Pitol no tocante à Irmãos Pitol Calçados Ltda.,

visto que restou assente não existir qualquer intenção por parte do aludido sócio para realização do objeto desta sociedade.

Pelo contrário, o apelado encerrou a atividade empresarial desenvolvida na loja localizada à rua Salgado Filho nº 201, sem, inclusive, comunicar à sócia remanescente, ora apelante.

Logo, imperioso é o seu afastamento da administração da Irmãos Pitol Calçados Ltda., devendo a respectiva administração da sociedade ser realizada por Cláudia Marques Belo - função esta que, convém reprimir, já lhe é atribuída na Cláusula Sétima da Oitava Alteração do Contrato Social da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda. (fls. 15/18), segundo a qual "*a sociedade será administrada pelos sócios Jeferson Heil Pitol e Cláudia Marques Belo [...]*" (fl. 17).

Já quanto ao *periculum in mora* para o deferimento da medida, avulto que a loja situada à rua Salgado Filho nº 201 encontra-se com as portas fechadas por ordem do administrador apelado, possuindo considerável estoque em seu interior, conforme extrai-se do arrolamento de fls. 128/188, de modo que perpetuar tal situação pode vir a causar sérios prejuízos ao desenvolvimento da atividade empresarial, não se olvidando que, tratando-se de loja de calçados, é certo que os produtos estão sujeitos à desvalorização em razão do decurso do tempo.

A propósito, sobre o risco de dano de difícil reparação em razão da confusão patrimonial perpetrada pelo administrador da sociedade empresarial, dos arestos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul haure-se que:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE. NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CABIMENTO. *DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CASO EM QUE O SÓCIO ADMINISTRADOR CONSTITUIU SOCIEDADE EMPRESÁRIA PARA ATUAÇÃO NO MESMO RAMO DA SOCIEDADE EM DISSOLUÇÃO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.* (Agravo nº 70055157986, Sexta Câmara Cível, rel. Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 12/09/2013 - grifei).

Diante disso, entendo estarem reunidos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pressupostos legais para a concessão da tutela de urgência almejada pela apelante para o afastamento de Jeferson Heil Pitol da função de administrador da Irmãos Pitol Calçados Ltda. até o julgamento definitivo da ação de Dissolução de Sociedade nº 037.13.005013-6 e da ação de Prestação de Contas nº 037.13.004787-9, mostrando-se necessária a reforma da sentença neste tocante.

Com efeito, *Àa teor do art. 798 do Código de Ritos, é conferido ao juiz o poder geral de cautela, autorizando-o a determinar as medidas provisórias adequadas, desde que presentes os requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris, mormente a possibilidade de intervenção judicial que visa ao afastamento de dirigentes de empresa, nas hipóteses de má administração* (Agravo de Instrumento nº 2003.021964-1, de Caçador, rel. Des. Fernando Carioni, j. 02/06/2005).

Nessa linha:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - BUSCA E APREENSÃO E REMOÇÃO DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE COMERCIAL - [...] INTERVENÇÃO

JUDICIAL - AFASTAMENTO DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES - INTERFERÊNCIA JUDICIAL PLAUSÍVEL - PODER GERAL DE CAUTELA - *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* CONFIGURADOS - PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DA AUTORA - ORDEM QUE VISA A COIBIR FUTURAS IRREGULARIDADES NA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA - NOMEAÇÃO DE TERCEIRO COMO ADMINISTRADOR JUDICIAL - DECISÃO IRREPROCHÁVEL - RECURSO DESPROVIDO. [...] A tutela cautelar pretende, tão-somente, garantir a eficácia e a utilidade do processo principal ante a iminência de situação de perigo ou risco da parte que venha a sair vitoriosa no julgamento da lide. Nesse aspecto, a redação do artigo 798 do Código de Processo Civil confere ao juiz o poder geral de cautela, autorizando-o a determinar as medidas provisórias adequadas desde que presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, mormente a possibilidade de intervenção judicial que visa ao afastamento de dirigentes de empresa, nas hipóteses de má administração. É lícito ao Juiz, a teor do disposto no artigo 804 do Código Processual Civil, conceder liminarmente medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderia torná-la ineficaz. Diante da prova documental apresentada, a qual demonstra atos imprudentes na administração da sociedade, bem como diante do descumprimento de ordem judicial de apresentação semanal dos balancetes informativos de valores e mercadorias, mostra-se providente o despacho que determina o afastamento dos administradores da empresa requerida. A nomeação de administrador judicial para a empresa visa a acautelar os interesses da autora e coibir irregularidades praticadas pelos sócios em sua gerência, revestindo-se a medida de caráter provisório. (Agravo de Instrumento nº 2004.009485-0, de Tijucas, rel. Des. Fernando Carioni, j. 09/09/2004 - grifei).

Na mesma senda, dos julgados do Tribunal de Justiça do Paraná sobeja que:

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - AFASTAMENTO DE SÓCIO DA ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS - SUPOSTAS IRREGULARIDADES QUE EVIDENCIAM MÁ ADMINISTRAÇÃO - PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS (*FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*) - ADMINISTRAÇÃO PROVISÓRIA PELO SÓCIO MAIS ANTIGO - POSSIBILIDADE - LIMINAR DEFERIDA - MANUTENÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO (Agravo de Instrumento nº 0298934-4, rel. Guimarães da Costa. Data de Julgamento: 05/10/2005, 15ª Câmara Cível).

Por derradeiro, entendo que inexistente *periculum in mora* para determinar a paralisação da empresa JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, visto que, conforme adequadamente ponderou o togado singular na decisão que deferiu o pedido liminar apenas no tocante ao arrolamento, "a paralisação, além da possibilidade de produzir prejuízos econômicos, inclusive às próprias partes, não se mostra necessária, diante do próprio arrolamento e da ação de prestação de contas" (fl. 69).

Dessarte, pronuncio-me no sentido de conhecer em parte do reclamo, dando-lhe parcial provimento, determinando o imediato afastamento de Jeferson Heil Pitol da função de administrador da Irmãos Pitol Calçados Ltda. até o julgamento definitivo das ações de Dissolução de Sociedade nº 037.13.005013-6 e de Prestação de Contas nº 037.13.004787-9, devendo tal função, durante este interregno, ser desempenhada pela sócia apelante Cláudia Marques Belo.

É como penso. É como voto.