



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2014.0000053881

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 9103412-13.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes NANJI HARUMI OHATA SANTANA, NEVETON BENEDITO PICCIANI e SEBASTUÃO ZORZETTI, é apelado GERALDO DANILO DE ALMEIDA GUEDES.

ACORDAM, em 1ª Câmara Extraordinária de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "por maioria, Deram provimento, em parte, ao recurso, vencido o 3º juiz, que declara voto.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENIO ZULIANI (Presidente), MAIA DA CUNHA E BERETTA DA SILVEIRA.

São Paulo, 4 de fevereiro de 2014.

ENIO ZULIANI
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 28100

APELAÇÃO Nº: 9103412-13.2008.8.26.0000.

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE [S]: Nanci Harumi Ohata Santana e outros

APELADO [A/S]: Geraldo Danilo de Almeida Guedes

MM JUIZ Prolator: Alexandre Augusto P. M. Marcondes

Recurso antigo e somente agora julgado pela câmara extraordinária. Dissolução (total) de sociedade pleiteado por sócio que é acusado de concorrência desleal. Inviabilidade de, no caso, cogitar da inclusão do fundo de comércio (goodwill), em virtude do encerramento das atividades, embora os demais sócios tenham constituído, em seguida, outra sociedade com a mesma finalidade. O sobrevalor capitalizável é calculado por projeção da qualidade ou capacidade de lucro e não há como calcular o valor que se agrega pelo bom aviamento em caso de alienação quando a sociedade é dissolvida ou as atividades são continuadas por outra com personalidade distinta. Provimento, em parte, para excluir o fundo de comércio e redimensionar as despesas do processo.

Vistos.

Recurso distribuído em 8.5.2008 (fls. 588) e não julgado pela câmara ordinária. Será imediatamente analisado pela câmara extraordinária constituída para superar o acervo acumulado na Corte.

A sentença acolheu a ação para dissolução (total) da sociedade FERMENTEC TECNOLOGIA LTDA. e aprovou o laudo contábil que



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

indicou o valor dos haveres, com fundo de comércio. O objetivo da sociedade era o de “comercialização, importação e representação de insumos para industrialização de laticínios” (fls. 12), sendo que o apelado era titular de 25% do capital social, como os outros três sócios (apelados). Logo em seguida ao encerramento deliberado em 30.10.2003 (fls. 30) os demais sócios constituíram outra sociedade com o mesmo objetivo e a denominaram de FERMENTECH COMÉRCIO DE INSUMOS PARA ALIMENTOS LTDA. (fls. 33).

As apelantes não admitem que se projete lucro futuro para compor o quadro “fundo de comércio” de uma empresa inexistente e reafirmam que o encerramento se deu por conta da conduta do próprio apelante ao incentivar uma concorrente mineira (TKC) e da qual seu irmão é sócio, para atravessar mercado da principal representada (a Rhodia). Pedem a exclusão dessa conta e redimensionamento do capítulo versando sobre despesas do processo.

É o relatório.

O fundo de comércio (*goodwill* ou luvas que se paga pelo aviamento) é um patrimônio valioso do ativo da sociedade e, naturalmente, integra os bens que são avaliados para encontrar o preço de mercado (real) das quotas do sócio em processo que apura os haveres. É considerado pelos especialistas como uma espécie de preço paralelo exigido pela expectativa de lucro que a empresa produzirá e que não é possível de ser mensurado pela escrituração contábil, motivo pelo qual geralmente se apura o valor do *goodwill* quando as ações são negociadas e o adquirente se dispõe a pagar ágio para obtê-las. Essa é a lição do sempre festejado WALDEMAR FERREIRA (*Instituições de Direito Comercial*, Freitas Bastos, 1952, vol. II, p. 355): “Somente quando o estabelecimento se vende é que o aviamento, ou sejam, as luvas pagas, ademais do preço, pelo estabelecimento, pode lançar-se no



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

balanço. Antes, não. Não haveria como falar em aviamento, por ainda inexistente e só aparecido no instante da venda”.

O renomado FRANCESCO GALGANO, da Universidade de Bologna (Derecho Comercial, Editorial Temis, Colombia, 1999, tomo I, p. 111) esclareceu que *“la clientela o llave del negocio (en inglés, good will), económicamente tiene un valor propio, que corresponde a la capitalización de las utilidades, pues quien compra un establecimiento paga, además del denominado “valor neto patrimonial”, una nueva suma a título de precio de la “llave del negocio”, o clientela”*.

Não resta dúvida da necessidade de inclusão do fundo de comércio na apuração de haveres pela dissolução parcial da sociedade (Resp. 908173, DJ de 22.2.2011), o que não significa que o abono da jurisprudência caracteriza uma porta aberta para sua incidência e abono para critérios que tentam justificar o sobrevalor.

A primeira censura que se faz ao laudo, nada obstante a excelente reputação do perito que o subscreve e que não perde seu conceito por isso, decorre da falta de clareza dos itens que compõem esse complexo de energia com cifras, como a marca, o *know-how*, notoriedade, expansão, projetos de franquia e outras coisas que são próprias de uma empresa em desenvolvimento e evolução econômica. O critério de avaliação dessa expectativa de lucro que justifica um ágio quando da venda não é realizado com bases objetivas e não leva em conta que somente existe o fundo de comércio quando alguém se dispõe a pagar o preço.

TULLIO ASCARELLI desenvolveu uma tese sobre os perigos da valorização dos bens sociais, que chamou de “esperanças de lucros” e escreveu o seguinte (“Valorização do ativo e morte do sócio”, in *Ensaíos e Pareceres*, Saraiva, 1952, p. 210): “Com efeito, podem elas



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(“esperanças de lucros”), à luz dos fatos, resultar justas ou erradas; pode o movimento do mercado levar a uma diminuição do valor do bem anteriormente valorizado; poderá a valorização não encontrar correspondência no preço de mercado à vista da dificuldade na venda do bem ou dos prazos que seja mister outorgar quanto ao seu pagamento; podem incidências fiscais diminuir o alcance da valorização ou até absorver esta por completo, devendo-se, aliás levar em conta as incidências que possam até se verificar no futuro até que o bem não seja vendido. Lucro e perda não podem com efeito ser, a rigor, avaliados enquanto o bem não tenha sido objeto de uma operação em virtude da qual passe a ser realizado seu valor monetário”.

Há quem sustente e com boas razões que não caberia conceder fundo de comércio ao sócio que se retira, porque obrigar os demais sócios ao pagamento de algo que não se sabe se vai concretizar (sobrevalor pela transferência do fundo de comércio) representa um sacrifício que não se justifica pela lei ou pelo contrato (RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES, “Apuração de haveres na retirada do sócio e fundo de comércio (aviamento)”, in *Processo Societário*, obra coletiva coordenada por Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira, Quartier Latin, 2012, p. 663). Com maior razão não cabe deferir essa verba para o sócio que consegue a dissolução total e que é acusado de atuar em concorrência desleal, como aconteceu aqui.

A Fermentec foi encerrada e sua exclusão do mercado prejudica a consideração de ser um conjunto apreciável financeiramente. É certo que os demais sócios, ora apelantes, resolveram constituir outra sociedade (a Fermentech) para continuidade da prestação de serviços de representação e o fizeram para não perderem os clientes ou a freguesia, que constitui o aviamento a ser avaliado quando da alienação da casa comercial (HERNANI ESTRELLA, Curso de Direito Comercial, José Konfino, RJ, 1973, p. 241).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Essa estratégia dos apelantes não poderá ser considerada uma fraude, mas, sim, uma operação de sobrevivência mercantil, sabido que no comércio dinâmico e competitivo, a indecisão ou morosidade conspiram contra a boa e produtiva prática. Intuitivo que os apelantes assim procederam para não perderem o cliente que estimula o desenvolvimento (a Rhodia) e não parece ajustado, diante do que consta dos autos, considerar a permanência da sociedade em atividade e considerar que tenha superavaliação em caso de venda, quando a quebra da *affectio societatis* teria origem na dúvida posta pela cliente sobre atividade de concorrente que possui, no quadro social, o irmão do apelante (fls. 110). Para que fosse considerada a confusão entre as sociedades, com imposição do dever de os sócios da Fermentech terem de pagar algo pela dissolução da Fermentec, deveria ter sido tratada essa questão para reconhecimento da mesma personalidade jurídica, com deveres e obrigações correlatas, o que não foi pleiteado e sequer cogitado na sentença. Qualquer disposição com esse fundamento contraria (amplia) os limites objetivos da lide e encerra decisão nula (arts. 128 e 460, do CPC).

Assim e se houve dissolução total, não há *goodwill* que possa ser computado para pagar os haveres do sócio, exatamente porque se esse bem intangível é aferido pela projeção de qualidade ou capacidade de lucratividade em virtude de todas as circunstâncias da empresa, não é possível que se analise essa expectativa levando em conta o trabalho dos sócios da Fermentech, exatamente porque é uma sociedade com personificação diversa e que participará do mercado sem a presença do autor (apelado) que, obviamente, deve continuar atuando no setor ou por conta própria ou com parcerias, em verdadeira concorrência. Se for deferida a indenização, poderá constituir uma estratégia hábil para fomentar a concorrência desleal, porque o sócio insatisfeito abre uma sociedade para desenvolver a mesma atividade e ganha fundo de comércio dos sócios que permanecem e que com ele concorrem no mercado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Resulta que a sentença não poderá subsistir, tal como lançada, respeitada a posição do ilustre prolator. A sociedade foi extinta e não há como analisar sua lucratividade futura para, com base em tal projeção, despejar um componente elevadíssimo entre os créditos do apelado. Apoiado na lição de HERNANI ESTRELLA (Apuração de haveres de sócio, 2ª edição, Forense, 1992, § 77, p. 199) considera-se que o apelante não faz jus a crédito complementar de projeto lucro (fundo de comércio), merecendo, sim, aquilo e somente aquilo que concretamente contribuiu para a formação do ativo e do capital social.

De acordo com o laudo, esse crédito do autor é de R\$ 565.484,26 (fls. 395), porque deriva do patrimônio líquido contábil e não R\$ 2.099.122,58, que representa o valor agregado do fundo de comércio. Não parece adequado a distribuição das despesas, como se os apelantes fossem sucumbentes em maior parcela, tendo em vista que as perdas se equivalem. As partes pagam metade das despesas, inclusive as que decorreram da perícia e cada uma responde pela verba honorária que se arbitra em R\$ 5.000,00, na forma do art. 21, do CPC.

Isso posto, dá-se provimento, em parte, para excluir o fundo de comércio do cálculo dos haveres, alterado o capítulo das despesas.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI

Relator