

Espaço Discente

EMBATE ENTRE DUAS LÓGICAS DIVERSAS: O USO FRAUDULENTO DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO

ANA CLÁUDIA PEDÃO

JOÃO CARLOS METTLACH PINTER MATEUS TELLES VALLE

VICTORIA GUIDETTE CATALANO

Introdução. I. A figura jurídica das sociedades em conta de participação: 1. Das sociedades não personificadas em geral; 2. Das sociedades em conta de participação; 3. A sociedade em conta de participação e a figura do consórcio. II. Da evolução jurisprudencial das sociedades em conta de participação: 1. Consórcios: confusão e uso para fraudes; 2. A jurisprudência do caso nas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial: 2.1 Casos em que se verificou a existência de fraude; 2.2 Dissolução na ausência de fraude. Considerações finais. Bibliografia.

Introdução

O presente trabalho visa à realização de uma análise da evolução jurisprudencial no tratamento das sociedades em conta de participação, especialmente em relação às determinações que declaram ou negam sua existência. O lapso temporal definido será de 2010 a 2012 e a análise será comparativa: buscar-se-á as diferenças e semelhanças verificadas no tratamento da matéria pelas Câmaras de Direito Privado de São Paulo e as Câmaras Reservadas de Direito Empresarial de São Paulo.

Na primeira parte do trabalho, encontra-se uma breve análise doutrinária do tema, explorando pontos de maior relevância que o circundam: as peculiaridades relativas à ausência de personalidade jurídica nesse tipo de sociedade, a relação estabelecida

entre os sócios, o regime da comunhão de bens e as formas pelas quais verifica-se a sua existência.

Na segunda parte, a análise será iniciada pela diferenciação entre as sociedades em conta de participação e os consórcios, confusão esta que foi aproveitada por diversas empresas para a prática de atos fraudulentos, o que gerou um número gigantesco de demandas nas Câmaras de Direito Privado (serão indicados alguns acórdãos relevantes sobre este assunto, que demonstram as tendências seguidas nos julgamentos nesses casos).

Em seguida, serão analisados em maiores detalhes acórdãos das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, dando especial atenção à solução que vem sendo dada em casos de fraude advinda da constituição de sociedades em conta de participação para o mascaramento de consórcios (quando da

regulação pelo Direito do Consumidor, a competência de julgamento passa a ser das Câmaras de Direito Privado) e ao modo como vem sendo operada a dissolução desse tipo de sociedade quando não se verifica caso de fraude.

I. A figura jurídica das sociedades em conta de participação

1. Das sociedades não personificadas em geral

As sociedades não personificadas podem ser permanentes ou transitórias, simples ou complexas, estendidas ou limitadas. A falta de personalidade jurídica pode depender de várias causas, como no caso de a sociedade *ainda* não ser pessoa jurídica, embora tenha solicitado o reconhecimento; assim, todas as sociedades passam por um período no qual carecem de personalidade jurídica. Outras vezes, o reconhecimento é *negado* pelo ordenamento jurídico, permanecendo em um estado de candidatas à personalidade, ou por não haver requisitado o reconhecimento, ou porque a pequena importância de sua atividade torna desnecessário o reconhecimento, ou porque desejam subtrair-se à ingerência estatal em seu funcionamento. E, por fim, as sociedades podem carecer de personalidade jurídica pois *não a podem obter*, uma vez que a lei veda esse fato. Assim é para os “entes suprimidos”: a supressão é subtração da capacidade jurídica.

O sujeito criado desta forma define-se, assim, como um sujeito social, resultante do procedimento intelectual de síntese do nosso pensamento, e não um sujeito jurídico. Juridicamente, ela é sempre uma pluralidade de sujeitos em comunhão de direitos. Com os princípios da intenção das partes e da boa-fé objetiva, temos o meio técnico para plasmar a relação que mais se aproxima da tendência das sociedades não personificadas.

O *patrimônio dos sócios* encontra-se afetado:¹ é um patrimônio separado do patrimônio da pessoa dos sócios e destinado a determinado fim. Neste interim, os sócios respondem pessoal e ilimitadamente em relação ao patrimônio social. Trata-se de uma responsabilidade principal e direta, não fidejussória, a qual dá o direito aos credores de agir contra cada um dos sócios.²

Em relação ao contrato social e ao estatuto constitutivo da sociedade, observa-se que esses formam a trama interna obrigatória que vincula os sócios, e certamente não só os originários, mas igualmente os sucessivos, porque entraram na sociedade aderindo ao estatuto. O mecanismo de pactos possui uma eficácia interna e não externa. O vínculo que une o sócio à sociedade é, nesse caso, um vínculo estritamente jurídico, de natureza contratual, que gera para o sócio um direito pessoal, o direito de membro, que não pode ser impunemente violado pela outra parte contratual.

Quanto ao patrimônio, este forma um todo único e autônomo das contribuições singulares dos sócios, mas pertence à coletividade dos sócios. Não é, portanto, patrimônio de uma pessoa jurídica, mas uma *comunhão*. O singular não possui direito separado, por si alienável, mas antes como membro do grupo, podendo assim gozar das vantagens que lhe assegura a comunhão. É um grupo de pessoas unidas por um vínculo pessoal, que possui um patrimônio social formando uma massa única, separada e afetada realmente ao escopo coletivo. É o patrimônio em mão comum,

1. “A formação de um patrimônio especial, separado do patrimônio dos sócios e pertencente à sociedade, que corresponde à autonomia imperfeita nas sociedades não personificadas, foi a solução do direito italiano para as sociedades de pessoas, que, embora regularmente constituídas (legalmente), nunca se personificam” (Rachel Sztajn, *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 157).

2. Andreas Von Tuhr, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Tübingen, Mohr, 1924-1925, pp. 39-46.

em mancomunhão (ou mão comum, *Zur gesammten Hand*). Assim, há um patrimônio comum destinado obrigatoriamente a certo fim, esta estando vinculada ao poder do sócio, sendo inoponível e sem eficácia em face de terceiros. É certo que o sócio obrigou sua quota ao fim social, mas esta obrigação não diz respeito ao credor, o qual pode contar com todos os bens móveis e imóveis do devedor nos termos da lei.³

As sociedades não reconhecidas não são parte no processo, como a pessoa jurídica o é, mas são atores e participantes que figuram no complexo da sociedade, representados coletivamente por um *mandatário*. A vida das sociedades não reconhecidas é uma vida precária, baseada, sobretudo na boa-fé objetiva, na boa vontade das partes e de terceiros.

Cabe acrescentar que sociedade irregular não se confunde com sociedade atípica, uma vez que o ordenamento determina a produção de efeitos jurídicos para certas sociedades não regularmente constituídas. O princípio vigente no Código Civil é o da tipicidade, ou seja, é necessário que a sociedade constituída se encaixe em um tipo emoldurado pela lei.

2. Das sociedades em conta de participação

A sociedade em conta de participação, originada da sociedade em comandita simples, está inserida na categoria de sociedades de pessoas, em que a pessoa do sócio é essencial na caracterização do tipo.⁴ No Código Comercial de 1850, não se atribuía personalidade às sociedades de pessoas que, então, passaram a ser reconhecidas como pessoas jurídicas com o advento do Código

Civil de 1916. Tal entendimento perdura no atual código, com exceção da sociedade em conta de participação, que é desprovida de personalidade.⁵

Apesar de o sócio capitalista (*Kapitalgeber*) buscar constituir esse tipo de sociedade exatamente com o intuito de querer praticar atividade comercial, mas sem dar conhecimento a terceiros, “*não se pode dizer que a sociedade em conta de participação seja juridicamente inexistente perante terceiros*”.⁶ Ela existe enquanto sociedade e não há de se refutar, mesmo para terceiros, já que perforce ao mundo jurídico, de acordo com sua regulamentação no Código Civil, nos arts. 991 a 996.

Por isso, não é possível afirmar que a sociedade em conta de participação não existe ou é sociedade de fato, tampouco sociedade irregular.⁷ Não se pode confundir existência com eficácia, uma vez que, diante dos sócios, a sociedade existe e é eficaz, enquanto em relação a terceiros, a sociedade existe, porém não produz efeitos.⁸ Assim, não há rigor no emprego do termo “*sócio oculto*”, criticado por Pontes de Miranda, cuja razão em se adotar se encontra na indiferença para terceiros da existência dos sócios participantes inativos.⁹

5. *Ibidem*, passim.

6. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. XLIX, Rio de Janeiro, Borsó, 1970, p. 353.

7. Pontes de Miranda foi pioneiro na doutrina pátria a conseguir distinguir a existência e a produção de efeitos dos fatos jurídicos, como nota-se no seguinte excerto: “A sociedade em conta de participação é sociedade, existe no mundo jurídico como sociedade, a despeito de ficar, eficazmente, oculta. Não é sociedade de fato. Nem sociedade irregular. Se não foi registrada, com isso não ocorreu irregularidade. A lei dispensa-a disso. Existe, juridicamente, porque a lei a admitiu, excepcionalmente, sem satisfação das formalidades que são pressupostos necessários das outras sociedades. Sociedades de fato supõem a não entrada, no mundo jurídico, como sociedade. A sociedade em contas de participação é sociedade: tem toda a juridicidade” (*ibidem*).

8. *Ibidem*.

9. “A sociedade em conta de participação é tipo aformal, simples, cuja característica está em ser desliga-

3. Francesco Ferrara, *Teoria delle Persone Giuridiche*, Napoli, E. Marghieri, 1923, pp. 1.014-1.088.

4. Colocado por Mello Franco como o *intuitu personae*, na medida em que as sociedades de pessoas relevam a pessoa do sócio para atribuir estabilidade ao quadro societário. Cf. Rachel Sztajn, *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*, São Paulo, Saraiva, 1989.

Dessa forma, saber da existência da sociedade ou não é irrelevante para a construção dessa figura jurídica. Terceiros podem ou não saber, não é necessário que a sociedade permaneça oculta. Em decorrência dessa ausência de personalidade jurídica, a sociedade não tem sede social ou quem a presente na vida jurídica,¹⁰ além de não poder constituir firma.

Quanto aos seus figurantes, constitui-se pelos sócios participantes ativos (sócios ostensivos ou sócios gerentes), que são os administradores, que se relacionam e se mostram a terceiros, agem em nome próprio e possuem responsabilidade ilimitada. Os poderes perante terceiros não são os da sociedade, mas os próprios do sócio ativo. No entanto, este deve se ater aos termos do contrato, que se refere à natureza e à extensão da sua operação.

Além dos sócios ostensivos, compõem essa sociedade os sócios participantes inativos (ou sócios ocultos) que vão, por sua vez, responder limitadamente à sua quota de entrada na sociedade, podendo ser conhecido ou não de terceiros, mas de qualquer forma não celebra nenhuma espécie de negócio jurídico ou atividade comercial com estes, já que, se isso ocorrer, tornar-se-á sócio ostensivo, adquirindo responsabilidade ilimitada, nos modos do art. 991 do Código Civil ao estabelecer que tão somente o sócio ostensivo deva comercializar, o faz em seu nome e sob sua responsabilidade. Não haveria razão em os sócios ocultos responderem a terceiros, sendo que não se fazem conhecidos como sócios.

Portanto, conforme o art. 326 do Código Comercial de 1850: “Na sociedade em conta

da de qualquer responsabilidade em relação a terceiros o sócio participante inativo. É nesse sentido, e não no sentido de intencional ocultamento que se há de falar de sócio oculto” (ibidem, p. 319).

10. “N’étant pas une personne juridique, l’association en participation ne possède ni siège social, ni organes compétent pour la représenter dans la vie juridique” (Joseph Hamel e Gaston Lagarde, *Traité de Droit Commercial*, t. I, Paris, Dalloz, 1954, passim).

de participação, o sócio ostensivo é o único que se obriga para com terceiro; os outros sócios ficam unicamente obrigados para com o mesmo sócio por todos os resultados das transações e obrigações sociais empreendidas nos termos precisos do contrato”. Seria como se a sociedade em conta de participação somente existisse para os sócios. O sócio gerente trata com terceiros, enquanto o participante inativo, não. Nesse sentido, vigoram os princípios da clandestinidade e obscuridade, em que o sócio participante inativo se abstém de praticar os atos que teriam de ser do gerente, muito embora tais princípios não possam ser interpretados como capazes de vedar informações sobre a sociedade, seus meios e fins empregados. Resulta, portanto, no fato de não poder o sócio oculto praticar atos de gestão, em contato com terceiros, ao passo que o participante ativo age como se fosse sócio em sociedade coletiva, podendo nascer a terceiros ação direta contra ele.

Disso decorre o entendimento que se faz do contrato: os efeitos para com terceiros se distinguem dos efeitos entre os sócios participantes. “Entre os sócios participantes, a eficácia é completa: a sociedade existe e é eficaz. No tocante aos terceiros, há a sociedade, a sociedade *existe*, mas os seus efeitos não alcançam os terceiros.”¹¹ Perante terceiros, o contrato social não tem efeitos. Por isso, as relações jurídicas externas não são da sociedade, justamente devido à ausência de eficácia no contrato de sociedade em conta de participação, muito embora, não se pode cair em equívoco de atribuir-lhe inexistência.

Com relação aos lucros e perdas, não resta dúvidas de que há um compartilhamento, já que existe *affectio societatis*. Lembrando que o sócio ostensivo responde ilimitadamente, enquanto o oculto se responsabiliza somente ao circunscrito às suas quotas, meio pelo qual se dá a participação sem, no entanto, formar verdadeiramente um *capital social*.

11. Pontes de Miranda, ob. cit., p. 340.

De fato, há um patrimônio em mão comum,¹² em que o sócio oculto transfere sua entrada ao sócio ostensivo, mas disso não decorre um direito absoluto deste último. Mesmo se responsabilizando pela administração desse patrimônio em mancomunhão, a atividade do sócio gerente se limita ao disposto no contrato social, que expressa o escopo em comum de ambos os sócios.

As liberdades e os limites advindos do contrato social¹³ revelam os motivos e os interesses que levaram à comunhão dos sócios para exercerem uma atividade em conjunto de modo a perseguirem seus objetivos. O que o gerente pratica deve ser de interesse do sócio oculto, ainda que não seja feito em seu nome. É verdade que o sócio ostensivo tem poderes de gestão, mas dentro da órbita contratual, pois o sócio oculto lhe conferiu a propriedade de sua contribuição, pensando que esta não deve ser empregada ao gosto do gerente, mas usada conforme o preestabelecido. Logo, não há direito absoluto do sócio participante ativo sobre o patrimônio em comum,¹⁴ mas há um vínculo de escopo comum. A perseguição do escopo comum não se dá com o gozo exclusivo e definitivo de um bem, mas pela reunião de meios necessários, os quais operam no interesse comum e não em exclusividade de um único sócio em detrimento do outro.

12. “Se não foi estabelecida mão comunhão, nem se pode pensar na figura da sociedade em conta de participação” (Francisco Pontes de Miranda, *ibidem*, p. 329).

13. “Quanto alla gestione, nell’ipotesi più semplice, in cui cioè nulla di particolare. Le parti abbiano pattuito, l’associante deve compiere gli affari previsti dal contratto e poi renderne il conto. Se gli affari sono stati particolarmente determinati nel contratto, l’associante dovrà attenersi a tale determinazione; altrimenti potrà compiere tutti quelli attinenti al commercio oggetto della partecipazione” (cf. Tito Ravà, *Associazione in Partecipazione*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1938).

14. Esta limitação pode ser observada no art. 333 do Código Comercial: “O sócio que, sem consentimento por escrito dos outros sócios, aplicar os fundos ou efeitos da sociedade para negócio ou uso de conta própria, ou de terceiro, será obrigado a entrar para a massa comum com todos os lucros resultantes; e se houver perdas ou danos serão estes por sua conta particular além do procedimento criminal que possa ter lugar”.

Nesse sentido, a sociedade em conta de participação se aproxima da ideia de sociedade interna,¹⁵ exatamente pelo fato de ser irrelevante seu conhecimento por terceiros e de ter eficácia somente entre os sócios. Nas suas relações externas se revela como uma sociedade comercial, na medida em que pratica atos de comércio, se obrigando defronte a terceiros no interesse da sociedade interna, mas não em seu nome. Por não ser de interesse a terceiros, nem se exigir sua publicidade, evidentemente, não pode ser personificada.

A despeito da admissão de novos sócios, sociedade em conta de participação também pode ser entendida como sociedade de interesse,¹⁶ o que se reflete na vedação de incorporar novos sócios sem o consenso, como bem define o art. 995 do Código Civil: “*Salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento expresso dos demais*”. Lembrando que é norma dispositiva que inexistia no Código Comercial brasileiro de 1850 – sendo a construção doutrinária, sobretudo conforme Pontes de Miranda, no sentido da possibilidade da admissão de novo sócio oculto pelo sócio ostensivo sem consulta dos demais sócios – não tendo tal incorporação efeito prejudicial aos investimentos e lucros que sobrevirão aos demais sócios.¹⁷ Mesmo silenciando sobre a admissão de novo sócio ostensivo ou transferência das quotas referentes à parte do sócio ostensivo a um terceiro, é evidente que não é lícita tal conduta, uma vez que se faz importante as qualidades pessoais na formação dessa sociedade.

15. “Società interna è quella società in cui i soci convengono di dividere. Le perdite e gli utili relativi a certi affari o a quel commercio che si propongono di intraprendere, e stabiliscono che le operazioni verranno compiute da uno o più di loro, nel proprio nome individuale” (Tito Ravà, *ob. cit.*, p. 85).

16. “L’association commerciale en participation est une société par intérêts. Il ne peut être émis de titres cessibles ou négociables au profit des associés” (cf. Joseph Hamel e Gaston Lagarde, *ob. cit.*).

17. Pontes de Miranda, *ob. cit.*, p. 335.

Ainda há de se ressaltar que as sociedades em conta de participação podem ser provadas por todos os meios. Por não apresentarem personalidade jurídica, a lei abre a exceção para que sejam provadas de qualquer forma, não havendo necessidade de instrumento de contrato de sociedade escrito. O art. 992 do atual Código Civil não deixa dúvidas quanto a isso,¹⁸ sendo ainda mais ampla que a norma anterior do Código Comercial que dispunha a possibilidade de “*provar-se por todo o gênero de provas admitidas nos contratos comerciais*” (art. 325 do Código Comercial de 1850). Essa orientação da prova da sociedade em conta de participação segue a legislação francesa, que declara que “*elle peut être prouvée par tous moyens*”, no art. 1.871 do *Code Civile*. A redação do artigo do Código Comercial exigia a apresentação de instrumento probatório. Contudo, Limongi França, em suas análises jurisprudenciais, a carência do instrumento, já em 1974, não era tida como necessária para o reconhecimento da sociedade em conta de participação.¹⁹ Ainda, citando Carvalho de Mendonça: “para a sociedade em conta de participação não são necessárias as formalidades prescritas para a existência das outras sociedades comerciais, inclusive o registro, o qual lhe é defeso. Pode, por isso, provar-se entre os sócios por todos os meios admitidos nos contratos comerciais, como documentos públicos ou particulares, notas de Corretores, correspondência epistolar, livros e até testemunhas”.²⁰

Quanto à dissolução,²¹ aplicam-se, na maioria dos casos, os mesmos motivos

18. Reza o art. 992 do Código Civil de 2002: “A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito”.

19. Rubens Limongi França, *Jurisprudência das Sociedades Comerciais*, São Paulo, Ed. RT, 1980, pp. 293-295.

20. Manuel Inácio Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. IV, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1946, n. 1.432, p. 232.

21. A dissolução é somente de interesse aos sócios, sem relevância a terceiros.

pelos quais se dissolve uma sociedade de pessoas, respaldada no *intuitu personae*, sendo a mudança de qualidades subjetivas dos sócios a mais frequente. De qualquer forma, estaria elencado no contrato social as causas de dissolução. Outro fator relevante de desconstituição reside na expiração do prazo conforme estabelecido no contrato, na medida em que este tipo de sociedade, na maioria das vezes, apresenta uma finalidade momentânea, ou seja, o contrato atendeu às finalidades dos sócios, portanto, não haveria mais sentido em mantê-la. Resta ao sócio ostensivo prestar contas, para que então se possa compartilhar as perdas e danos.²²

Quanto ao tipo de contrato, surge a dúvida se a sociedade em conta de participação se enquadraria às características de um contrato de intercâmbio ou um contrato de sociedade, exatamente devido à controvérsia na doutrina em se definir a associação como uma sociedade. No entendimento de Tito Ravà, é possível definir essa associação como uma sociedade, porque as partes se propõem a assumir conjuntamente a *alea* de uma ou mais tarefas. Entretanto, não significa que se possa aplicar toda a disciplina das sociedades à associação. Como exemplo, podem-se citar os dispositivos sobre a comunhão social, mais precisamente quando esta é pressuposto para definir sociedade.

Primeiramente, para entender a diferença entre esses dois tipos de contrato, é preciso compreender qual a finalidade de cada um para satisfazer as necessidades econômicas dos contratantes de forma a aumentar a possibilidade de se auferir lucro. Assim, uma maneira de se atender a esse propósito poderia ser alienando os bens que alguém possui a sua disposição, de uma só vez, a um terceiro, recebendo, então, uma prestação determinada

22. “Os sócios participantes inativos sofrem, nas perdas, o que corresponde às suas quotas. Lá fora, não se vincularam aos terceiros. As perdas repartem-se como os lucros, o que se faz, se o contrato social não dispõe diferentemente, proporcionalmente às quotas de entrada” (Pontes de Miranda, ob. cit., p. 353).

em troca, sem participar das perdas e dos ganhos futuros que possa haver na gestão deste terceiro. Ou mesmo o próprio dono poderia fundar sua empresa, assumindo todos os riscos e ganhos nas sucessivas alienações e trocas estabelecidas com terceiros.

Nestes dois casos, fala-se em *contrato de intercâmbio*, já que se adquire ou se transfere um bem e por inteiro se assume ou se transfere o risco, assim, não haveria comunhão de escopos. Uma vez celebrado esse contrato, já há um atendimento completo às expectativas e necessidades das partes, que são distintos, o contrato é o meio para atender a seus respectivos fins e não a um único só. Nesse caso, fala-se em contrato de causa típica, já que os interesses dos contratantes se satisfazem no próprio.

Por outro lado, aquele que deseja empregar seus bens, fundando uma empresa, na maioria das vezes, não dispõe de todos os meios requeridos. Da necessidade de dinheiro, serviços ou mercadorias, celebram-se contratos de mútuo, de locação ou mesmo de compra e venda. O problema está no fato de que, ao se aumentar o número de bens empreendidos, aumenta-se o risco da atividade, mas a vantagem está na maior possibilidade de lucro.

Entretanto, nem sempre há interesse em se arriscar em demasia para aumentar as chances de ganho, e disso decorre a união com quem dispõe desses bens em falta, de forma a compartilhar os ganhos e as perdas. Estes seriam os efeitos do *contrato de sociedade*, que cria novas situações jurídicas que servem de meio para se alcançar o objetivo a que as partes se propuseram. Por isso não se fala em contrato de causa típica, ao contrário do de intercâmbio em que se pode falar em causa típica, cujos interesses das partes se satisfazem no próprio contrato; cada uma persegue um fim individual e diferente com o direito adquirido.

Em um contrato, há troca, em outro, união. Logo, resultaria uma contradição tentar reunir ambos: dar algo em gozo exclusivo a

um terceiro ao mesmo tempo em que esse algo é destinado a um escopo comum de si próprio e de terceiro. Entretanto, na análise da sociedade em conta de participação, à primeira vista, é possível concluir que se trata de um contrato de intercâmbio, porque o sócio concede a titularidade de sua contribuição àquele que se associa que, por sua vez, promete, em troca, uma participação no ganho do empreendimento.

Mas esta seria uma conclusão muito superficial e precipitada diante da complexidade do instituto. Deve-se observar que o sócio não apenas dispõe de sua contribuição, mas também influencia, mesmo indiretamente, no modo como deve ser empregada, bem como participa nos ganhos e perdas da gestão. A transferência nada mais é do que o meio para se alcançar o escopo em comum dos sócios. Não existe um interesse em trocar, mas sim *affectio societatis*, a vontade dos sócios em unir esforços e meios para correrem juntos a *alea* de um certo negócio, compartilhando os ganhos possíveis.²³

Justamente pela irrelevância do conhecimento dos sócios participantes inativos e, portanto, da existência da própria sociedade para terceiros, torna-se difícil precisar se determinado negócio jurídico é sociedade ou se perfaz alguma outra espécie de contrato.

3. A sociedade em conta de participação e a figura do consórcio

Pela mesma razão que se confunde o contrato de intercâmbio com o de sociedade

23. "Per tutte. Le parti unico è lo scopo e questo scopo, appunto perchè unico, diviene elemento della volontà contrattuale: l'associato s'obbliga a conferire l'apporto, l'associante si obbliga anch'esso a impiegare negli affari, da lui stesso gestiti, i mezzi necessari, e l'uno e l'altro, così promettendo ed operando, vogliono insieme correre l'alea del commercio intrapreso. Questa volontà di dividere i guadagni di un'impresa e di subire le perdite eventuali, è l'elemento caratteristico del contratto di società e in questo senso l'associazione in partecipazione è indubbiamente un contratto di società" (Tito Ravà, ob. cit., p. 43).

no caso da sociedade em conta de participação, também há certa dificuldade em se distinguir o contrato de consórcio com o contrato de conta em participação, tratando-se do direito brasileiro. No primeiro, a vinculação entre empresas somente se faz na medida do necessário para a execução de um determinado empreendimento, temporário e limitado, sem que desse novo contrato resulte um ente dotado de personalidade jurídica. Ou mesmo, então, seria a “conjugação de esforços e recursos, sem supressão da autonomia das diferentes unidades em causa. Cada empresa continua a perseguir o seu próprio objetivo, sob o controle independente de cada empresário, mas o método de trabalho não é mais individualista. Criam-se estruturas de cooperação institucional onde antes havia um conjunto de operações isoladas. Aí está em linhas gerais a ideia justificadora dos consórcios empresariais”.²⁴

Enquanto na sociedade em conta de participação o sócio oculto participa dos ganhos e perdas do sócio ostensivo, em contrapartida de uma contribuição pecuniária ou do exercício de uma atividade, no consórcio, a essência reside na prática de várias atividades, seja para as consorciadas, seja para terceiros, sem que haja participação no lucro ou perda de uma ou da outra. Haverá uma redistribuição, em momento posterior, dos resultados individualmente obtidos, por isso, não se pode falar em partilha de “*resultado comum*”, mas de partilha em comum de “*resultados individuais*”.²⁵

É de relevância pontuar uma notável diferença que existe entre comunhão de escopos e comunhão de interesses. Em se tratando de sociedade, há escopos comuns, no sentido de ser útil ao interesse de todos

os sócios. Todavia, esses interesses podem ser individuais, egoístas e antagônicos. Cada um procura sacrificar seu interesse o mínimo possível e extrair do negócio em comum o máximo de lucro, que é, afinal, o objetivo maior do empreendimento. Porém, somente resulta viável a partir do momento em que há colaboração recíproca para conseguir a divisão de lucros.²⁶

II. Da evolução jurisprudencial das sociedades em conta de participação

1. Consórcios: confusão e uso para fraudes

O assunto mais tratado na jurisprudência a respeito das sociedades em conta de participação é, sem dúvida, a constituição de sociedades em conta de participação de modo fraudulento, com a intenção de mascarar o que na realidade se configurava como consórcio. O Sistema de Consórcios vem regulado pela Lei 11.795/2008, que define ser o consórcio:

“Art. 2º. Consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento.

“Art. 3º. Grupo de consórcio é uma sociedade não personificada constituída por consorciados para os fins estabelecidos no art. 2º.”

Dentre as particularidades do consórcio, temos aquela apontada pelo art. 6º da referida Lei: “A normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades do sistema de consórcios serão realizados pelo Banco Central do Brasil”. Todavia, buscando

24. Fábio Konder Comparato, *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial*, São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 223.

25. Raul Ventura, “Primeiras notas sobre o contrato de consórcio”, in *Revista da Ordem dos Advogados* 41, Lisboa, 1981, 643.

26. “L’associato e l’associante vogliono riunire i mezzi per compiere certi affari e il compimento di questi affari giova egualmente ai loro interessi e costituisce il loro escopo comune” (Tito Ravà, ob. cit., p. 45).

esquivar-se da fiscalização a ser exercida por entidade pública evitar a incidência da proteção conferida à parte hipossuficiente pelo Código de Defesa do Consumidor, diversas empresas optaram por realizar irregularmente contratos de sociedades em conta de participação, via oferta pública que consistia no oferecimento de operações de venda de bens móveis ou imóveis mediante o pagamento de parcelas, com condições aparentemente muito vantajosas. No entanto, em muitos dos casos, aqueles que se viam na condição de sócio oculto nem ao menos recebiam o bem que lhes fora ofertado.

Inúmeros são os acórdãos que tratam do assunto, foram selecionados alguns de relevância. Na *Apelação 0004013-84.2004.2010.8.26.0072* julgada pela 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, apontou-se com excepcional clareza a problemática da constituição da sociedade em conta de participação por meio de fraude. De fato, o julgado traz diversos trechos altamente esclarecedores, dentre eles a referência a doutrina de Orlando Gomes: “O exame do contrato, no caso concreto, revela que o contrato embora rotulado de sociedade, visa, em resumo, o financiamento do preço de aquisição da casa própria. O atrativo econômico do contrato, na verdade, não está na constituição de qualquer sociedade, mas apenas e tão somente na obtenção de recursos para aquisição da casa própria. Fixada a causa, temos que desempenha ela dupla função, qual seja, a de tipificação do negócio jurídico e a de definição das suas vicissitudes (Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*, 17ª ed., Forense, pp. 371-372)”.

O apelado assinou, com Cooperbens, contrato de admissão com Cooperbens, através do qual tornou-se sócio participante de sociedade em conta de participação, podendo ter acesso aos resultados auferidos pela Sócia Ostensiva, isto é, a Cooperbens. Todavia, as propagandas veiculadas por esta faziam referência apenas à aquisição de casa própria, com uma série de comodidade, entre

as quais ausência de consórcio, consulta ao SPC/SERASA, juros, parcelas intermediárias e por valores mensais bastante módicos.

O apelado relatou que nada foi feito para a construção de seu imóvel e que o único objetivo do contrato foi a captação de poupança popular, tese aceita pelo juízo. Deve-se ter em mente, todavia, que esse tipo de operação econômica é regulado por norma imperativa estatal e deve ter autorização prévia do Banco Central do Brasil, o que não aconteceu.

Pode-se enxergar, no caso em questão, a figura jurídica da fraude à norma, que se caracteriza pelo uso de meios legais lícitos para que se consiga, indiretamente, um fim proibido pelo ordenamento jurídico.

Os magistrados entenderam haver no caso a existência de uma atuação econômica concertada, isto é, uma prática que, através de um conluio entre empresas, procura mascarar os verdadeiros liames jurídicos, de forma a gerar aos consumidores resultados lesivos.

Este acórdão, em verdade, já explicita a grande complexidade a qual está submetido o direito comercial contemporâneo: não se deve pensar na sociedade em conta de participação como contrato entre duas partes com assimetria de informação apenas. A peculiaridade desta figura jurídica permite aos maus intencionados seu amoldamento a outras figuras jurídicas bastante próximas, mas potencialmente danosas, capazes de ludibriar o próprio consumidor.

Na mesma linha segue o Acórdão constante da *Apelação 0070489-63.2003.8.26.0000*, julgada pela 19ª Câmara de Direito Privado do TJSP. Neste caso, pessoa humilde, pensando assinar contrato que lhe permitiria financiamento imobiliário, mas, em verdade, estava adquirindo cotas de sociedade em conta de participação. Pensava, a vítima, que os valores seriam liberados em dezoito meses. No entanto, este seria o prazo necessário para o início das liberações, desde que houvesse formação de fundo social que o possibilitasse.

Pelo relatório apresentando, pode-se dizer que a acusação de uso de propaganda enganosa é inafastável. Considerando-se, suplementarmente, que a assimetria de informações entre as duas partes, não há que se negar a incidência do art. 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor. O legislador mostrou imensa antipatia pela figura da publicidade enganosa, por esta atrapalhar o processo decisório do consumidor, fazendo-o decidir-se pelo que não se decidiria se possuísse informação suficiente para tanto. O diferencial deste segundo Acórdão, na realidade, é a indenização por danos morais que foi concedida à parte enganada em face da má-fé explícita da outra.

Neste caso, apareceu a sociedade em conta de participação novamente como meio de fraudar a lei; no caso, meio de mascarar-se um financiamento de casa própria que não existe, em verdade.

A *Apelação 9096601-71.2007.8.26.0000*, julgada pela 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP, trata de um contrato de admissão em sociedade em conta de participação que visava captar recursos para compra, venda, construção, reforma e incorporação de bens imóveis. Apesar de se afigurar como um contrato de sociedade, tratava-se, em verdade, de contrato de consórcio mascarado pela figura jurídica da primeira. A prova disso encontra-se na 4ª cláusula do instrumento contratual, que prevê: “o ‘sócio participante’ que estiver com maior percentual integralizado receberá ‘os direitos sobre a comercialização do imóvel’ podendo ‘se indicar’ como comprador”. Logo, o que se visa aqui, não é a participação nos resultados, mas sim, a aquisição de imóveis. A parte prejudicada viu-se incluída na qualidade de sócio participante nos resultados auferidos pela Cooperbens, que seriam usados com os objetivos enumerados acima. No entanto, trata-se, em verdade, de consórcio, que é submetido a regramento especial. É fundamental, nesta figura, a intervenção do Banco Central do Brasil. Em não havendo, além

de fraude à lei, pode-se verificar não apenas dando à própria parte prejudicada, mas sim à economia popular como um todo.

Na *Apelação 9158081-21.2005.8.26.0000*, julgada pela 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP, a situação é bastante parecida: procurou-se disfarçar um consórcio fazendo uso da sociedade em conta de participação. O Tribunal reconheceu o caráter financeiro da operação e aplicou, assim, o Código de Defesa do Consumidor. Houve, assim, rescisão do contrato: o consumidor adimplira já 21 parcelas sem ter havido liberação de qualquer quantia. O contrato em questão traz um imanente prejuízo ao consumidor, que se obriga de diversas formas enquanto a sociedade a quase nada se obriga. Na verdade, no caso em análise, a sociedade mal sequer havia estipulado o prazo de quando cumprir sua obrigação, o que, em face da rescisão do contrato, gerou a dívida de a quem caberia a culpa. O Tribunal, embasando-se na desproporcionalidade do contrato, novamente entendeu ser a culpa da sociedade. Esta deve, portanto, restituir os valores na sua integralidade e de uma só vez, corrigidos de acordo com índices oficiais. Discordância interessante é a respeito de possibilidade de indenização por danos morais: neste caso, não foi concedida.

A *Apelação 0034960-41.2007.8.26.0000*, julgada pela 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP, apresenta admirável análise deste tipo de fraude à lei. Também neste caso ocorre mascaramento de um consórcio por meio de uma sociedade em conta de participação. Todavia, aqui o relatório nos fornece mais detalhes de como ocorre essa prática. Houve, em primeiro lugar, o negócio jurídico unilateral da oferta pública. Na oferta pública, como nos lembra Pontes de Miranda, oferta-se *abcde* e aceita-se *abcde*, formando-se o contrato. Aceitar *abcd* ou *ab* não é aceitar, mas sim ofertar diversamente, o que demanda nova aceitação. A aceitação produz o vínculo bilateral que faz surgir a relação jurídica obrigacional entre as duas partes. Todavia,

a oferta pública sujeita-se, especialmente, às regras do direito do consumidor quando o aceitante apresenta assimetria de informações. É o que ocorre nessa espécie de casos, conforme já dito. O Acórdão em questão é especial no sentido de evidenciar que a relação de consórcio não pode ser equiparada à relação *inter partes* existente em uma sociedade em conta de participação. Naquela, está envolvida a economia popular: oferta-se um serviço ao público que, por apresentar riscos, deve ser submetido à regulamentação estatal. Não se trata, portanto, de uma figura que se possa encaixar dentro da lógica do direito comercial.

No caso da sociedade, há também a assunção de riscos, imanescentes a qualquer atividade comercial; no entanto, neste caso, há paridade de informações e igualdade substancial, de forma que o direito público não deve imiscuir-se na proteção daquele que não precisa ser protegido. O que enseja, juridicamente, tal fraude à lei, é a nulificação do negócio jurídico. A nulidade é cominada àqueles que contrariam regras cogentes do ordenamento jurídico. É o caso: pelas cláusulas contratuais, torna-se fácil reparar que o sócio participante pouca (ou nenhuma) atividade de verdadeiro sócio exercia. Este acórdão sintetiza vários pontos cruciais da matéria e será retomado adiante.

A *Apelação 9196402-57.2007.8.26.0000*, julgada pela 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP, segue a mesma trilha: faz-se uma sociedade em conta de participação como forma de captação de fundos para aquisição imobiliária. O diferencial é que se apresenta um contrato extremamente obscuro e impreciso, com pouquíssimas cláusulas possíveis de beneficiar o consumidor. Neste caso, informa-se que as atividades da empresa chegaram a ser suspensas pelo Poder Judiciário em 2003, depois de reconhecida a irregularidade de sua atividade.

Dessa forma, este acórdão pouco inova: apresenta cláusulas abusivas, incidência da

proteção ao consumidor, fraude à norma e inadimplemento da sociedade das poucas obrigações a qual se submeteu.

A *Apelação 0083584-53.2009.8.26.0000*, julgada pela 30ª Câmara de Direito Privado do TJSP, mostra um caso semelhante aos anteriores: fez-se uso da figura da sociedade em conta de participação como forma de mascarar um consórcio para venda de automóvel. Dava-se uma entrada e, posteriormente, pagar-se-ia parcelas até que a propriedade do automóvel viesse a ser transferida.

Este acórdão, todavia, em vez de permanecer citando a fraude a lei como argumento central, levantou a questão da ausência de *affectio societatis*, que, na verdade, é ausente em qualquer uso da sociedade em conta de participação como fraude a lei. Permitiu-se, assim, a resolução do contrato e a volta das partes à situação jurídica em que se encontravam anteriormente à celebração. De restante, invocou argumentação já conhecida (relação de consumo, fraude à lei, etc.) e pouco de novo apresenta, exceto o já ressaltado.

A *Apelação 9103483-49.2007.8.26.0000*, julgada pela 5ª Câmara de Direito Privado do TJSP, tampouco apresenta novidades substanciais. Apenas continua a afirmar a possibilidade de incidência da proteção ao consumidor em qualquer caso que se assemelhar a uma relação de consumo, independentemente da figura jurídica escolhida pelas partes. É a questão do caso concreto: trata-se, em verdade, de compra e venda a prazo de imóvel disfarçada de sociedade em conta de participação. Reafirmou o Tribunal seu entendimento, dizendo que o sócio oculto deve ser ressarcido de todo capital aportado à sociedade. Assim, conclui-se a análise dos julgados em que houve a ocorrência de fraude.

Guardar-se-á uma análise mais aprofundada para as considerações finais, mas desde já deve permanecer explícita a maleabilidade da figura jurídica da sociedade em conta de participação.

2. *A jurisprudência do caso nas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial*

Dentre os temas mais recorrentes analisados nos acórdãos julgados pelas recém-criadas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, como é de se esperar, a maioria absoluta dos casos faz referência aos problemas advindos da dissolução das sociedades. Todavia, serão analisados em separado os casos em que ocorre a existência de fraude e aqueles em que ocorre realmente a existência de sociedade em conta de participação.

2.1 Casos em que se verificou a existência de fraude

A *Apelação n. 0141335-37.2005.8.26.0000*, julgada pela Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP foi considerada um dos precedentes que formaram jurisprudência favorável aos lesados pela captação de recursos com promessa de distribuição de casa própria, sendo citado em decisão posterior: a *Apelação 0199352-23.2006.8.26.0100*, julgada pela Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP. No primeiro caso, ocorre a já citada fraude consistente no fato de mascarar consórcio pela formação irregular de sociedade em conta de participação. A empresa Propaven realiza, então, delegação da administração para o Consórcio Nacional Autorede, passando a pleitear ausência de responsabilidade pela devolução das quantias pagas pelo sócio oculto/consumidor.

No Acórdão constante da *Apelação n. 0141335-37.2005.8.26.0000*, questionou-se mesmo a competência da Câmara Reservada de Direito Empresarial. Sem sombra de dúvidas, a questão extravasa a competência da Câmara justamente por não se tratar de questão de direito comercial, mas sim, de direito do consumidor. O que se enxerga na tentativa de mascarar o consórcio com uma sociedade em conta de participação é procurar furtar-se à incidência das normas jurídicas

típicas de uma relação de consumo com a proteção da parte hipossuficiente. O Tribunal, reconhecendo o problema, invocou princípios que permitiram o julgamento do caso.

É desenvolvida interessante argumentação. Cita-se a Lei n. 8.078/1990 para se dizer que, na realidade, o tradicional princípio do *pacta sunt servanda* ganhou alguma relativização e flexibilidade, de forma que, atualmente, é possível que um dos contraentes de determinado contrato busque a rescisão do contrato e a devolução das quantias que pagou. Ainda que a frustração da expectativa de cumprimento do contrato advenha da parte que pediu sua rescisão, não enxerga o Tribunal óbice algum. O mesmo entendimento deve ser estendido à figura jurídica do consórcio.

Entendimento curioso é de que a quantia a ser devolvida deveria ser de 90% dos valores pagos à sociedade, abatendo-se os 10% restantes pela administração. Entendimento contrário é tomado no acórdão constante na *Apelação 0199352-23.2006.8.26.0100*, em que, apesar de se levarem consideração toda a argumentação desenvolvida pelo Acórdão anterior, discorda-se acerca da quantia a ser devolvida. Desta vez, considerou o Tribunal que a permanência daqueles 10% seria, em verdade, uma premiação da ilicitude de que padece o mascaramento do contrato de consórcio.

Assim, este segundo julgado evoluiu no sentido de conceder restituição integral ao consumidor e, ademais, dar ensejo à condenação por danos morais que, no caso, foram fixados no valor de R\$ 20.000,00. Trata-se de inegável evolução dentro da Câmara Reservada de Direito Empresarial, que adaptou a compensação à parte prejudicada levando em consideração os ditames da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

2.2 Dissolução na ausência de fraude

É importante dizer que não é apenas esta a visão que as Câmaras Reservadas de

Direito Empresarial possuem da sociedade em conta de participação. Esta não é apenas usada para fraude. Todavia, como sói ocorrer, a sociedade só chega a conhecimento do juiz quando ocorre algum problema. Para que ocorram problemas, não se faz mister que haja, antes de tudo, fraude: o desentendimento entre sócios e problemas financeiros da sociedade podem acarretar seu fim. Na ausência de fraude, ocorre a dissolução da sociedade em conta de participação pela liquidação por meio de prestação de contas, conforme disposto no CC/2002:

“Art. 996. Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual”.

Nesse sentido, a maioria absoluta dos casos já julgados pelas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial demonstra que, de fato, a liquidação da sociedade em conta de participação ocorre quando do pedido da prestação de contas. No entanto, vale ressaltar-se que deve haver o pedido expresso para que se prestem as contas, não sendo esta exigível com a simples rescisão unilateral do contrato, como aponta o julgado constante na *Apelação 0027582-80.2007.8.26.0114*, julgada pela Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP.

“Diante de tal especificidade do contrato, prevê o art. 996 do Código Civil que a liquidação da sociedade dar-se-á sob a forma de prestação de contas. O pedido neste sentido, entretanto, não veio aos autos e não pode ser reconhecido, pois teríamos sentença *extra petita*. De outra banda, não se pode nem mesmo ser prevista a existência de haveres em favor do autor, já que é evidente que a empresa não teve nenhum sucesso comercial, por reveses que não precisam ser discutidos nesta sede, porque não guardam relação com culpa *strictu sensu* das partes.

“(…) Retomo a necessidade de aviso prévio – fls. 11, cláusula 7.2 – para que o

contrato entre as partes desse ao requerente o direito de reaver o valor nominal de suas cotas. Isto porque esta restituição não decorre diretamente da lei, mas apenas e especialmente do contrato atípico celebrado entre as partes.”

Ademais, igualmente se encontra impossibilitada a prestação de contas e devolução de haveres quando, ao verificar-se o término da *affectio societatis* e subsequente pedido de prestação de contas, não houver saldo positivo para nenhuma das partes quando considerados os bens da sociedade: “De outra banda, não se pode nem mesmo ser prevista a existência de haveres em favor do autor, já que é evidente que a empresa não teve nenhum sucesso comercial, por reveses que não precisam ser discutidos nesta sede, porque não guardam relação com culpa *strictu sensu* das partes”.

Segue a mesma linha o julgado constante na *Apelação 0915904-71.1996.8.26.0100*, julgada pela Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP que mostra ainda ser crucial para o julgamento a análise de um perito:

“Infere-se da análise da perícia que não foram encontradas irregularidades na escrituração dos livros. Em suma, não obstante o exposto pela parte autora, e respeitadas as demais conclusões dos dois primeiros peritos judiciais, impõe-se o acolhimento das conclusões apresentadas pelo último Perito, pelas quais se infere que as contas, nos termos acima referidos, devem ser julgadas boas, não havendo saldo a ser fixado em benefício de qualquer das partes neste processo”.

Ainda nesse sentido, no julgado Agravo de Instrumento constante no *Agravo de Instrumento 0245777-44.2011.8.26.000*, julgado pela Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, encontramos o entendimento: “Segundo Arnaldo Rizzardo, ‘assim deve proceder-se porque o sócio que aparece é o gestor e administrador do patrimônio ou do negócio. Ele tem à mão o controle dos bens e dos investimentos dos demais sócios. Mais

se afigura como um administrador, ao qual os demais sócios confiaram o trabalho e seus investimentos. É ele o único que se obriga perante terceiros, e assume a administração e o risco do empreendimento' (*Direito de Empresa*, 3ª ed., Forense, 2009, p. 91)."

O art. 992 do Código Civil, por sua vez, dispõe expressamente que "a constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito", já que as sociedades em conta de participação encontram-se impossibilitadas de adquirir personalidade jurídica. Desta feita, ainda que não seja celebrado contrato social entre as partes, é perfeitamente possível a existência desse tipo de sociedade por meio da análise da situação fática. Ademais, o contrato social gera apenas efeitos entre as partes.

Seguem as mesmas tendências os julgados constantes na *Apelação 0003551-57.2009.8.26.0168* e na *Apelação 0113190-83.2010.8.26.0100*, ambos julgados pela Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP.

Considerações finais

Neste trabalho, procurou-se mostrar como os Tribunais vêm enfrentando o embate entre duas lógicas plenamente diferentes: a lógica do direito do consumidor e a lógica do direito comercial.

O direito comercial é pensado como forma de dar embasamento às variadas relações jurídicas existentes no mercado. Trata-se de setor do direito no qual o brocardo do *pacta sunt servanda* tem forte significado, já que se pressupõe, como comerciante, homem probó. O direito comercial, portanto, não tem estrutura própria capaz de, por exemplo, proteger partes com poderio profundamente assimétrico.

Ocorre situação diferente em relação ao direito do consumidor. Neste campo, faz-se

mister que a proteção ao consumidor, inserido na sociedade de massas, faça-se mais substancial que em outras áreas. Assim, aquele que, por exemplo, oferta algo publicamente, passa a estar sujeito a uma relação jurídica em que a parte hipossuficiente, isto é, o consumidor, deverá ser mais fortemente protegido.

Como se pode ver, são duas áreas distintas do direito: dificilmente se imiscuem ou se confundem. A separação justifica-se, em parte, pelo escopo de cada direito: um regula situação entre iguais; outro, entre diferentes. Aí se faz necessário variar a regulamentação estatal a qual os institutos de cada área serão sujeitos de acordo com o grau de proteção que se deseje.

Dentro do direito comercial, a figura da sociedade em conta de participação guarda as suas peculiaridades. Trata-se de uma sociedade constituída por um contrato que produz eficácia apenas entre as partes, e não a terceiros. O próprio fato de que de sua constituição não emana personalidade jurídica já mostra a peculiaridade referida. Ainda que possua todas essas características, trata-se de uma sociedade, na acepção jurídica do termo; não se trata de mero contrato qualquer, como se poderia pensar.

No entanto, a aparência da sociedade em conta de participação, para quem se situa no ponto de vista externo (e mesmo interno, se houver hipossuficiência) não é de sociedade: parece-se mais com a conhecida figura de um contrato. E daí pode advir tanto benefícios quanto malefícios, dependentes da intenção da(s) parte(s).

Por ser uma figura jurídica peculiar e emanar efeitos apenas entre as partes, a sociedade em conta de participação consegue ser uma construção de grande maleabilidade, podendo ser utilizada para os mais diversos fins. Somando-se isto a sua aparência contratual, entende-se o porquê de subsistir a figura no ordenamento brasileiro hodierno: trata-se de tipo societário que consegue se adaptar perfeitamente à dinâmica dos mercados, à vontade das partes e as novas necessidades

que surgem e que outros modelos societários, mais rígidos, não conseguem dar conta.

Os consórcios inserem-se em uma lógica diferente quando tem por escopo facilitação na compra de imóveis próprios ou veículos. Trata-se de uma relação diferente: as partes envolvidas não são empresas, mas sim uma empresa e um indivíduo, em geral, de poucas letras. Se houver consórcio entre duas empresas, não resta dúvida que se trata de relação obedecente à lógica do direito comercial. Nos acórdãos utilizados aqui, não é esta a regra. A regra é uma relação de direito do consumidor, ainda que disfarçada.

Qual o motivo, todavia, do disfarce? Por qual motivo não se fazer, desde logo, um consórcio e preferir-se uma fraude à lei? A questão resolve-se, em especial, no âmbito da lógica diferenciada de cada uma das áreas do direito.

Ao se ofertar à contraparte (consumidor) um contrato de admissão em sociedade de conta de participação, está-se tentando trazer para uma relação de consumo uma lógica comercial, isto é, que quebre a proteção da legislação ao consumidor, que, desta categoria, passa a ser apenas sócio participante. Sua proteção passa a ser, portanto, muito menor do que seria se houvesse permanecido na categoria de consumidor.

Ocorre, ademais, que a própria estrutura da sociedade em conta de participação não possui estrutura para cuja admissão passar a ser oferecida por oferta pública (consumo de massa). Neste caso, deveria possuir uma regulamentação estatal muito mais estrita, tal como ocorre na figura do consórcio. Veja-se a legislação (Lei 11.795/2008):

“Art. 6º. A normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades do sistema de consórcios serão realizados pelo Banco Central do Brasil”.

Assim, vê-se desde logo que se trata de atividade com peso regulatório estatal muito maior que as sociedades em conta de partici-

pação, cujo espaço do contrato social contém, ainda, bastante discricionariedade.

O afastamento da proteção ao consumidor por meio da sociedade em conta de participação parece ser atitude já velha, mas ainda muito julgada pelos Tribunais. Em 2002, por exemplo, o Banco Central expediu o Comunicado 9.609, com teor importante para este trabalho:

“1. Em face da propaganda, constituição e funcionamento de grupos organizados por meio de sociedades em conta de participação e que visam a aquisição de bens, esclarecemos que tais práticas, levadas a cabo por sócio ostensivo de sociedade em conta de participação, sem prévia autorização nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei 5.768, de 20 de dezembro de 1971, e 33 da Lei 8.177, de 1 de março de 1991, carecem de amparo legal.

“2. Assim, informamos que as empresas que vêm arregimentando grupos para as operações acima configuradas deverão regularizar sua situação de imediato (...).”

Para a regularização da sua situação, o Banco Central oferecia como opção a conversão em consórcio, que é a figura identificada pela jurisprudência.

A jurisprudência paulista, todavia, já conhece de longa data este mascaramento. O Tribunal de Justiça de São Paulo, em suas Câmaras de Direito Privado, já costumava julgar casos deste tipo. No entanto, é fácil de notar uma evolução nos julgados que culmina com os dois Acórdãos encontrados sobre este tema nas Câmaras Reservadas de Direito Empresarial.

A jurisprudência das Câmaras de Direito Privado já reconhecia a questão como subjacente à lógica diferente do direito comercial e, assim, trata a relação jurídica apresentada como de consumidor. No entanto, havia ainda algumas dúvidas: quanto deve ser ressarcido? É possível a incidência de dano moral?

Nos dois Acórdãos das Câmaras Reservadas nota-se que, primeiramente devolveu-

-se apenas 90%, ficando abatidos 10% da Administração. Esta tendência foi contrariada, todavia, no segundo Acórdão, que viu nessa atitude uma premiação do ilícito. O primeiro Acórdão ainda viu o caso com nuances de direito societário; o segundo rompeu com este e reconheceu a fraude incidente no caso como expurgadora de qualquer resquício de aplicação do direito comercial no caso.

Outra tendência percebida nos Acórdãos da Câmara Reservada é a possibilidade de indenização por dano moral. As Câmaras de Direito Privado não eram homogêneas neste ponto: primeiramente argumentavam magistrados que, ainda que fosse situação deveras desagradável, não haveria motivo para a indenização. No entanto, o segundo Acórdão das Câmaras Reservadas mostram claramente que pode dar-se ensejo sim à indenização por dano moral. Trata-se de uma evolução jurisprudencial.

Pode-se dizer, em suma, que a evolução jurisprudencial encontrada no caso pode resumir-se à progressiva aceitação dos juízes de que não poder-se-ia aplicar a lógica do direito comercial, ainda que se tratasse de sociedade em conta de participação. Era apenas formalidade. Deve-se interpretar o negócio jurídico de acordo com as relações sociais na qual está inserido. E a evolução jurisprudencial pauta-se nisso: os magistrados deixaram de ler o caso com olhos de direito societário e passaram a lê-lo como fraude à lei.

Bibliografia

- CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*. vol. IV. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Estudos e Pareceres de Direito Empresarial*. São Paulo: Ed. RT, 1980.
- FERRARA, Francesco. *Teoria delle Persone Giuridiche*. Napoli: E. Marghieri, 1923.
- HAMEL, Joseph; e LAGARDE, Gaston. *Traité de Droit Commercial*. t. I. Paris: Dalloz, 1954.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Jurisprudência das Sociedades Comerciais*. São Paulo: Ed. RT, 1980.
- MELLO FRANCO, Vera Helena de. "As sociedades de pessoas na atualidade. Uma visão comparativa crítica". In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro* 157.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. vols. I e XLIX. Rio de Janeiro: Borsó, 1954 e 1970.
- RAVÀ, Tito. *Associazione in Partecipazione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1938.
- SZTAJN, Rachel. *Contrato de Sociedade e Formas Societárias*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- VENTURA, Raul. "Primeiras notas sobre o contrato de consórcio". In: *Revista da Ordem dos Advogados* 41. Lisboa, 1981.
- VON TUHR, Andreas. *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationensrechts*. Tübingen: Mohr, 1924-1925.