Registro: 2018.0000160862

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1111792-45.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FERNANDO RIBERTI NAZARETH, são apelados PIPÓ COMÉRCIO DE ALIMENTOS GOURMET LTDA. - ME, DANIELA LOTAIF e ADRIANA LOTAIF.

ACORDAM, em 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U. Sustentou oralmente o dr. Arthur Henrique Tuzzolo OAB/SP 234192", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MAURÍCIO PESSOA (Presidente) e CLAUDIO GODOY.

São Paulo, 12 de março de 2018

RICARDO NEGRÃO

RELATOR

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº : 35.068 (EMP-DIG)
APEL. Nº : 1111792-45.2014.8.26.0100
COMARCA : SÃO PAULO
APTE. : FERNANDO RIBERTI NAZARETH
APDO. : PIPÓ COMÉRCIO DE ALIMENTOS GOURMET LTDA – ME E OUTROS

SOCIEDADE DE FATO – Dissolução de sociedade – Sociedade não personificada regida pelos artigos 986 a 990 do C. C. – COMPROVAÇÃO DA SOCIEDADE DE FATO – A prova da sociedade de fato se faz mediante qualquer prova em direito admitida (Precedente do STJ) – Sentença de improcedência – Hipótese de pedido de reconhecimento da sociedade de fato, com dissolução e apuração de haveres e reconhecimento de aporte no percentual de 40% do capita social – Laudo pericial – Aporte integralizado parcialmente – Percentual de 14,46% apurado em laudo pericial – Homologação – Restituição de valores investidos na constituição da sociedade de fato – Impossibilidade – Sócios que assumiram o risco do negócio – Eventual restituição de valores que deve ser buscada na apuração de haveres pelo percentual de 14,46% – Sentença reformada – Recurso provido em parte.

Dispositivo: deram parcial provimento ao recurso.

Recurso de apelação interposto pelo Sr. Fernando Riberti Nazareth, dirigido à r. sentença proferida pelo Dr. Valdir da Silva Queiroz Junior, MM. Juiz de Direito da E. 9ª Vara Cível da Capital (fl. 1.581-1.585), que julgou improcedente o pedido inaugural ["ação de reconhecimento de dissolução de sociedade de fato c/c apuração de haveres e pedido de antecipação dos efeitos da tutela"] ajuizado contra Pipó Comércio de Alimentos Gourmet Ltda.– ME e contra as Sras. Adriana Lotaif e Daniela Lotaif (fl. 1-41).

Entendeu o i. Magistrado singular não ter sido demonstrado nos autos a condição do autor como sócio de fato bem como a existência da affectio societatis, o que determinou a improcedência da ação. Consignou ainda que muito embora se reconheça que o autor tenha realizado diversos aportes na empresa requerida, o ressarcimento desses valores deve ser buscado por via diversa da ação de dissolução parcial da sociedade e a retirada do autor e de apuração de haveres.

Opostos embargos de declaração (fl. 1.587-1.591), foram rejeitados (fl. 1.597).

Em razões recursais, o apelante sustenta: (a) inequívoca existência de sociedade de fato; (b) comprovação do direito de participação de 40% da sociedade; (c) comprovação de compromisso de investimento (aporte) no

valor total de R$ 350.000,00 e aporte total investido de R$ 230.193,26; (d) possibilidade de dissolução da sociedade em razão da affectio societatis demonstrada; (e) regular apuração de haveres (fl. 1600-1628).

Preparo em fl. 1629-1630.

Contrarrazões em fl. 1636-1647.

Tempestividade anotada. A r. sentença foi disponibilizada no DJE no dia 25 de outubro de 2017 (fl. 1.586) sobrevindo embargos de declaração aos 6 de novembro de 2017 (fl. 1.587), rejeitados pela r. decisão disponibilizada no DJE no dia 23 de novembro de 2017 (fl. 1.599). O recurso foi interposto no dia 18 de dezembro de 2017 (fl. 1.600).

É o relatório do essencial.

I. DOS CONTORNOS DE FUNDO

Trata-se de ação de dissolução de sociedade de fato, com apuração de haveres, ajuizada pelo Sr. Fernando Riberti Nazareth em face de Pipó Comércio de Alimentos Gourmet Ltda.–ME. e das Sras. Adriana Lotaif e Daniela Lotaif.

Relatou o autor que no início de 2013 foi indagado sobre interesse em participar de projeto de pipocas gourmet, pelo amigo pessoal e então namorado de uma das requeridas, dos quais posteriormente foi padrinho de casamento. Alegou que o projeto não era uma ideia acabada e assim em conjunto com a requerida desenvolveram o projeto que resultou na alteração do contrato social da empresa "The Sisters Organização de Feiras e Eventos Ltda.", da qual a requerida era titular em sociedade com sua irmã, passando para a denominação de Pipó Comércio de Alimentos Gourmet Ltda. – ME, em janeiro de 2013.

Observou que a irmã da requerida, Daniela Lotaif, detinha apenas 0,1% do capital social da empresa Pipó, não tendo participado nem contribuído com recursos ou trabalho para o desenvolvimento do negócio.

Transcorrido alguns meses, em março de 2013, começou a trabalhar com a requerida tendo realizado alguns aportes financeiros (fl. 544-897, doc. 60) e que para viabilizar o sucesso da empreitada e o lançamento e divulgação do produto chegaram a um valor de investimento total de R$ 300.000,00 (fl. 88-89, doc. 2), e que acordaram que o valor a ser investido pelo autor seria o total de R$ 350.000,00 e para fins de capital de giro o autor se comprometeria a investir mais R$ 50.000,00, no prazo de um ano e que por conta disso teria participação de 40% na sociedade e a requerida 60% do negócio.

Informou que a partir de maio de 2013, a requerida passou

a receber uma remuneração mensal de R$ 4.000,00 pagos pelo autor e que este teria também uma remuneração mensal de R$ 4.000,00, todavia enquanto a sociedade não gerasse caixa suficiente, o autor contabilizaria um crédito de R$ 8.000,00, referente aos R$ 4.000,00 que disponibilizava para a autora e outros R$ 4.000,00 referente à remuneração mensal que deixou de receber. Que esta condição manteve-se até janeiro de 2014, e até fevereiro de 2014 com o autor, momento que passou a ter condições de remunerar as partes com recursos do seu caixa (fl. 426-542, doc. 55-59).

Disse que a vista da demora da concretização ou formalização da sociedade, procurou um escritório de advocacia para cuidar desses assuntos, e que foi recomendado a contratação de mútuo no valor do investimento, que posteriormente seria convertido em quotas sociais da empresa Pipó no total de 40% do seu capital social (fl. 420-422 e 899-902).

Mesmo com o lançamento do produto em setembro de 2013 e o sucesso absoluto da empreitada, não houve consenso no tocante a minuta do contrato de mútuo e o contrato de alteração social da Pipó para ingresso do autor, que apresentava diversas distorções, que resultaram um desgaste na relação entre eles, mesmo após ter investido R$ 230.000,00. Que a partir de então, a convivência em sociedade não foi mais possível, a requerida revogou a procuração conferida ao autor (fl. 410-412) e o desautorizou a realizar qualquer ato em nome da sociedade, o que gerou seu afastamento em 16/9/2014.

Citadas, as requeridas contestaram (fl. 972-1.008), alegando que o projeto já estava acabado quando foi apresentado ao autor, que comovidas com o autor, na busca de ocupação profissional, decidiram dar oportunidade de participar do projeto de pipocas gourmet. Alegaram que apenas acordaram verbalmente com o autor em lhe dar trabalho remunerado mensalmente, que este emprestaria R$ 350.000,00 à sociedade, e que ao final da experiência, as partes poderiam aprovar a sua conversão em até 40% do capital social da empresa (conversible note), que a conduta do autor inviabilizou a consumação do negócio e que mesmo que se admita a existência de sociedade de fato, esta deve se limitar, no máximo a 26,30% considerando-se que o autor alega ter aportado o valor de R$ 230.193,26.

Ao final, requereram pela improcedência da ação e pelo reconhecimento do direito das requeridas apurarem o que efetivamente foi aportado pelo autor em benefício da sociedade Pipó Comércio de Alimentos, restituindo-se ao autor o valor apurado, acrescido de juros de 1% ao mês e correção monetária.

A r. sentença julgou improcedente a ação.

II. DA SOCIEDADE DE FATO E SUA PROVA

A controvérsia recursal cinge-se à efetiva comprovação ou não da sociedade de fato, à integralização de aportes e ao direito de 40% do capital social, com apuração de haveres.

A sociedade de fato ou também conhecida como sociedade irregular, é aquele que não teve seus atos constitutivos inscritos ou registrados no órgão competente, na forma da lei, não tendo adquirido personalidade jurídica, a teor do disposto no artigo 985 do Código Civil, que determina:

> A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

Assim, inexistente o registro dos atos constitutivos da sociedade, esta será regida pelos artigos 986 a 990 do Código Civil, que dispõem sobre a sociedade não personificada, in verbis:

> Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples.

Desta forma, a comprovação da sociedade de fato não se faz mediante instrumento de contrato social, devidamente registrado, mas o negócio jurídico pode ser comprovado por outros meios de prova em direito admitidas.

Neste diapasão, a existência da sociedade de fato pode ser feita mediante prova escrita (CC, art. 987), isto é, por meio de recibos, instrumento de contrato, correspondências trocadas entre os sócios, etc.

Neste sentido é a doutrina, conforme escreve o Professor Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França (A sociedade em comum, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 131), citando, ainda, Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, v. 49, São Paulo: RT, 3ª ed., 1984, p. 80):

> De outra parte, ao se referir a prova escrita da existência da sociedade, o art. 987 do Código Civil atual não demanda contrato escrito, como já anotara Pontes de Miranda, seguido de outros doutrinadores, em relação ao art. 1.366 do Código Civil de 1916: "A prova por escrito, a que o art. 1.366 se refere, não é sempre a prova do contrato. Pode dar-se que haja escrito ou escritos que não sejam o do contrato, mas que sejam suficientes para que se repute existente a sociedade."

Para a constituição de sociedade limitada exige-se a

presença de três elementos: a cooperação entre os sócios, o capital social e a affectio societatis. Já para a sociedade de fato o Código Civil de 2002 não traz seus elementos caracterizadores, utilizando-se historicamente o art. 305 do Código Comercial: negociação comum; aquisição, alheação, permutação, ou pagamento comum; "se um dos associados se confessa sócio, e os outros o não contradizem por uma forma pública; "se duas ou mais pessoas propõem um administrador ou gerente comum; "a dissolução da associação como sociedade"; "o emprego do pronome nós ou nosso nas cartas de correspondência, livros, fatura, contas e mais papeis comerciais"; "o fato de receber ou responder cartas endereçadas ao nome ou firma social"; "o uso de marca comum nas fazendas ou volumes"; e o "uso de nome com a adição –e companhia".

Neste contexto, indaga-se sobre a comprovação ou não da sociedade de fato e da affectio societatis.

As provas dos autos indicam que de fato houve a comprovação da affectio socitatis.

A documentação apresentados nos autos indica que os litigantes, Sr. Fernado Riberti Nazareth e Sra. Adriana Lotaif, iniciaram tratativas, em março de 2013, no sentido de se associarem para desenvolver projeto de pipocas gourmet semelhante as vendidas nos Estados Unidaos da América (EUA), conforme se extrai dos documentos juntados com a inicial (fl. 113-114).

É certo que a pessoa jurídica Pipó Comércio de Alimentos Gourmet Ltda. –ME já existia desde 12/1/2012, todavia, é fato que sobejantes elementos de provas dos autos indicam a existência da sociedade de fato, entre o autor e a demandada, sendo indicativo as várias mensagens eletrônicas entre os litigantes, com tratativas de negociações para a inclusão do autor na sociedade com capital social de 40%, o lançamento em conjunto do produto, de forma pública, conforme se constata das fotos (fl. 100-117), embalagem do produto com indicação expressa dos nomes de ambos litigantes (fl. 100), cartões de apresentação pessoal da Pipó em nome do autor (fl. 378), cartão bancário pessoal em nome do autor, de movimentação da conta bancária exclusiva da empresa Pipó (fl. 379), dos anúncios digitais indicando os nomes dos litigantes como "donos" da Pipó (fl. 383-384), declaração expressa da requerida Adriana Lotaif (e-mail) indicando o autor como seu "sócio" (fl. 386), solicitação pela requerida de criação de e-mail pessoal e ligado ao nome da Pipó (fl.),

A defesa da requerida (fl. 992), indica e confirma que houve a negociação de ingresso do autor na sociedade, assim, redigida:

[..]

Com efeito, o autor entabulou com a corré Adrina o seu ingresso

> na sociedade por meio do exercício de trabalho remunerado + investimento de capital conversível em até 40% (quarenta por cento) das quotas sociais (e a missiva eletrônica encaminhada em 10/março/2014 pelo autor à corré Adriana e à advogada que cuidava da formalização do mútuo joga uma "pá-de-cal" nessa questão). Destarte, o autor exercia trabalho remunerado na sociedade empresária e realizaria empréstimos durante certo período de tempo, e ao cabo, analisar-se-ia a viabilidade de torná-lo sócio.
>
> Contudo, as condutas do autor no cotidiano da empresa demonstraram o seu total afastamento da proposta inicial, sinalizando à corré Adriana que não haveria a menor possibilidade de formar-se uma sociedade. Noutras palavras, com a convivência profissional a corré Adriana pressentiu que não deveria se unir ao autor, quer pela conduta que apresentou, quer pela inaptidão ao trabalho.

E mais, os documentos de fl. 365-366, comprovam a existência de sociedade de fato entre os litigantes, na medida em que a Sra. Adriana Lotaif, na condição de representante da empresa Pipó Comércio de Alimentos Gourmet Ltda. – ME, constituiu por procuração pública, o Sr. Fernando Riberti Nazareth, para representá-la, com "amplos, gerais e ilimitados poderes" perante a Caixa Econômica Federal, autorizando-o ainda, a "movimentar, depositar e retirar importâncias e valores; emitir, endossar e assinar cheques, ordens e recibos; efetuar, autorizar e solicitar DOC, TED, transferências ou débitos; solicitar saldos, extratos, talões de cheques e cartões magnéticos" etc.

As tratativas da formalização do acordo de acionista também restaram comprovadas com o e-mail encaminhado pela apelada Adriana Lotaif e pela minuta encaminhada (fl. 322-344).

Por fim, observa-se que a defesa admite que o "autor era responsável pela contabilidade da empresa," (fl. 1.004, parágrafo sexto), e a questão dos aportes não é negada pela requerida.

E, o que se percebe, é que o contrato firmado a título de mútuo nada mais é do que um contrato "pro forma" firmado para burlar o contrato realidade, isto é a sociedade de fato com promessa de inserção do autor no quadro societário da requerida Pipó Ltda.

Niguém em sã consciência se submeteria a trabalhar a troco de salário mensal de R$ 4.000,00 e ainda ter que investir o valor previsto de R$ 350.000,00 para mais tarde recebê-los corrigidos e com juros que sequer foram pactuados ou mesmo pela simples promessa de futura subscrição de capital social.

Destarte, restou demosntrado que embora não se tenha consumado a formalização do contrato de sociedade para a inclusão do autor como sócio na empresa Pipó Comércio de Alimentos Gourmet Ltda-ME, é certo que a sociedade de fato entre autor e requerida restou configurada pelas inúmeras provas dos autos, permitindo-se dizer que a comprovação da affectio societatis está demonstrada bem como os motivos ensejadores da quebra da affectio societatis (fl. 410-412).

III. DOS APORTES E DO PERCENTUAL DO CAPITAL INTEGRALIZADO

Resta analisar a questão dos aportes e do percentual a que faz jus o autor.

Inicialmente o autor afirma que aportou o valor total de R$ 230.193,26 restando um saldo de R$ 119.806,74, do total a ser integralizado de R$ 350.000,00 (fl. 31).

O laudo pericial concluiu pelo aporte realizado pelo autor segregados em três grupos distinto que resumidos são (fl. 1293):

DESPESAS ASSOCIADAS À PIPÓ			? R$ 95.802,96
DESPESAS A CRITÉRIO DO JUÍZO			? R$ 30.744,78
DESPESAS S/DOCUMENTOS OU DOCUMENTOS HÁBEIS			? R$ 103.645,52
TOTAL DAS DESPESAS ANALISADAS			? R$ 230.193,26

No quesito percentual o resultado concluiu que (fl. 1.294):

Referência	%
	Apurado
Despesas Associadas à Pipó	10,95%
Despesas à Critério Juízo	3,51%
Total Apurado	**14,46%**

O autor insiste e postula que o percentual a ser considerado deve ser aquele de 40% prometido quando da participação do negócio, que ao longo da empreitada não se aperfeiçoou. É certo que houve promessa de participação no percentual de 40%, todavia, mais certo ainda é que o contrato não se consumou e o aporte realizado pelo autor também não atingiu o patamar de R$ 350.000,00.

Dessa forma, como medida de equilíbrio e para se evitar enriquecimento ilícito, acolhe-se o valor apurado de aporte pelo laudo pericial de R$ 230.193,26, porque muito embora as partes tenham constestado o resultado a que se chegou o perito judicial, os laudos suplementares de seus assistentes técnicos em nada contribuíram para a infirmar o resultado do laudo pericial, mesmo após os esclarecimentos do perito judicial, observando-se, inclusive, que o laudo do assistente do autor apresentou resultado anormal e fora da realidade dos fatos e elementos de provas dos autos e daqueles ofertados para a realização da prova pericial.

Também acolhe-se o percentual de capital social de 14,46% como concluiu o laudo pericial, considerando válidos os valores aportados e indicados como "Despesas à Critério Juízo" já que a requerida impugnou aqueles valores de forma genérica, sem apresentar elementos que justificassem o seu afastamento.

Neste diapasão, conforme lições de Marcelo Fortes Barbosa Filho, o patrimônio da sociedade de fato "como somatória de crédito e débitos acumulados, está inserido, formalmente, no patrimônio dos sócios encarregados de operar perante terceiros, mas integra, materialmente, um todo diferenciado e separado, vinculada à execução continuada do contrato de sociedade e pelo qual serão apurados, ao final, os haveres de cada um" (Cógido Civil Comentado, 8ª ed., Editora Manole, 2014, pg. 936).

Assim, ao se associar e contribuir para a sociedade, surgiu para o autor apelante, o direito pessoal de sócio e por consequência um direito ao crédito (participação nos lucros) ou ao débito (em eventual prejuízo da sociedade), em outras palavras os sócios assumem responsabilidade tanto na participação dos lucros quanto nas perdas eventuais que a sociedade venha assumir perante terceiros, inerentes ao risco do negócio comercial.

Deste modo, não se trata de restituição de valores investidos na sociedade (aporte de R$ 230.193,26), e sim em apuração de haveres, que deve ser realizada na fase de liquidação, considerando-se apenas o percentual de 14,46% apurado pelo laudo pericial.

O critério de apuração de haveres deve obedecer o que dispõe o artigo 1.031 do Código Civil, que determina que naqueles casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua cota que efetivamente foi integralizado será apurado em liquidação com base na situação patrimonial da sociedade, salvo disposição contratual em contrário, na data da resolução.

Destarte, a r. sentença deve ser reformada, visto que as provas dos autos conduzem para reformar a r. sentença, respeitado o entendimento contrário do ilustre julgador a quo.

IV. DISPOSITIVO

Em razão do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para afastar o decreto de improcedência, reconhecendo-se a existência da sociedade de fato e decretando-se sua dissolução com a exclusão do autor, devendo ser apurados os haveres pelo percentual de capital social do autor de 14,46%. Havendo sucumbência recíproca, cada parte arcará com o pagamento de 50% das custas processuais, e honorários de seus patronos que fixo em 15% sobre o valor atualizado da causa.

RICARDO NEGRÃO
RELATOR